CUJACII
OPERUM
TOMUS QUARTUS.

JACOBI
CUJACII
J. C. PRÆSTANTISSIMI
TOMUS QUARTUS VEL PRIMUS
OPERUM POSTUMORUM

Quæ de jure reliquit, sive PAPINIANUS *, quo continentur ad universa* PAPINIANI OPERA*, quæ in Pandectis supersunt, Recitationes Acutissimæ, & Utilissimæ, a mendis quibus antea scatebant pene innumeris ope MSS. Codicum repurgatæ, jam a* CAROLO ANNIBALE FABROTO J.C. *dispositæ.*

ACCESSERE in hac novissima Editione ab eruditissimo Viro græcorum Versio locorum hactenus ab omnibus desiderata;

INDEX locupletissimus, ac perpetuus omnium omnino rerum, quæ his Operibus continentur;

PRÆTEREA dissertatio EMUNDI MERILLII, & Interpretatio ab eodem facta Variantium ex CUJACIO observatarum, quæ per totum opus suo quæque loco variante notantur;

POSTREMO Controversiæ JOANNIS ROBERTI ejusdemque Notæ in Responsiones a CUJACIO nomine ANTONII MERCATORIS editas, quæ majori Eruditorum commodo in ipsis Observationibus afferuntur, studio & diligentia LIBORII RANII J. C. Neap.



NEAPOLI MDCCLVIII.
EX TYPOGRAPHIA MORIANA
APUD VINCENTIUM PAURIA.
SUPERIORUM PERMISSU.

HIC TOMUS DIVISUS EST
IN DUAS PARTES.

In priore parte continentur

QUÆSTIONES PAPINIANI.

In altera

RESPONSA, DEFINITIONES,

Et cetera ejuſdem Papiniani Opera.

INDEX
LEGUM, ET PARAGRAPHORUM
IN LIBRIS
QUÆSTION. RESPONS. DEFINIT.
ET LIBRIS DE ADULTERIIS
ÆMILII PAPINIANI
Explicatorum Ordine Alphabetico expositis.

A

L. *AB herede* 2. De separationib. 645.
L. *Abolitio* 8. Ad Senatusc. Turpill. 1490.
L. *Acceptis* 93. Ad leg. Falcid. 591.
L. *Actio* 28. De oblig & act. 1447.
L. *Actio stellionatus* 1. De crim. stellio. 844.
L. *Actioni redhibitoriæ* 54. De Ædilit. edict. 974.
L. *Actus legitimi* 77. De reg. jur. 742.
L. *Accusatore* pen. De publ. judic. 1391.
L. *Ad cognitionem* 13. Quib. ex caus. ad poss. eatur. 1383.
L. *Ad Principem* 22. De app. & rela. 912.
L. *Ad tempus ordine* 5. De cur. & eorum fil. 24.
L. *Aede Sacra* 83. De contrah. empt. 944.
§. *Intra maceriem*. 945.
L. *Aediles curules* unic. De via public. &c. 1503.
L. *Aedibus communibus* 18. De ope. nov. nunc. 93.
§. *Nec ad rem*. ibid.
L. *Ait prætor* 7. De mino. 25. ann. 913.
§. *Sed & quod Pap.* ibid.
L. *Alienationes enim* 13. Fam. ercisc. 148.
L. *Alio herede* 9. De alim. & cibar. legat. 1181.
§. *Tum quoque*. 1183.
L. *Alimentorum* 11. De adsign. libert. 1377.
L. *Aliquando mandare* 5. De offic. proconf. 4.
L. *Alterius curatoris* 20. De tute. & rat. distra. 902.
§. *Non idcirco* 903.
L. *Alterius* ult. De Accusat. 1402.
L. *Alteri* 25. De Adim. leg. 1209.
L. *Amissi* 52. De Fidejuss. 1315.
§. *Inter* ibid.
§. *Fidejussores* 1316.
§. *Plures* 1317.
L. *A muneribus* 7. De vacat. & excus. mun. 821.
L. *Ante tabulas* 5. De Jure codicil. 1100.
L. *Antiochensium* 21. De Privil. Cred. 1277.
L. *Aquilius* 27. De donat. 786.
L. *Arbiter ita* 33. De recep. arbit. 17.
L. *Arbiter intra* 42. De recep. arb. 881.
L. *Arbitrio quoque* ult. Famil. erciscun. 899.
L. *Arboribus quoque* 58. De contrah. empt. 244.
L. *Argentarium* 45. De judic. 922.
§. *Nomine* 624.
L. *Asse toto* 77. De hered. instit. 439.
L. *Avia quæ nepotem* 77. De Cond. & demonst. 1128.
§. *Mutiana* ibid.
§. *Titio* ibid.
§. *Pater* 1129.
L. *Avunculo nuptura* ult. De condi. sine cau. 277.
§. *Noverca* ibid.

B

L. *BInas quis ædes* 30. De servit. urban. præd. 143.
L. *Bona fide* 27. Ad Senatuscon. Vellej. 935.

§. *Cum servi* 936.
§. *Uxor* 937.
L. *Bona fisco* 39. De jure fisci. 1408.
§. *Eum qui* 1409.
L. *Bona militis* 2. De veter. & milit. Succes. 1399.
L. *Bonorum possessionis* 22. De legat. præst. 1035.

C

L. *CApitis* 53. De fidejuss. 1399.
L. *Capitis* pen. De accusat. 1391.
L. *Captatorias* 70. De hered. instit. 1044.
L. *Catoniana regula* 3. De regul. Caton. 384.
L. *Causam* 20. De manumiss. 1269.
§. *Puellam* 1270. §. *Tempore* 1271.
L. *Causa cognita* 40. De vulg. & pupill. substit. 751.
L. *Centurio* 15. De vulg. & pup. subst. 1057.
L. *Centuria* 27. De milit. testam. 1072.
L. *Cerdonem* 42. De oper. libert. 1246.
L. *Certis* 2. De Accus. & inscript. 1477.
§. *Pupillis*. 1479.
L. *Civibus* 2. De reb. dub. 1210.
L. *Clavibus* 74. De contrah. empt. 1427.
L. *Coheredi* 41. De vulga. & pup. Substit. 1061.
§. *Ex his verbis* 1063. §. *Qui patrem* 1067.
§. *Cum filiæ* 1064. §. *Coheres* 1068.
§. *Quod si* 1065. §. *Cum pater* 1069.
§. *Qui discretas* 1066. §. *Non videri* 1070.
L. *Commodis* 40. De re judic. 1276.
L. *Conventio* 1. De pignorib. 1281.
§. *Servo* 1285. §. *Pacto* 1289.
§. *Cum prædium* 1286. §. *ultim.* 1290.
L. *Creditor* 12. Qui pot. in pign. 970.
§. *Sciendum* ibid.
L. *Creditor* 3. Qui pot. in pign. hab. 1291.
§. *Cum ex causa* 1292. §. *Post divisionem*. 1293.
L. *Creditor* 42. De pign. act. 931.
L. *Creditor* 1. De distr. pig. 645.
L. *Creditoribus* 4. De separat. 1345.
L. *Cui pacto* 5. De serv. expor. 259.
L. *Cum Aquiliana* 5. De transact. 1424.
L. *Cum ad præsens* 37. De reb. cred. 1426.
L. *Cum arbor* 3. Ad leg. Rod. de jact. 1411.
L. *Cum Avus*. 102. De Cond. & demonst. 1213.
L. *Cum ea* 58. De Evict. 1297.
§. *Creditor* 1298.
L. *Cum de in rem verso* 6. De usur. 748.
§. *Imperator* 748.
L. *Cum dominus* 19. De pec. leg. 1120.
§. *Testamento* ibid.
§. *Filiusfam.* 1121.
L. *Cum duobus* 52. Pro Socio. 967.
§. *Papinianus* ibid.
§. *Item ex facto* 968.
§. *Idem Pap.* 969.

L. Cum ex falsis 47. De Manumiss. testam. 135.
§. Sed si conditionis ibid.
L. Cum ex pluribus ult. De qui. re. ad eun. jud. eatur. 32.
L. Cum ex pluribus 97. De solut. 1464.
L. Cum falsi 12. Ad leg. Corn. de fals. 1376.
L. Cum filius 76. De leg. II. 1101.
§. Lucio 1103.
§. Dominus 1104.
§. Heres meus 1106.
§. Servus 1107.
§. Pater 1108.
§. Non jure 1109.
§. Qui Mutiana 1109.
§. Variis 1110.
§. Repetundorum 1111.
L. Cum Filiofam. 11. De leg. & fideicom. 219.
L. Cum fundum 18. De vi, & vi arm. 651.
§. Cum qui 654.
L. Cum furiosus 30. De judic. & ubi quisque. 70.
§. Qui legationis ibid.
L. Cum heres 51. Ad Trebel. 466.
L. Cum heres 11. De diverſ. & temp. præſcrip. 1459.
L. Cum heres rogat. 24. De liber. legat. 1183.
L. Cum heredis ult. Si pars hered. pet. 120.
L. Cum hereditas 49. Ad Trebell. 75.
§. Similique ibid.
L. Cum illud 25. Quando dies leg. ced. 495.
§. Heres 499.
L. Cum indebitum 57. De cond. indeb. 926.
§. Creditor ibid.
L. Cum in rem 64. De rei vind. 564.
L. Cum judicio 1. De usuris. 43.
§. Socius ibid. *§. Papinianus* ibid.
§. Nec tamen 44.
L. Cum militi 16. De Compenſ. 76.
§. Cum intra ibid.
L. Cum minor. 3. Rem rat. hab. 1348.
L. Cum Pater 77. De leg. 2. 1142.
§. Eorum 1143. *§. Pater filiæ* 1159.
§. Mater 1144. *§. Hereditatem* 1161.
§. Surdo 1146. *§. Filia mea* 1162.
§. Hereditatem ibid. *§. Dulcissimis* ibid.
§. Qui dotale 1147. *§. Pater pluribus* 1163.
§. Mævio 1149. *§. Cum imperfecta* 1164.
§. Cum Pater ibid. *§. Filios* ibid.
§. Evictis 1151. *§. Mando* 1165.
§. Pater 1152. *§. Rogo* 1166.
§. A filia 1154. *§. Donationis* 1167.
§. Fidei 1155. *§. Libertis* 1168.
§. Fidei tua ibid. *§. Cum existimaret* 1171.
§. Volo 1156. *§. Pater, qui filio* 1173.
§. Curatoris 1157. *§. Titio fratri* 1173.
§. Ab instituto ibid. *§. A te peto* 1175.
§. Mensa 1158. *§. Vicos civitati* 1176.
L. Cum Pater 2. De instr. vel instrum. leg. 1119.
§. Dotes ibid.
L. Cum possessor 5. De censib. 1419.
§. Qui non habita 1420.
L. Cum post. 69. De jur. dot. 980.
§. Mulier ibid. *§. Patrona* 985.
§. Usuras 981. *§. Cum res* ibid.
§. In domum 982. *§. In dotem* 986.
§. Gener 983. *§. Partum* ibid.
§. Nuptiis 984.
L. Cum prior 3. De distract. pign. 951.
L. Cum proponebatur 46. De Leg. II. 383.
L. Cum pupillus 78. De Cond. & demon. 1211.
§. Disjunctivo 1212.
L. Cum pupillus 21. De tut. & rat. distrah. 1438.
L. Cum quidam 14. De bon. possess. 346.
L. Cum quidam 12. De iis quæ ut indig. 414.
L. Cum quis 1. Rem. rat. habe. 740.
L. Cum Servus 54. Mandat. vel contra. 658.
§. Si liber 660.
L. Cum sex 55. De Ædil. edict. 1332.
L. Cum sine 11. De Carb. edict. 349.
L. Cum singulis pen. De usuf. accreſ. 1451.
L. Cum solvendæ 4. De distract. pig. 1294.
L. Cum soluto ult. De act. rer. amot. 302.
L. Cum tabulis 16. De his quæ ut ind. 1185.
§. Quoniam ibid. *§. Cum heredis* 1186.
L. Cum tacitum 3. De probat. 1200.
L. Cum tale legatum 72. De cond. & demon. 481.
§. Et cum 484. *§. Titius* ibid.
§. Si quid ergo 487. *§. Si arbitratu* 491.
§. Mævia 491. *§. Falsam* 492.
§. Falsam condition. 492. *§. Falsam legati* ibid.
L. Cum tutor 13. De tutel. & rat. distrah. 644.
L. Cum vir 42. De usuca. seu usurp. 95.
L. Cum unus 10. De Alim. leg. 1207.
§. Verbis 1208.
§. Alimentis ibid.
L. Curatores 3. De admi. rer. ad civit. perti. 867.
§. Prædium 869.
§. In eum ibid.
§. Filium 870.
§. Pro magistratu 871.

D

L. Debitor a creditore 40. De pig. act. 928.
§. Debitoris 929.
§. Soluta 930.
L. Debitor 3. De separat. 673.
§. Quid ergo ibid. *§. Sed in quolibet* ibid.
L. Debitor usurarius 7. De usur. 901.
L. Debitor 19. De Compensat. 1280.
L. Debitori 50. De fidejuss. 828.
L. Debitoris 1. Quib. mod. pig. &c. 1295.
§. Cum venditor ibid.
§. Defensor 1296.
L. Decem stipulatus 116. De verb. oblig. 102.
L. Decreto Prætoris 10. De susp. tut. 324.
L. Deducta 58. Ad Senatusc. Trebel. 1223.
§. Cum hereditas 1225. *§. Ante diem* 1237.
§. Qui post. ibid. *§. Cum autem* ibid.
§. Nummis 1232. *§. Quod ex* 1238.
§. Hereditatem 1235. *§. Heres ejus* 1241.
L. Deferre 18. De jure fiſ. 1095.
L. Defuncta ult. Ad leg. Jul. de adul. & stup. 1005.
L. Denique 19. De jur. fiſ. 1278.
L. Denique si emptor 19. Ex quib. cauſ. major. 67. & 341.
L. De servo 9. De Calumniator. 1487.
L. Diem functo 4. De offi. adseſſ. 972.
L. Die sponsaliorum 25. Depoſ. vel contra. 939.
L. Dies incertus 75. De cond. & demonſt. 804.
L. Divus Adrianus 8. De divort. 1487.
L. Divus Adrianus 13. De castren. pecul. 422.
L. Divus ult. Si a par. quis manum. 313.
L. Divi Verus, & Antoninus 1. De requir. reis.
§. Sed & Pap. 1410.
L. Doli clausula 119. De verb. oblig. 811.
L. Dolus tutorum 3. Quod ex fac. tut. 579.
L. Dominus 36. De liber. cauſ. 1341.
L. Dominus fructuario 57. De usuf. & quemadmo. 1095.
§. Per fideicommissum 1096.
L. Domus 51. De Leg. I. 1201.
L. Donationes 31. De donat. 1334.
§. Species 1336.
§. Pater 1338.
§. Ejusmodi ibid.
§. Rata 1339.
L. Dotale prædium 15. De fun. dot. 955.
L. Dotalem servum 61. Sol. matrim. 284.
L. Dote 61. De ritu nupt. 796.
L. Dotem 16. De Castren. pecul. 1417.
§. Hereditatem 1418.
L. Dotis promissio 68. De jur. dot. 262.
L. Duos mater filios 70. De cond. & demon. 419.

L. Ean-

Legum, & Paragraphorum.

E

L. EAndem rem 9. De duob. reis stipul. 680.
§. Sed si quis 681.
§. Cum duos ibid.
L. Ejus militis 34. De milit. testam. 373.
§. Militia missus. 375.
L. Emptor cum dele. De novat. & deleg. 764.
L. Emptor prædium. 65. De rei vind. 891.
§. Ancillam. 892.
L. Emptori 67. De evict. 1263.
L. Eo tempore 50. De peculio. 196.
§. Si creditor. 197.
§. Etiam. 202.
§. Servus. 203.
L. Equis per fideicommissum 8. De usur. 1098.
L. Error facti 8. De jur. & fact. ignor. 1249.
L. Etiam si 9. Ut in poss. legat. 561.
L. Etiam dirempto 12. De fund. dotal. 1474.
§. Soceri 1475.
L. Et ei 12. Ad munic. 845.
L. Et omnes 4. De bon. damnat. 1493.
L. Et si filium 15. De muner. & honor. 1041.
L. Et si forte 6. Si servit. vind. 99.
§. Si ædes ibid.
L. Et si maxime 5. De servit. legat. 411.
L. Et si pignus 18. Quæ in fraud. cred. 651.
L. Eum bonis 86. De acquir. hered. 1264.
§. Pupillis 1265.
L. Eum qui insulam 43. De judic. 657.
L. Eum, qui tacitum 18. De his, quæ ut indig. 1386.
§. Bonis 1387.
§. Pro pane 1388.
L. Ex causa pen. De re mil. 1426.
L. Ex conducto 15. Locat. 1006.
§. Papinianus ibid.
L. Exceptio 28. De except. rei judic. 676.
L. Ex consensu 23. De Appell. 1414.
§. Cum procurator. ibid.
§. Filiumfam. 1415.
§. Eum 1416.
L. Ex ea causa 9. De postulan. 840.
L. Ex ea parte 121. De verb. oblig. 1307.
§. Mulier ibid.
§. In insulam 1309.
§. Ex facto 1310.
L. Exheredatum ult. De his qui notant. infam. 28.
§. Ult. 31.
L. Ex his omnibus 54. De condi. indeb. 40.
L. Ex mille 64. De evict. 155.
§. Quod si dolo 159.
§. Quæsitum 160.
§. Pen. & ult. ibid.
L. Ex parte 22. De adim. & transfer. leg. 1084.
L. Ex pluribus 42. De Admin. tut. 1437.
L. Ex sententia 29. De test. tut. 1383.
L. Extraneo 17. De quæstion. 1402.
§. De quæstione 1403.
§. De servo 1404.

F

L. FAlsi nominis 13. Ad leg. Corn. de fals. 1396.
§. Ordine ibid.
L. Fideicommissaria 23. De fideic. liber. 1248.
§. Fideicommissariam 1249.
§. Servum ibid.
§. Etiam 1251.
§. Ult. 1252.
L. Fideicommissum 76. De cond. & demon. 1086.
L. Fidejussor conventus 2. De distract. pign. 899.
L. Fidejussor imperitia 32. De neg. gest. 919.
§. Ignorante 922.
L. Filiam senatoris 9. De senator. 971.
L. Filiam 56. Ad Trebell. 1131.

L. Filiusfam. miles. 35. De ritu nupt. 1043.
L. Filiusfam. miles 14. De Castren. pecul. 684.
L. Filiusfam. 37. Ad leg. Jul. de adulte. & stup. 114.
L. Filiusfam. equestri pen. De mil. testam. 1076.
L. Filiusfam. 8. Unde lib. 1087.
L. Filius 7. De legationibus. 866.
L. Filius 9. De colla. bonor. 1036.
L. Filius 5. De Collat. dot. 1037.
§. Filia 1038.
L. Filius, qui fuit 15. De condit. instit. 400.
L. Filius, qui patri 24. De bon. libert. 354.
§. Castrensium 357.
§. Si falsum 361.
§. Cum filius 359.
L. Filio pater 87. De leg. I. 469.
L. Filio præterito 17. De injusto rup. & irrito fac. test. 1032.
L. Filio, qui 16. De inoffic. testam. 883.
§. Contra tabulas 884.
L. Filio quem 23. De lib. & posth. 354.
§. Si Titius ibid.
L. Firmio Heliodoro 26. Quan. dies leg. ced. 1241.
§. Cum 1243. §. Pater 1244.
L. Fiscus 38. De jur. fisci. 1373.
§. Delatoria 1375.
L. Fratres Imperatores 33. De pœnis. 53.
L. Fraudis interpretatio 80. De reg. jur. 800.
L. Fructus eos 7. Solut. matr. 285.
§. Papinianus lib. 11. ibid.
L. Fundus 9. De annu. legat. 1115.
L. Fundo mihi legato 4. Ad leg. Falcid. 421.
L. Fundum Cornelianum 28. De Novat. 1462.
L. Fundum instructum 3. De instruct. & instrum. leg. 1180.
§. Minor 1181.
L. Fundum Mævianum 1. De reb. dub. 1127.
L. Furioso 1. De bon. pos. infan. furios. &c. 396.

G

L. GEnerali mandato 34. De rit. nupt. 976.
L. §. Ream. 977. §. Inter ibid.
L. Generaliter 5. De usur. 705.
L. Generaliter 78. De reg. jur. 794.
L. Generi ult. De Publ. judic. 1400.

H

L. HAbitationum ult. De peric. & com. rei ven. 946.
§. Ante pretium 947.
L. Hæc conditio 66. De condic. indeb. 166.
L. Heres ejus 43. De usurp. & usucap. 616.
§. Patrem. ibid.
L. Heres furiosi 51. De pet. hæred. 885.
§. Fructuum 887.
L. Heres meus 79. De cond. & demonstr. 1444.
L. Heres qui tacita 11. De iis, quæ ut indig. 390.
L. Heres qui veneni 40. Ad Senat. Conf. Syll. 907.
L. Heres viri 33. De neg. gest. 1260.
L. Heredi 15. De iis, quæ ut indign. 1085.
L. Heredem 17. De his, quæ ut indig. 1351.
L. Heredes 57. Ad S.C. Treb. 1193.
§. Cum ita ibid.
§. Peto 1195.
L. Hereditas 34. De hered. instit. 1439.
L. Hereditas etiam 50. De pet. hered. 117.
§. Si defuncto 118.
L. Hereditatem 28. De donat. 958.
L. Hi qui muneris 6. De vacat. & excus. mun. 55.
L. Hic titulus 1. De collat. bon. 361.
§. Sed an id ibid.
L. Hominis operæ 2. De usu, & usufruct. legat. 454.

I

L. IDem est 3. De condict. indeb. 698.
L. Idem Papinianus 12. De fund. instr. 1132.

§. *Papinianus* 1. ibid. §. *Idem respondit* 2. ibid.
§. *Papinianus* 2. 1134. §. *Idem respondit* 1. 1135.
§. *Idem respond.* 2. ibid. §. *Idem respondit* 3. 1136.
L. Idem servandum 72. De leg. 2. 588.
L. Idemque 10. Mand. vel contra. 966.
§. *Si quis* ibid.
§. *idem* ibid.
§. *Si cui* 967.
L. Ideo condemnatus 17. De compensat. 841.
L. Ignorante quoque pen. De neg. gest. 65.
L. Illud aut illud 25. De const. pec. 169.
§. *Si jurejurando* ibid.
L. Illud quæritur 4. De evict. 970.
§. *Si impuberis* ibid.
L. Illud enim 13. De jur. cod. 512.
§. *Tractari* 514.
L. Imperator Antoninus 70. De leg. 2. 582.
§. *Si centum* 584. §. *Cum autem* 588. & 1140.
§. *Cum quidam.* 587.
L. Imperator Hadrianus 50. Ad Trebell. 314.
L. Imperator Titus De stat. hom. 64.
L. Imperator Titus 8. De postulando. 24.
L. Imperator Titus 11. Ad municip. 35.
L. In Consilium ult. De off. adses. 834.
L. In Conventionibus 219. De verb. signif. 912.
L. In eum 19. De instit. act. 933.
§. *Si dominus* ibid.
§. *Tabernæ* 934.
§. *Servus* ibid.
L. In Falcidia 9. Ad leg. Falcid. 550.
§. *Circa ventrem.* 551.
L. Inferioris ult. De success. edic. 1092.
L. In fideicommissi 3. De usur. 564. 371.
§. *Si auro* ibid.
§. *In his* 571.
§. *Nonnumquam* 574.
§. *Cum Pollidius* ibid.
§. *Si auro* ibid.
L. In finalibus 11. Fin. regund. 896.
L. In fraudem creditorum 25. Qui, & a quib. man. 1040.
L. In honoribus 8. De vacat. & excus. mun. 863.
§. *Non alios* 864. §. *Philosophis* ibid.
§. *Qui muneris* 865. §. *Qui maximos* 866.
L. In insulam 42. Sol. matr. 997.
§. *Fructus* 998.
§. *Usuras* ibid.
§. *Ad virum* 999.
L. In insulam 3. De Sent. pass. & rest. 1407.
L. In legem Falcidiam 8. Ad leg. Falcid. 372.
L. In multis 9. De stat. hom. 792.
L. In omni fere 13. De adopt. 807.
L. In omnibus 41. De judic. 272.
L. In quæstionibus 8. Ad leg. Juliam Majes. 1375.
L. In Ratione 11. Ad l. Falcid. 754.
§. *Si servus* 755. §. *Quod vulgo* 760.
§. *Si servus testam.* 756. §. *Si filio* 767.
§. *Imperator* 757. §. *Quæsitum* 770.
§. *Cum quidam* ibid. §. *Si quis* 788.
L. In rem suam 18. De compensat. 937.
§. *Creditor* 939.
L. Insulam 124. De verb. obligat. 1461.
L. Inter debitorem 42. De pactis. 1410.
L. Inter eos 51. De fidejuss. 959.
§. *Fidejussor.* ibid. §. *Cum inter* 962.
§. *Duo* 961. §. *Bonis.* 963.
§. *Creditor* ibid.
L. Inter accusatorem 10. De publ. judic. 1465.
L. Inter liberas 6. Ad leg. Jul. de Adult. 1483.
L. Inter Socerum 26. De pact. dotal. 987.
§. *Vir* 989.
§. *Cum inter* 990.
§. *Convenit* 991.
§. *Filia* 992.
§. *Pater* 993.
L. Inter ceteros 1. De jure aure. anulor. 842.
§. *Diversum* ibid.
L. Inter tutores 36. De admin. & peri. tuto. 78.
L. In tabulis 36. De statulib. 1455.
L. In totum 76. De reg. Jur. 843.
L. In toto jure 80. De regul. Jur. 802.
L. Intra 41. De pactis. 1279.
L. Intra 10. De div. & temp. præscrip. 1373.
§. *Quadriennii* ibid.
L. Intra 2. De jure aur. annul. 1389.
L. In venditione 41. De act. empti. 948.
L. Ita autem 5. De admi. & peri. tut. 1031.
§. *Papinianus.* ibid.
L. Ita stipulatus 115. De verb. obligatio. 55.
§. *Sed & si* ibid.
§. *Item, si quis* ibid.
L. Judicatæ 29. De Excep. rei judic. 1304.
§. *Si debitor* 1306.
L. Julianus putat. 43. De bon. libert. 377.
L. Julianus scribit 26. Si quis omis. cau. testa. 406.
L. Jure nostro 26. De testam. tut. 100.
§. *Honoris* 1001. §. *Propter* ibid.
L. Jure societatis 82. Pro Socio. 943.
L. Juris ignorantia 7. De Jur. & fac. ignor. 502.
L. Jurisperitos 30. De excus. tut. 1029.
§. *Cum oriundus* ibid. §. *Patronus* 1030.
L. Jus civile 7. De justit. & jur. 1448.
L. Justo errore 44. De usucap. seu usur. patron. 628.
§. *Constat* 630.
§. *Etsi possessionis* 631.
§. *Nondum aditæ* 633.
§. *Filiusfam.* 636.
§. *Non mutat* 637.
§. *Eum qui* 638.
§. *Si cum* ibid.

L

L. Legatus Cæsaris 20. De offic. præsid. 830.
L. Legatum sub conditione 24. De adim. leg. 1184.
§. *Pater* ibid.
L. Legatum 80. De leg. 2. 1443.
L. Legata supellectili 9. De supelle. legat. 1122.
L. Legis Aquiliæ 54. Ad l. Aquil. 823.
L. Lege Falcidia 7. Ad leg. Fal. 139.
L. Lex 1. De legibus. 1421.
L. Liber homo 18. De verb. oblig. 677.
§. *Decem hodie* 679.
§. *Decem mihi* 680.
L. Liberta ult. De obseq. paren. &c. 1367.
L. Libertus 14. De in jus vocand. 835.
L. Libertus 17. Ad municipalem. 851.
§. *Filium* 852. §. *In adoptiva* ibid.
§. *Præscriptio* ibid. §. *Error ejus* ibid.
§. *Sola ratio* 853. §. *Patris* ibid.
§. *Postliminio* 855. §. *In quæstionib.* 858.
§. *Exigendi* ibid. §. *Sola domus* ibid.
§. *Ex causa* ibid. §. *Fidejussores* 859.
L. Libertus non aliis 14. De tuto. & curato. 319.
L. Libertus 41. De oper. libert. 1038.
L. Liberto 31. De neg. gest. 871.
§. *Inter* 873. §. *Tutoris* ibid.
§. *Litem* 874. §. *Quamquam* 878.
§. *Qui aliena* 876. §. *Uno defendente* 880.
§. *Libertos* 877.
L. Licet neque 45. De acquir. vel amit. possef. 1456.
L. Licet neque 45. De acquir. vel amit. poss. 625.
L. Lucius Titius 24. Depo. vel contra. 219.

M

L. Majorem 8. De pactis. 1257.
L. Mancipia pen. Qui sine manum. &c. 1254.
L. Mandatum 57. Mand. 1260.
L. Mater filio 93. De Cond. & demon. 1187.
L. Mater secundis 27. Si quis omiss. caus. testam. 1079.

§. *In*

§. *In sententiam* ibid. §. *In eum* 1080.
L. *Mater* 10. De Adult. 1489.
L. *Mævius fundum* 66. De leg. 2. 440.
§. *Duorum* 442. §. *Sed si* ibid.
§. *Non idem* ibid. §. *In fundo* 448.
§. *Eum, qui* 450. §. *Fundo* 452.
§. *A municipibus* 453.
L. *Miles ad Sororem* 75. De leg. 2. 1083.
§. *Pro patre* 1084.
L. *Miles si testamentum* 35. De milit. testam. 511.
L. *Miles* 11. Ad leg. Jul. de Adult. 1493.
§. *Militem* 1494. §. *Defuncto* ibid.
§. *Socer* 1496. §. *Volenti* 1500.
§. *Adulterii* 1497. §. *Licet* ibid.
§. *Quidam* 1498. §. *Mulier* 1501.
§. *Quærebatur* 1499. §. *Ream* 1502.
L. *Militis codicillis* 36. De milita. testam. 1072.
§. *Miles* 1. 1073.
§. *Miles* 2. 1074.
§. *Veteranus* ibid.
§. *Miles* 3. 1075.
L. *Milites enim* 12. De militar. testam. 1072.
L. *Misso legatario* 12. Pro emptore. 1275.
L. *Mortis* 53. De donat. int. vir. & uxor. 994.
§. *Res in dotem* 996.
L. *Mulier* 4. Ad Senatusc. Turpill. 1398.
L. *Mulierem* 14. De iis quæ ut indig. 797. 801.
L. *Mulieri* 74. De condi. & dem. 798.

N

L. *Nam, & si* 15. De inoffic. testam. 362.
§. *heredi* 365. §. *Titius* 368.
L. *Nec in ea* 22. Ad l. Jul. de Adult. 1483.
L. *Nec si forte* 2. Ut legat. seu fideic. &c. 707.
L. *Nec utilem* 20. Ex quib. cauf. major. 341.
L. *Nepos* 22. De Manumiss. 1454.
L. *Nequaquam* 24. De excusat. tutor. 311.
L. *Nihil interest* 4. De nautic. fœnor. 952.
§. *Pro operis* 954.
§. *In stipulatione* 955.
L. *Non est cogendus* 53. Ad Trebell. 597.
L. *Non esse* 2. Ne de stat. def. &c. 1381.
L. *Non idcirco* 44. De judic. 882.
L. *Non magis* 3. Pro legato. 631.
L. *Nonnunquam evenit* 1. De præscrip. verb. 173.
§. *Domino* 174.
§. *Item si* ibid.
L. *Nonnunquam* 24. Ad Trebel. 393.
L. *Nonnunquam* 8. De collatio. bonor. 90.
L. *Non quicquid* 40. De judic. 100.
§. *Judex* ibid.
L. *Non videntur* 83. De reg. jur. 1470.
L. *Non videbitur* 35. De statulib. 1253.

O

L. *Ob eam* 9. De præscrip. verb. 1281.
L. *Ob hæc verba* 20. De his, qui not. infam. 841.
L. *Obligationes* 27. De oblig. & act. 677.
L. *Ob negotium* 20. De Compensat. 1350.
L. *Ob pecuniam* 81. De furtis. 843.
L. *Operis* 43. De oper. libert. 1413.
L. *Octavi gradus* 9. Unde cogn. 1090.
§. *Fratris* 1092.
L. *Oratio* 4. Si ingen. esse dicat. 614.
L. *Ordine Decurionum* 15. Ad municipalem. 846.
§. *In eum* 850.
§. *In fraudem* 851.
§. *Jus originis* 851

P

L. *Pacta conventa* 72. De contrah. empt. 247.
§. *Papinianus* 255.
L. *Pannonius Avitus* 86. De acquir. vel omitt. her. 1076.
§. *Rei* 1078.
§. *Pro herede* 1078.
L. *Papinianus* 20. De min. 25. ann. 915.
L. *Papinianus* 8. De inoffic. testam. 916.
§. *Papinianus* ibid.
§. *Unde* ibid.
L. *Papinianus* 18. De servit. 795.
L. *Papinianus lib.* 3. *quæstion.* 28. Manda. vel contra. 99.
L. *Papinianus lib.* 5. 8. De inoffic. test. 114.
L. *Papinianus* 5. 4. De his, quæ ut ind. 114.
L. *Papinianus lib.* 6. 14. De Pub. in rem act. 133.
L. *Parvi refert* 17. De cond. furt. 240.
L. *Pater filiam* 14. Ad leg. Falcid. 1216.
§. *Avia* 1218.
§. *Duobus* 1220.
L. *Pater filium* 6. De Collat. dot. 1087.
L. *Pater filium* 14. De inoff. test. 108.
L. *Pater instituto* 10. De capt. & postli. rever. 783.
§. *Si mortuo* ibid.
L. *Pater nubenti* pen. De dot. Collat. 1303.
L. *Pater, qui dat* 12. De castren. pecul. 378.
L. *Pater dotem* 7. De dote præleg. 474.
§. *Sed si prius* ibid.
§. *Sed si prius* 2. ibid.
§. *Quid ergo* 475.
§. *Sed si lex* ibid.
§. *Si forte* ibid.
L. *Pater ult.* De suis, & legit. 1333.
L. *Pater filia* 81. De jur. dot. 183.
L. *Pater filiæ* 6. De serv. leg. 1118.
L. *Pater milite* 15. De Castren. pecul. 806.
§. *Si stipulanti* ibid.
§. *Si pater* ibid.
§. *Servus* ibid.
§. *Si servi* ibid.
L. *Pater* 17. De castrens. pecul. 1467.
L. *Pater Severianam* 101. De Cond.& demonstr. 1188.
§. *Ita* 1189.
§. *Conditionum* 1190.
§. *Socrus* ibid.
§. *Fideicommissa* 1191.
L. *Pater* 23. De adimen. leg. 1125.
L. *Pater* 19. Quæ in fraud. cred. 1304.
L. *Patri datur* 20. Ad leg. Jul. de adult. 1483.
L. *Patre, vel marito* 6. De quæst. 1487.
§. *Cum de falso* ibid.
L. *Patronum* pen. Si libert. ingen. esse dic. 1272.
L. *Paulus notat* pen. De Pub. in rem act. 271.
L. *Paulus notat* 8. De prætor. stipul. 110.
L. *Pecoris pascendi* 4. De servi. rust. præd. 893.
L. *Peculium legatum* 65. De leg. 2. 408.
§. *Quadrigæ* ibid.
§. *Titio* 409.
§. *Si tamen* ibid.
L. *Pecuniæ* 9. De usur. 1298.
§. *Usurarum* 1300.
L. *Pecuniæ sortem* 8. De alimen. & cib. leg. 1123.
L. *Peregre* 44. De acquir. vel amit. pos. 919.
§. *Quæsitum* 622.
§. *Quibus explicitis* 625.
L. *Peto Luci Titi* 69. De leg. 2. 539.
§. *Prædium* 542.
§. *Mater* 543.
§. *Fratre* 545.
L. *Plane* 4. Ut in poss. leg. 719.
L. *Pluribus* ult. De iis, quæ in test. delentur. 1044.
L. *Pomponius* 35. Famil. Ercisc. 1331.
L. *Possessio* 49. De acquir. vel amit. possess. 1457.
§. *Prim.* 1458.
§. *Ultim.* ibid.
L. *Postquam* 5. Ut leg. seu fideic. &c. 711.
§. *Imperator* 713.
§. *Si dies* 716.
§. *Cum quærebatur* 718.
§. *Quibus* ibid.

L. Post dotem 40. Solut. matri. 706.
L. Post finitam 11. De suspec. tutor. 1025.
L. Post mortem 5. Quando ex fa. tut. 1023.
L. Prædia 48. De acquir. poss. 1272.
L. Prædiis a fisco 36. De jur. fisc. 965.
L. Prædiis 91. De leg. 3. 1112.
§. *ex his* 1113.
§. *Titio* 1114.
§. *Balneas* ibid.
§. *qui domum* ibid.
§. *Appellatione* 1115.
L. Præfectus 63. De ritu nupt. 1432.
L. Prior emptor ult. De in diem addic. 946.
L. Procula 26. De probat. 577.
L. Procurator 55. Manda. vel contra. 842.
L. Procurator 23. De liber. legat. 1125.
L. Profectitia dos 5. De jure dot. 271.
L. Propter veneni 21. Ad Senatusc. Syllan. 1081.
§. *Neptis* 1082.
§. *Præsidiis*. 1083.
L. Publica judicia ult. Ad L. Jul. pecul. 820.
L. Pupillus contra 6. De fidejuss. & nominat. 905.
L. Pupilli 96. De solut. 1317.
§. *Si* 1321.
§. *Soror* 1322.
§. *Cum eodem* 1323.
Cum institutus 1324.

Q

L. Quæcumque 1. De off. ejus cui mand. est jurisd. 8.
L. Quæ fideicommissa 29. De leg. 2. 1301.
L. Quæ pater 32. Fam. ercisc. 897.
L. Quæsitum est 8. De ser. expor. 664.
L. Quæsitum est 10. De sepul. viol. 190.
L. Quæsitum scio 13. De testib. 1471.
L. Quamvis 8. De tutel. & rat. distrah. 707.
L. Quamvis 46. De acquir. vel amit. possess. 627.
L. Quamvis pignoris 8. Ad Senatuscon. Vellej. 239.
§. *Si mulier* ibid.
L. Quamquam 62. De ritu nupt. 978.
§. *Mulier* 979.
L. Qui domum 8. De Adult. 1489.
L. Qui dotem 1. Qui pot. in pig. ha. 178.
§. *Alia causa* ibid.
L. Qui duos 42. De vulg. & pupil. subst. 1441.
L. Quid ergo 90. De leg. 1. 469.
L. Qui ex fratribus 24. De condit. institut. 1071.
L. Qui ex liberis 11. De bon. possess. secund. tab. 349.
§. *Filius* ibid.
§. *Testamento* 352.
L. Qui fidejussor. 53. Locati. 1280.
L. Qui fructus 25. De usu & usufru. leg. 1179.
L. Qui generaliter 2. Qui pot. in pig. 949.
L. Qui gravi 11. De jure codicill. 512.
L. Qui munus ult. Ad leg. Jul. repetund. 1397.
L. Qui mutuam 56. Manda. vel contra. 941.
§. *Fidejussor* 942.
§. *Non ideo* ibid.
§. *Salarium* 943.
§. *Sumptus* ibid.
L. Qui non militabat 78. De hered. instit. 1046.
§. *Lucio Titio* 1052.
§. *filiis* 1053.
§. *Sejus* 1054.
L. Qui plures 41. De admin. & peric. tutor. 1100.
L. Qui plures 23. De vulg. & pupill. substit. 1060.
L. Qui postumos 4. Ad Senatusc. Syllan. 1080.
L. Qui rei 3. De bon. eorum qui ante sent. 1410.
L. Qui solidum 78. De leg. 2. 1203.
§. *Cum post mortem* 1204.
§. *Etiam Resp.* 1205.
§. *Prædium* 1206.
§. *Si creditor.* ibid.
L. Qui tutelam 18. De testam. tut. 1003.
§. *Verbis* 1004.
§. *Impuberi*. 1005.
L. Quid ergo 13. Ad municipalem. 35.
L. Quod bonis 15. Ad leg. falcid. 1353.
§. *Frater* 1355.
§. *Non idcirco* ibid.
§. *Quod Avus* 1358.
§. *Cum fideicommissum*. 1361.
§. *Ex donationibus.* 1363.
§. *Fructus.* 1364.
§. *Fideicommissum* 1365.
§. *Quarta* 1366.
L. Quod mihi 22. De lib. leg. 548.
L. Quod per manus 10. De jur. Codic. 381.
L. Quod D. Marco 50. De manumiss. testam. 1243.
L. Quod placuit 37. De jur. fisc. 1278.
L. Quod privilegium 8. Depos. vel contra. 208.
L. Quod procurator 68. De procur. 916.
L. Quod si 79. De hered. instit. 1441.
L. Quod si 31. De jur. dot. 979.
L. Quod si filius 11. De capti. & postli. rever. 783.
L. Quod statuliber 41. De Mortis caus. don. 908.
L. Quod supra 10. ad L. Falcid. 590.
L. Quotiens quæreretur 1. De probat. 80.

R

L. Redemptis 12. De jure codic. 512.
L. Rem hereditariam 65. De evict. 182.
L. Rem inspiciendam 78. De furtis. 177.
L. Reo criminis 41. De solut. 1476.
L. Reos 11. De duob. reis stip. 1311.
§. *Cum tabulis* 1313.
L. Rerum amotarum 27. Actio ob adul. 1000.

S

L. Sabinus 28. Communi divid. 151.
L. Salarium procuratori 7. Mand. vel contra. 939.
L. Sanctio legum 41. De pœnis. 1466.
L. Scriptus heres 13. De Carb. edic. 376.
L. Scripto herede 7. Unde liber. 779.
§. *Non sic* 782.
L. Sed an viæ 12. De pignor. 566.
L. Sed cum 12. Ad Trebel. 593.
L. Sed quod 71. De leg. 2. 1141.
L. Sed revocata 20. De jur. fisci. 1328.
L. Sed si certos 51. De legat. 1. 102.
L. Sed & si ex 4. Quod cum eo, qui in alien. &c. 234.
§. *Soli* ibid.
L. Sed si nondum 17. De relig. & sump. fun. 925.
L. Seja 42. De mort. caus. donat. 1369.
§. *Cum Pater* 1371.
L. Sejo amico 10. De annu. legat. 1176.
§. *Medico* ibid.
§. *Uxori* ibid.
§. *Libertis* ibid.
L. Senatusconsulto 1. In quib. caus. pign. 1262.
L. Servitutes 4. De servitutibus. 139.
§. *Modum* ibid.
§. *Intervalla* ibid.
L. Servus 3. De manumiss. quæ servis, &c. 1379.
L. Servus ea lege 7. De servis expor. 259.
L. Servus 34. De statulib. 607.
§. *Imperator* 609.
L. Servus 34. De pœnis. 1405.
§. *Eos quoque* 1406.
L. Servus uxori 76. De hered. instit. 382.
L. Servum 21. De manumiss. 1371.
L. Servos 34. Fam. ercisc. 1137.
L. Servos 35. De liber. caus. 1256.
L. Servo legato 113. De leg. 1. 971.
§. *Ineptas* ibid.
L. Servo manumisso 58. De cond. indeb. 1198.

L. *Si adulterium* 38. Ad leg. Jul. de adul. & stu. 811.
§. *Stuprum* 814.
§. *Quare* ibid.
§. *Nonnunquam* ibid.
§. *Fratres* ibid.
§. *Iidem Imperatores* ibid.
§. *Iidem Pollioni.* ibid.
§. *Incestum* ibid.
§. *Imperator* 816.
§. *Liberto* 818.
§. *Si quis.* 819.
L. *Si bonæ fidei* 49. De petit. hered. 73.
L. *Si bona patroni* 40. De oper. liber. 601.
L. *Si centum homines* 117. De verb. oblig. 329.
L. *Si cui* 82. De Cond. & demon. 1257.
L. *Si culpa* 63. De rei vind. 315.
L. *Si cum venditor* 66. De evict. 701.
§. *Si is, qui* 702.
§. *Si secundus* 703.
§. *Divisione* ibid.
L. *Sicut in annos* 3. Quib. mod. usufr. amit. 433.
§. *Hæc repetitio* ibid.
§. *Idem Papinianus.* 435.
L. *Si debitor pignus* 79. De furtis. 231.
L. *Si debitori* 47. De fidejus. & mandat. 225.
§. *Si filius* ibid.
L. *Si debitori* 12. Ad leg. Falcid. 790.
L. *Si Dominus* 8. De præscip. ver. 665.
L. *Si duobus* 2. Quib. mod. usufr. amit. 426.
§. *Si non* 430.
§. *Cum singulis* ibid.
L. *Si fidejussor* 7. Qui satisd. cogant. 97.
L. *Si fidejussor* 19. De dolo malo. 822
L. *Si fidejussor* 59. De cond. indeb. 1452.
L. *Si fidejussores* 7. De fidejuss. & man. 956.
L. *Si filius* 19. De interrogat. in jur. faci. 161.
L. *Si filius emancipatus* 30. De min. 25. ann. 66.
L. *Si filius substituatur* 75. De hered. instit. 326.
L. *Si filius* ult. De condit. institut. 343.
L. *Si filius* 12. De vulga. & pup. substitut. 81.
L. *Si filio puberi* 6. De confirm. tuto. 1006.
L. *Si flagitii* 123. De verb. oblig. 1448.
L. *Si fundus* 52. De leg. commiss. 969.
§. *Eleganter* ibid.
L. *Si fundus* 13. De reb. eor. qui sub tut. sunt. 1032.
§. *Quamquam* ibid.
L. *Si gener* pen. De his, quæ ut indig. 1376.
L. *Si gratuitam* 17. De præscrip. verb. 176.
§. *Papinianus* ibid.
L. *Si habitatio* 10. De usu & hab. 501.
§. *Sed si* χρῆσις. 1131.
L. *Si Imaginem* 13. De aur. & argen. legat. 449.
L. *Si impuberi* 13. De Tut. & Curat. 305.
§. *Quamvis* ibid.
§. *Sed si* ibid.
L. *Si is cui nummos* 94. De sol. & lib. 183.
§. *Si autem* ibid.
§. *Sed & si* ibid.
§. *Flavius* 186.
L. *Si is qui* 11. De pignor. 566.
§. *Ultim.* ibid.
L. *Si is qui Stichum* 66. De procur. 193.
L. *Si ita stipulatus* 150. De verbor. oblig. 827.
L. *Si ita sit* 14. De legat. 1. 564.
§. *Sed & Papinianus* ibid.
L. *Si legatario* 22. De fideicomm. 611.
§. *A duobus* 612.
§. *Cum is* ibid.
L. *Si Legatorum* 8. Ut in possess. legat. 137.
L. *Si liberis* 27. De pact. dotal. 1436.
L. *Si Libertus patrono* 41. De bon. lib. 326.
L. *Si metus causa* 85. De acquir. vel omit. hered. 789.
L. *Si Mortis* 40. De mor. cau. donat. 789.
L. *Si mulier* 31. De minor. 1195.
L. *Si Navis* 62. De rei vind. 124.
§. *Generaliter* ibid.
L. *Si non traditam* pen. Pro legato. 631.
L. *Si pœnituit* 7. De divort. 1475.
L. *Si Pater ignorans* 41. solu. matri. 825.
L. *Si Pater* pen. De suis, & legit. hered. 782.
L. *Si Paterfamilias* 33. fam. ercis. 1097.
L. *Si Patronus heres* 3. Si quid in frau. patr. 380.
L. *Si Patroni* 55. Ad Trebell. 598.
§. *Imperator* 601.
§. *Qui fideicom.* 602.
§. *Cui Titiana* 605.
§. *Actiones* ibid.
L. *Si Plures* ult. Rem. pupill. salv. for. 321.
L. *Si Plures* 38. De admini. & peric. tutor. 319.
§. *Si quidam* ibid.
§. *Unde* ibid.
L. *Si Portio* 21. De leg. præstan. 347.
L. *Si Precario* pen. Com. præd. tam urb. &c. 147.
L. *Si Pro patre* 10. De in rem verso. 235.
§. *Cui simile* ibid.
L. *Si Quid dolo* 1. Si quid in frau. patro. 379.
§. *Si libertus* ibid.
L. *Si quis ab alio* 19. De manumiss. 790.
L. *Si quis ita* 3. De adim. legat. 468.
§. *Conditio* ibid.
L. *Si quis Servus* 2. De Cust. reor. 1480.
L. *Si quod* 73. De leg. 2. 616.
L. *Si Rem mobilem* 47. De acq. vel amit. poss. 649.
L. *Si Res aliena* 52. Ad Trebellianum. 553.
§. *Servus* 554.
L. *Si Servus pignori* 31. Fami. ercisc. 148.
L. *Si Servus communis* 18. De stip. ser. 684.
§. *Si servus* 688.
§. *Servus* 689.
§. *Cum servus* 690.
L. *Si Socius pro filia* 81. Pro socio. 217.
L. *Si Socius testamento* 48. De manum. testam. 268.
L. *Si stipulatus* 4. De usur. 667.
§. *Si post* ibid.
L. *Si superatus* 3. De pignor. 567.
§. *Per injuriam* 568.
L. *Si Tacitum* 13. Ad leg. Falcid. 826.
L. *Si Testamento* 49. De fidejuss. & man. 693.
§. *Ex duobus* 694.
§. *Quæsitum est* 696.
L. *Si Testamentum* pen. De iis quæ ut indig. &c. 469.
L. *Si tibi decem* 7. De præscrip. ver. 42.
L. *Si Titio* 33. De Usufru. & quemadmo. 422.
§. *Usumfructum.* 423.
L. *Si Titius* 48. De fidejuss. & manda. 268.
§. *Huic similis.* ibid.
L. *Si Tutor* ult. Si quis cau. judic. sist. caus. &c. 18.
L. *Si Venditor* 6. De serv. expor. 662.
L. *Si Vendidero* 80. De furtis. 331.
§. *Si ad exhibendum* 334.
§. *Cum raptor* ibid.
§. *Si Titius* 338.
§. *Qui rem* 340.
L. *Si Vir uxori* 52. De donat. int. vir. & ux. 265.
§. *Uxor* ibid.
L. *Si Urbana* 55. De condit. indeb. 127.
L. *Si Uxor a legato* 42. De judic. 642.
L. *Spurii* 6. De Decur. & eorum fil. 859.
§. *Minores* 860.
§. *Decurio* 861.
§. *Qui judicii* ibid.
§. *Pater qui* 862.
§. *Privilegiis* ibid.
L. *Statu liberorum* 33. De statulib. 51.
L. *Stichum* 95. De solut. & liberat. 719.
§. *Quod si* ibid.
§. *Editio* 722.
§. *Quod vulgo* 725.

§. Na-

§. *Naturalis* 727.
§. *Quæsitum* 730.
§. *Usumfructum* 733.
§. *Si creditor* 734.
§. *Dolo fecisti* 737.
§. *Si mandatu* 738.
L. *Sufficit* 56. De condi. indeb. 168.
L. *Sumptus* 48. De rei vind. 890.
L. *Sunt Personæ* 43. De relig. & sumpt. fun. 164.

T

L. T*Ale pactum* 40. De pact. 836.
§. *Qui provocavit* 838.
§. *Post divisionem* 839.
§. *Pater* 839.
L. *Tamen prætor* 3. D pecul. 235.
§. *Si filiusf.* ibid.
L. *Testamentum* 1. De injust. rupt. &c. 1438.
L. *Testamenti factio* 3. Qui test. fac. poss. 370.
L. *Testamento* 51. De manumis. testam. 1380.
§. *Cum ita* ibid.
L. *Testamento* 49. De manum. testam. 1094.
L. *Titius tamen* 9. De consti. pec. 169.
L. *Titius rogatus* 54. Ad Trebell. 556.
L. *Titio centum* 74. De leg. 2. 672.
L. *Titio centum* 71. De condit. & demon. 457.
§. *Titio centum* 1. ibid.
§. *Titio centum* 2. ibid.
§. *Titio genero* 460.
L. *Titio fundus* 73. De condi. & demon. 549.
L. *Trib. heredib.* 8. De usuf. ear. rer. &c. 436.
L. *Tutor* 6. Quando ex fact. tut. 1453.
L. *Tutor petitus* 28. De excus. tut. 1027.
§. *Quæ tutoribus* 1028.
L. *Tutor sive Curator* 35. De Admin. & peric. tut. 51.
L. *Tutorem qui tutelam* 37. De admi.& peric.tut. 309.
§ *Secundum* ibid.
§. *Inde* ibid.
L. *Tutores a Patruo* 5. De confirma. tut. 302.
L. *Tutores* 3. De adm. & peric. tut. 1008.
§. *Curator* 1009.
§. *Qui se* ibid.
§. *Heres* 1010.
§. *Adversus* 1013.
§. *Curatores* 1014.
§. *Tutor datus* ibid.
§. *Rerum* 1016.
§. *Patruus* ibid.
§. *Curatores* 1017.
§. *Tutoribus* ibid.
§. *In eum* 1018.
§. *Tutores.* 1019.
§. *Ab eo , qui* ibid.
§. *Negligentiæ* 1020.
§. *Adolescens* 1021.
§. *Tutor* ibid.
§. *Tutelæ* 1022.
§. *Quod peculio* ibid.

V.

L. V*Enditor hereditatis* ult. De transf. 23.
L. *Ventre præterito* 84. De Adquir. hered. 402.
L. *Verba legis* ult. De jur. & fact. ignor. 1041.
L. *Verbis civilibus* 7. De vulgar. & pupill. substit. 1054.
L. *Verbis legati* 5. Ad leg. Falcid. 1191.
L. *Veteribus* 39. De pact. 104.
L. *Vicarius* 13. De legationibus. 867.
L. *Vim passam* 39. Ad leg. Iul. de Adult. 1392.
§. *Nupta* ibid.
§. *In matrimonio* 1393.
§. *Nupta prius* 1394.
§. *Mulierem* ibid.
§. *Præscriptione* ibid.
§. *Duos* 1395.
§. *Incesti* ibid.
§. *De servis* 1396.
L. *Vir usuras* 54. De donat. int. vir. & uxor. 1139.
L. *Vir Uxori* 8. De dote præleg. 1119.
L. *Viro atque uxore* 39. Solut. matr. 280.
L. *Virum* ult. Si quis al. testam. prohib. 1383.
L. *Virum uxori* 14. De curat. furios. 1031.
L. *Viva quoque* 5. Rerum amotar. 294.
L. *Unus ex sociis* 34. De serv. rust. præd. 144.
§. *Si fons* ibid.
§. *Ult.* 146.
L. *Unum ex familia* 67. De leg. 2. 516.
§. *Si falcidia* 519.
§. *Itaque* ibid.
§. *Sed si uno* 521.
§. *Si duos* ibid.
§. *Sed etsi* 525.
§. *Et ideo* ibid.
§. *Rogo* 529.
§. *Si rem* 532.
§. *Si omissa* ibid.
§. *Item Marcus* 535.
L. *Usufructus* 5. De usufruct. & quemadmo. 137.
L. *usu quoque* 11. Usufruc. quemadmodum cav. 1097.
L. *Vulgo receptum est* 2. De usur. 130.
L. *Uxorem* 15. De rit. nupt. 975.
L. *Uxori meæ* 9. De dote præleg. 1179.
L. *Uxori* 24. De usu, & usufruc. leg. 1116.
§. *Scorpium* ibid.

GRÆ-

GRÆCARUM DICTIONUM

Quæ continentur in hoc Primo Tomo Operum Poſtumorum.

INTERPRETATIO

HACTENUS DESIDERATA.

PAg. 3. σοφώτατον, ſapientiſſimum.
τοῖς πρώτοις, prioribus .i. priori Dig. parte.
pag. 4. ἔμψυχος, vivens. animatus.
ἔμψυχον, animatum. vivens.
pag. 5. διεξοδικοὺς λόγους, plenos, latos ſermones.
pag. 10. ἐτυμολογία, etymologia.
pag. 11. ἐξ ἀντιδιαστολῆς, ex diverſo, ex contrario.
pag. 16. ἄκρατον ἐξουσίαν, merum imperium.
pag. 21. κυρίαι ἡμέραι, fatales dies.
pag. 23. πλαγιαστικαὶ, inflexæ, obliquæ.
pag. 29. ἔννατα, novem dies ſuper mortuo agendi.
pag. 30. λύζει, καὶ δακρύει, ſingultit, & lacrymat.
pag. 33. ἀναλόγως, pro rata, pro ſua cujuſque portione.
pag. 45. ἀπὸ συγχρήσεως, ex converſione in uſus ſuos.
ἀπὸ ὑπερθέσεως, ex mora.
σύγχρησις, converſio in uſum ſuum.
pag. 46. ἀνατοκισμός, anatociſmus.
pag. 50. σύγχρησις, in uſus ſuos converſio.
pag. 51. προσκειμένη αἵρεσις, conditio propoſita, adjecta.
pag. 52. οἰκωφελεῖσθαι, domum juvare. domui prodeſſe.
ὠμογέρων, cui viridis eſt ſenectus.
ὠμὸς γέρων, ſævus ſenex.
pag. 53. χειρότερα, pejora.
pag. 56. τὸ συμβαλλόμενον, quod contingit ad obligationem firmandam.
pag. 62. ἀπορία, hæſitantia. *bis ead. pag.*
ἄπορα, dubia.
pag. 63. ἀνοβατεύτως, novatione non facta.
pag. 65. παιδογραφιῶν, documentorum ætatis liberorum. nativitatis ſcripturarum.
ἀπογραφαὶ, ſcripta patris.
ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ, ex nativitatis ſcripturis, vel aliis legitimis documentis.
τῶν παίδων, liberorum.
pag. 69. ὑποστροφῆς, poſtliminii jure non continetur.
ψυχῇ καὶ, animo, & corpore domini.
pag. 70. πρὸς αἵρεσιν, ob diviſionem ſuſceptus, aditus.
pag. 71. κατὰ πλοκὴν, per complexionem.
pag. 72. ἐναντιοφανὲς, quod videtur contrarium inter leges.
ὁ πρεσβευτὴς, legatus Romæ convenitur pro eo quod conſtituit in provincia ſe ſoluturum.
pag. 82. αὐτοκληρόνομον, ſui heredem.
ἀνάφανσις, exiſtentia.
παραλληλισμῷ, vocum ſimilitudine.
pag. 89. ἐκ τῶν ἰδίων, de ſuis bonis videbatur legare.
pag. 92. ἀκρότης. μεσότης, ſummus apex, mediocritas. medium.
pag. 96. συνουσιάζειν, coire.
pag. 97. παρακυπτικὰς. φωταγωγὰς. obliquas ad proſpectum. lumen accipientes, agentes.
pag. 98. μέλλοντος, cum tempus jam jam impleretur.
pag. 108. ζωννύειν, cingere pro diſcingere. περιζωννύειν, in orbem cingere.
ἐπιτέμνειν, deſtringere.
pag. 116. ἐν ἔργῳ, in opere. ἐπ᾽ αὐτοφόρῳ, in ipſo ſcelere.
pag. 126. μεταβολῆς ἀνάγκης ἕνεκα, commutationis neceſſitatis gratia.
pag. 128. ἀντίχρησις, antichreſis, mutuus uſus.
pag. 137. ἀπρόσωπος, perſonam non habens.
pag. 149. προτιμήσεως, prælationis. *pl. ead. pag.*
pag. 162. παρετυμολογεῖν, ad etymon alludere.
pag. 165. τοῦ ἄκρου νομίμου, ſummi juris.
pag. 165. ἀκρίβεια, ſummum jus quod circa res juſtas verſatur nihil æqui dat.
pag. 174. ὑπὲρ τὰ, ſupra nomina ſunt vocabula.
pag. 184. καλὸν, bonum ſumptum.
pag. 187. μὴ εἰς ἀμφίβολον, non in dubium.
pag. 190. ἀποχή, apocha.
pag. 195. ἀόριστον, Aoriſtum.
χρόνον ἐνεστῶτα, tempus quod fuit.
τέλειον, perfectum.
παρακείμενον, præteritum.
ὃν βουλήσομαι, quem voluero. *bis eadem pag.*
pag 207. ἐνστάσει. ἀντιπαραστάσει, pugnaci contentione. obſiſtentia.
pag. 214. ἐκ τῆς συγχρήσεως, ex commodato.
κατὰ τὸ σιωπώμενον, per ea quæ tacemus.
pag. 223. ἁπλῶς, ſimpliciter.
pag. 225. τὸ πᾶν, omnia pater obtinet.
pag. 227. ἀναφορικῶς, per relationem.
pag. 232, ἀναφὴς, tactui non ſubjecta, ſine corpore, quæ mente tantum excipi poteſt.
pag. 241. ἁμαρτία ἁμάρτημα, peccatum, delictum, culpa.
pag. 245. ἀντιδιαστελλομένην, oppoſitam.
pag. 249. ὁρᾷ μὲν, videat quidem huc veniens, nec in alia diſtrahatur.

pag.250.

Græcarum Dictionum

pag. 250. κατὰ τὴν, ex contractus natura.
pag. 254. τυποῖ τὴν, formant actionem quæ initio ſunt conventa.
pag. 259. κενοτάφιον, cenotaphium. *pl. ead. pag.*
κενοταφίῳ, cenotaphio.
ἐπ' ἐξαγωγῇ, ut extra agatur.
εἰδέναι, noſſe.
pag. 264. γάμος ἄγαμος, nuptiæ ſine nuptiis.
pag. 268. χαρονιανὸν, Charonianum.
pag. 278. κατὰ πρώτην, primo aſpectu, vel prima ratione.
pag. 280. περὶ κακοτροπίας, de morum improbitate.
pag. 282. ἀπολογήσομαι, proferam primum, deinde accuſabo, ut legem judiciariam ſervem.
pag. 283. ἀντιφέρνη, contraria dos, quæ ob dotem acceptam dantur.
pag. 293. τὰ ἐν ἀγκάλαις, quæ inter brachia feruntur.
ὑπερκαλὸς, pulcherrimus. ὑπαγκάλιος, qui inter brachia geſtatur.
pag. 295. πρὸς ἀναδιαστολὴν, ad diſcrimen.
pag. 301. ἐὰν ὑπεξουσία, ſi mulier, quæ ſub poteſtate eſt res amoverit, quidam dixerunt, actionem de peculio adverſus patrem dari.
pag. 311. ἀπ' ἀρχῆς, ab initio adminiſtrationis.
pag. 314. ἐνστάσει. ἀντιπαραστάσει, pugnaci contentione. obſiſtentia.
pag. 366. ἀναφάνσεως, exiſtentiæ.
pag. 373. εὔλογον ἐξαγωγὴν, rationabilem exitum, eductionem.
pag. 442. ἀσύστατον, minime cohærens.
pag. 458. χιασμὸς, chiaſmus. *pl. ead. pag.*
χιασμὸν, chiaſmum.
pag. 469. ἀναφαίνεται, apparet, exiſtit.
pag. 495. τὸ μέρος εἶναι, partem eſſe collectivam, & eſſe diſtributivam ſingularum rerum.
pag. 506. ἀποκρυβῆς, ſubtractionis.
ὑπόβολον ἡττώμενον, donatio propter nuptias victa.
ὑπόβολον μὴ ἡττώμενον, donatio propter nuptias non victa.
pag. 535. ἀπὸ κοινοῦ, ex communi.
pag. 544. ἀποφάσεις, apophtegmata.
pag. 563. πλοκὴ, complexio.
γιγνόμενα, naſcentia, gignentia.
pag. 573. ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum.
pag. 605. ἄνδρα μοι, virum mihi dic.
pag. 613. ἀνάφανσις, exiſtentia.
pag. 622. λογισμὸς. διάθεσις, προαίρεσις, ratio. affectus. propoſitum.
pag. 627. νέμος, nemus.
pag. 630. τὸ αἴτιον, cauſa hæſitantiæ.
pag. 638. κόποι, morbi qui ſponte ſua veniunt.
pag. 666. συνάλλαγμα, ſynallagma.
pag. 706. παρὰ γνώμην, præter voluntatem, ſine voluntate filiæ.
pag. 724. ἄκοσμον, inconditum.
ἔπεα ἄκοσμα, inconditi verſus.
pag. 726. πρωτότυπος, primitiva.
pag. 729. πρὸς διαστολὴν, ob diſcrimen.
κατ' ἐξαίρετον, per excellentiam.
pag. 730. ἰδίῳ δικαίῳ, ſuo jure.
pag. 741. τῇ ἐνεργείᾳ, virtute.
τῇ δυνάμει, vi ipſa. *bis ead. pag.*
pag. 747. ῥαπίσματα, alapas.
pag. 750. αὐτομάτως, ipſo jure.
pag. 763. ἀπόδοσις, apodoſis. *bis ead. pag.*
ἐπίδοσις, epidoſis. acceſſio.
μείωσις, diminutio.
pag. 766. τοῦ οἰκείου, ſui trientis.
pag. 768. ἰδιαζόντως, pro ſua cujuſque parte.
pag. 773. ξυνετὰ, intellecta ſolis extorquentibus.
pag. 778. τοῦ πατρὸς, patris hereditas & filii eſſe.
pag. 785. ὑπαλλαγὴν, hypallagen.
pag. 786. οὐχ' οὕτως, non ſic legem pertinere.
pag. 787. μονομερῶς, una tantum parte præſente.
pag. 792. τὸ ἄῤῥεν, maſculum eſſe meliorem ex natura.
pag. 793. ἐπιλύεται, ſolutus eſt. excuſatur.
pag. 819. γραφὴν, libellum ſubmittit.
pag. 820. αἰσχροκερδίαν, turpe lucrum.
pag. 823. ἐπὶ προσπορισμοῖς, in commodis medii temporis.
pag. 832. ἐξ Ῥωμαίων, ſex Romanorum faſcibus parent.
ἑξαπελέκεις, hexapeleces, ſex faſces.
κληρωτοὶ, ſorte electi.
pag. 844. ἐναντιοφανὲς, quod contrarium videtur inter leges.
pag. 845. χειροτονητοὶ, per manuum extenſionem electi.
pag. 850. δυσωπίαν, ruborem, pudorem.
pag. 860. καλὴ ἐλπὶς, bona ſpes in juvene.
pag. 861. μηδὲ ἐλάχιστα, ne minima quidem vectigalia conducat.
pag. 864. Ἀσιαρχία, Aſiæ Sacerdotium.
Ἀσίαρχοι, Aſiæ Sacerdotes.
Ἀλυταρχία, Alytarchia.
pag. 892. τόκους καινοὺς, uſuras novas.
pag. 896. δίδωμι, do, & largior. *pl. ead. pag.*
δίδωμι καὶ χαρίζομαι τῇ, do, & largior ſorori meæ dulciſſimæ meam uxorem.
pag. 917. ἐν τοῖς πράγμασι, in rebus domini.
pag. 924. τῆς αἰτίας, cauſa cognita.
pag. 930. μετενεχυριάζειν, rem pignori acceptam pignori tradere.
pag. 945. διὰ τῆς τὸ προσώπου, hac de cauſa imagines vultus faciunt, quod inde potiſſimum dignoſcitur.
pag. 960. ἵνα λογισθῇ, ut computetur ipſi ſua pars.
pag. 962. παλαιὸς τίς, antiqua quædam conſtitutionis regula eſt.
pag. 963. ἐμπορικῶς, commercii, mercatorum jure.
pag. 968. φάκτου, facti contingentia.
σὺν ἑτέρᾳ, cum alia certa quantitate.
pag. 972. ἐπαλλαγὴ, permutatio. ἐπαλλαγαὶ, permutationes.
pag. 973. ἐν προχρείᾳ, in promutuo.
pag. 974. ἐπ' ἐξαγωγῇ, ad hoc ut extra agatur.
pag. 975. περὶ τῶν, de iis, qui ex tertio genere continentur.
ἐκ διγενείας, ex ſecundo genere.
ἐκ τριγενείας, ex tertio genere.
ἐκ τετραγονείας, ex quarto genere.
ζητῆσαι, quærere tantum mandavit.
pag. 977. ὑπερβολικῶς, per redundantiam, per hyperbolen.
ἀπὸ κοινοῦ, ex communi.
pag. 982. παράφερνα, extradotalia.
παράφερνοι, extradotales.
pag. 989. ἐν τοῖς ἀδήλοις, in dubiis vergere ad æquius oportet.
pag. 992. πρὸς αὐτὸν, ad ipſum profecta eſt.
pag. 993. φυσικώτερα, naturæ magis accomoda, & non omnino ſummum jus exequitur.
pag. 999. ἀντίχρησις, antichreſis mutuus uſus. *bis ead. pag.*
ἐν ἀντιχρήσει, in antichreſi.
pag. 1001. κατὰ τιμὴν, per honorem.
ἐν τοῖς πράγμασι, in negotiis.

ἔμπρα-

Interpretatio hactenus desiderata.

ἔμπρακτον, quæ in negotiis gerendis versatur.
pag. 1009. εἰ μὴ, nisi voluerit.
pag. 1032. ἐμπονήματα, emponemata: *bis ead. pag.*
ἀνοβατεύτως, novatione non facta.
pag. 1042. ἀσυνδέτως, disjunctim. *bis ead. pag.*
pag. 1045. ὦ παντοίας, o omnigenæ amicitiæ rependentes gratiam.
pag. 1090. ὁμωνύμως, ejusdem nominis.
pag. 1119. ἐνθῆκαι, enthecæ. prædiorum dotes.
σὺν ἐνθήκαις, cum enthecis.
pag. 1120. ταῖς ἐπὶ, enthecis in fundo instructis.
ἐνθήκας, prædiorum dotes.
pag. 1123. σημάτ', signa agnoscentis.
pag. 1127. ὁμωνυμία, nominis similitudo. homonymia.
pag. 1132. χρῆσις, usus.
χρήσεως, usus.
χρῆσις τῆς οἰκίας, ædium usus.
χρῆσιν μόνην, solum usum.
χρῆσιν καρπῶν. ἐπικαρπίαν, usumfructum.
pag. 1133. τὸ ἕνεκα, id quod causa alicujus rei est comparatum, aliud est ab eo cujus causa comparatum est.
τελαμῶνες, telamones.
pag. 1134. πρόθυρον, prothyrum. *bis ead. pag.*
προαύλιον. εἰς προαύλιον, vestibulum. in vestibulum.
ὑπερθύριον, superliminare.
pag. 1138. ἵνα τὸ τέταρτον, ut triens.
κατ' ἐνώπιον, in præsenti. in conspectu.
δὸς καὶ λάβε, da & accipe.
pag. 1144. καὶ ὡς, ac velut in præfatione.
pag. 1158. κέρμα, æris frustula.
pag. 1163. σύνθημα, signum esse ex patris sententia.
pag. 1164. ἐνορκῶ, adjuro.
pag. 1165. ἐνορκῶ, adjuro.
pag. 1166. μεταβολον ζῶον, mutabile animal.
pag. 1182. ἐπίτροπος, curator.
ὀπουργὸς, administrator. dispensator.
λειτουργὸς, sacer minister.
ἐπιμελητὴς τῶν, administrator eorum.
πλεονασμὸς, additamentum. excessus.
εἰς πτωχῶν τροφὰς, in pauperum alimenta.
pag. 1192. ἐμπαρουσιασμὸν, repræsentationem.
pag. 1202. ἡλικίαν, heliciam, ætatem.
ἀπὸ τοῦ χρόνου, a tempore.
ἀπὸ τοῦ μεγέθους, a magnitudine, & longitudine.
pag. 1203. ἡλικίαν, ætatem.
μέγεθος, magnitudinem corporis, & mensuram quandam.
pag. 1204. σύγκτησιν, possessionum massam.
pag. 1205. πρὸς περίθαλψιν, ad favorem. ad benignitatem.
pag. 1207. κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ex prima ratione.
pag. 1211. οἰκητήριον, habitationem, domum.
πλῆθος ἀνθρώπων, multitudinem hominum, qui sub eadem lege sunt.
ἱεροφύλακι, sacrorum custodi. æditui.
πλεονασμὸς, additamentum pecuniæ.
pag. 1233. νοθεύεσθαι, adulterinas esse.
pag. 1236. ἀεὶ τὸ ἕνεκα. semper id, quod gratia alicujus rei comparatum est, diversum ab eo est cujus causa est comparatum.
pag. 1237. ἐκ τῶν, ex iis, quæ adgnata sunt.
pag. 1238. ἐὰν μειωθῇ, si diminutæ res fuerint non usu.
pag. 1259. προτιμήσεως, prælationis. *bis ead. pag.*
pag. 1261. σωματέμπορος, servorum mercator. mango.
pag. 1262. καλῶς κινεῖ, recte movet publicianam.
τῷ ἐργολάβῳ, ei qui opus faciendum conduxit.
pag. 1269. ἐκ περισσοῦ, ex abundanti.
pag. 1278. προτιμήσεως, prælationis. *bis ead. pag.*
pag. 1281. ἀρχαϊκῶς, antiquo more.
pag. 1282. ἐμβατευτικὸν, superficiarium.
pag. 1290. ἀντίχρησις, antichresis. mutuus usus. *pl. ead. pag.*
ἀντὶ τῶν, usus vice usurarum.
ἀντιχρήσεως, mutui usus.
pag. 1292. ὑπεροχὴν, hyperochen.
pag. 1299. οὐδὲ ὅλως, nec omnino.
δάνειον, fœnus fœnori dabis.
pag. 1308. ἀγριαίνειν, exasperare facit.
pag. 1309. ἀναφορὰ, relatio.
pag. 1311. ἀριθμῶν, numerorum schesis, & principium.
pag. 1317. ἐνθήκας, enthecas.
pag. 1322. μονομερῶς, una tantum parte præsente. *bis ead. pag.*
pag. 1323. ἀναλόγως, pro rata. pro sua cujusque portione.
pag. 1324. ὑπεροχὴ, hyperoche.
ὑπεροχῆς, hyperoches.
ἀναλόγως, pro rata.
pag. 1325. ἀμφίβολα, dubia.
πολύσημα, multa significantia.
pag. 1330. ἐμφυτεύσεως, emphyteuseωs.
pag. 1334. ἰσομοιρίας, æquæ portionis. *bis ead. pag.*
pag. 1337. παράφερνα, extra dotem quæ sunt. Paraphernа.
pag. 1338. ἀσφαλείας χάριν, securitatis gratia.
λόγῳ ῥοδιακῷ, more Rhodio.
pag. 1344. χρόνος, tempus. *pl. ead. pag.*
pag. 1348. μετὰ τὸ, postquam pecuniam acceperit.
pag. 1352. βιαιοθανάτῳ, morte violenta.
ἠργασμένους, labore partos.
pag. 1353. συγχωρητικὸν, pactum de remittenda debita pecunia.
pag. 1354. παραφραστικῶς, per paraphrasim.
pag. 1357. ἀπροσδιονύσως, insulse. non ad rem.
pag. 1364. οἱ καρποὶ τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντος ἀγροῦ, fructus, agri sub conditione legati.
pag. 1365. κατὰ, per syncopen.
pag. 1368. κλεπτοτελώνημα. σφετερισμὸς, cleptotelonema, crimen vectigalis fraudati.
pag. 1373. ἀκληρονόμητα, heredem non habentia.
pag. 1376. τοῦτο Φούλβια, id Fulvia mulier Ciceroni indicavit.
ἀφανὴς, obscura, ignobilis.
τῶν ἐπιφανεῶν, nobilium.
pag. 1381. στιγματίαι, stigmate notati.
pag. 1385. προθυμίας, propensiones.
pag. 1396. ἐπὶ βλάβῃ, in alicujus damnum, vel fraudem.
pag. 1398. γυνὴ, mulier falsi crimen.
pag. 1403. οὐκ ἐξεῖναι, non licere servum adversus herum quæstionibus dari.
pag. 1408. σύνδεσμος, conjunctio, quæ aperit, declarat.
pah. 1410. ἐπ' αὐτοφώρῳ. ἐν ἔργῳ, in ipso scelere, in opere.
pag. 1411. ἀποβολὰς, jacturas vectarum rerum nautas facere in mari, in discrimen adductos.
ἀποβολῆς, jactura in mari facienda, mercator prior projiciat.
pag. 1412. χιλιόφορον, decem millia ferentem.
ἐὰν ἐκ τῆς, si ex procella contigerit, pondus, res vectas aspergi.
pag. 1414. καθολικὸς, catholicus.

pag.1416.

Græcarum Dictionum Interpretatio hactenus desiderata.

pag. 1416. σολοικοφανὲς . σολοικὸν , qui videtur solœcismus. solœcismus.
ἀρχαισμὸς , archaismus , antiquus mos loquendi.
pag. 1419. νεῦρα , nervi rerum . reip.
pag. 1423. ὁρῶν , definitionum.
νόμος ἐςὶ , lex est.
παρὰ τὴν , adversus jus summum.
pag. 1424. ὁμολογία , confessio. sponsio communis civitatis.
ὁ νόμος , lex , consuetudo scripta: consuetudo autem lex non scripta.
pag. 1427. αἱρετικοφανὴς , quæ videtur conditionalis.
αἱρετικὴ , conditionalis.
καταχρηςικῶς , per abusionem.
pag. 1428. σωματικῆς , corporalis tactus , apprehensionis.

pag. 1430. τὸ τῆς ὑποθεσ. rei subjecti perfectionem.
pag. 1436. ἀρχαικῶς , prisco more.
pag. 1450. εἰς τιμὴν , in honorem magistratuum.
pag. 1463. ἐν πλάτει , latius.
γεγηρακότα , vetusta debita.
pag. 1483. καταχρηςικώτερον , magis per abusionem.
φθορὰν , corruptionem.
pag. 1484. φθορὰν , corruptionem.
pag. 1492. διακενὴς , frustatorius. vacuus. εἰς κενον , in vacuum.
pag. 1503. ἀςυνομικὸν , de cura viarum publicarum.
pag. 1504. ἀςυνόμοι , viocuri. *pl.ead.pag.*
ἀγορανόμους , ædiles. *pl.ead.pag.*
τελεάρχαι , curam viarum publicarum habentes.

JACOBI



JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIA
ACCURATISSIMA
IN LIBROS QUÆSTIONUM
Summi inter Veteres Juriſconſulti
ÆMILII PAPINIANI.
OPUS POSTUMUM.



OST Africanum, ſi, quod inſtituo, dederit Deus, ut poſſim explicare Papinian. eadem qua ſoleo arte diligentiaque, dederit, quod nulli antea unquam dederit, mihi finiendorum laborum tempus, miſſionemque maturam. Verum non poſſum tantam rem præſtare, nec vos in eandem rem incumbentes, quidquam proficere, ſine divino numine: Id invocandum eſt nobis initio: invocandum quotidie dum procedit opus. Petita igitur hodie venia, & quotquot ſequentur diebus: Te precamur Deus opt. maxime, per JESUM CHRISTUM, ut in hoc labore, nec non in ceteris actionibus omnibus, nobis adſis volens, ac propitius regas nos tuo ſancto Spiritu, ut & vivi placeamus quibus prodeſſe volumus ſecundum ejus voluntatem, & mortui, ſi id optare fas eſt, iiſdem non inutiles ſimus. Id ita Deus faxit.

Æmilius Papinianus, qui & Papianus dicitur contractiori nomine, maxime a Græcis, ut *Nov. 1. &* 118. præceptor fuit Africani, ſi Lampridio credimus: a diſcipulo igitur aſcendimus ad præceptorem, cui etiam eodem auctore diſcipuli fuere Ulpianus, Paulus, Pomponius, Alphenus, Florentinus, Marcianus, Calliſtratus, Hermogenes, Venulejus, Triphoninus, Mætianus, Celſus, Proculus, Modeſtinus. Verum conſtat longe ante Papinianum & Alphenum fuiſſe & Celſum & Proculum, ut non potuerint Papiniani eſſe diſcipuli. Non eſt igitur per omnia Lampridio credendum: ſed nec quod de Africano: nam Juliani potius diſcipulus

A fuit, ut notat Accurſ. in *l. 16. de pecul. leg. & l. heres 21. §. ſervo, ff. de fidejuſſ.* Julianum autem Papiniano eſſe antiquiorem nemo ambigit. Dubito etiam, an verum ſit, quod Lampridius in Papiniani diſcipulorum numero Modeſtinum ponit: nam Modeſtinus ipſe Cerbidium Scævolam, & Domitium Ulpianum, & Julium Paulum laudat quaſi Coryphæos jurisperitorum, *l. 13. §. aliud etiam, verſ. ſed etſi, de excuſat. tutor.* & ipſe Ulpianus eum ſibi vindicat, & ſtudioſum ſuum vocat in *l. ſi quis uxori, §. ſi quis aſinum, de furt.* hoc eſt, *μαθητὴν*, ut Baſilica interpretantur,
B quaſi dicas diſcipulum, quod alii de nullo audent aſſerere: & vero nimia licentia eſt: nam ſi verum amamus, ſumus alii aliis diſcipuli, & magiſtri ſimul omnes. Sed ſtudioſi appellatio qua utitur Ulpian. eſt ſane modeſtior, quam diſcipuli. Porro ejuſdem Scævolæ diſcipulum Papinianum fuiſſe Ælius Spartianus ſcribit. Paulus etiam, & Triphoninus Scævolæ potius quam Papiniani diſcipuli eſſe videntur: nam & Paulus ſæpe Scævolam ſuum dixit, velut hoc modo: *hæc Scævolæ noſtro placuerunt, l. ſi unus 27. §. quod & in ſpecie, de pact.* & aliis modis, ut *l. 6. §. ult. de reb. auct. jud. poſſid. l. 19. §.*
C *1. de negot. geſt. l. 53. de excuſ. tut. l. qui plures liberos, §. ult. de vul. ſubſt. l. 19. de bonor. poſſ. ſec. tab. l. 24. §. Scævola noſter, de minor. l. ſi is, qui Stichum, §. quod dicitur, de jur. dot.* & ſic Triphoninus eundem Scævolam ſuum dixit in *l. reſcriptum §. 1. de diſtract. pign. & in l. de hereditate in princ. de caſtr. pecul.* Fuere igitur Papinianus, Paulus, Triphoninus condiſcipuli potius, quam Paulus & Triphoninus Papiniani diſcipuli. Fuit autem ille Cerbidius Scævola prudentiſſimus Juriſconſult. ut Impp. teſtantur in *l. 3. C. Theodoſ. de teſtam.* & meo judicio prudentiſſimi Juriſconſulti ſunt

Papinianus & Scævola. Et hujus Scævolæ magnum ingenium laudat Claudius Saturninus in *l.a testatore* 109. *de condit.& demonst.* non deridet, ut stulti quidam arbitrantur: nec mirum igitur, si ab hoc Scævola sunt profecti tam præclari Jurisconsulti. Ulpianum quoque Papiniano æqualem fuisse potius, quam discipulum facile crediderim: nam & ei fuit adsessor una cum Paulo in præfectura prætoriana, quam administrabat Papinianus sub Severo Imperatore, ut auctor est Lampridius, & ipse Paulus in *l.lecta* 40.*si cert. pet.* & cum Ulpianus utitur auctoritate Papiniani, coæquat se ei quodammodo: ut cum ait in *l.24.famil. ercisc.& ego Papiniano consentio: & l.ex facto, §.unde, de hered.instit.* ait; *cujus (Papiniani) sententiam ipse quoque probavi*. Utuntur vero Papiniani auctoritate hi tantum, Ulpianus, Marcianus, Paulus: Papinianus vero nullius unquam auctoritate utitur: & fuere ii omnes in consilio Imperatorum Severi & Antonini una cum Mæcio JC. & Triphonino, & aliis quibusdam, quod licet colligere ex *l.ult. de jure fisc. l.cum in fundo, §.ult. de jure dot.* ubi Triphoninus, *dixi*, inquit, *in auditorio*, hoc est, in consilio Impp. Severi & Antonini. Fuere igitur æquales, fateor tamen excelluisse Papinianum, ac semper tulisse primas, nec ullum unquam Jureconsultum fuisse, in quem homines tot laudes, totque ornamenta conjicerent: & Imperatores ipsi modo magnum vocant, ut *Novell.* 4. modo σοφώτατον, ut *Nov.* 118. consultissimum, *l.3.C. de adq. poss.* disertissimum, *l.9.C.de instit.& substit.* excelsi ingenii virum, *l.6. C.eod.* & in *§.sed quia Instit. de fideicommiss. heredit.* summi ingenii, *l.pen. C. de sent. & interlocut. l.1. C.de vet. jur. enucl.* excellentis ingenii, *l.1. C. Theodos. de respons.prud.* acutissimi ingenii virum, & merito ante alios Jurisconsultos excellentem, *l.cum acutissimi, C.de fideicomm.* Et Justinianus in oratione scripta Antecessoribus juris, *§.tertii anni*, vocat acutissimum maximum Papinianum, sublimissimum præfectorium: quia posteaquam aliquantum temporis Papinianus Severo Imperatori ad libellos paruit, *l.12.de dist. pign.* insuper factus fuit præfectus prætorio, ut constat ex *d. l.lecta*, & ex Dione, Zonara, & Spartiano, qua dignitate nulla erat major in aula principum, ut recte eam Ammianus Marcellinus apicem omnium honorum appellarit. Eundem Papinianum Justinianus splendidissimum vocat in *l.1.C. de vet. jur. enucl.* & itidem Lampridius in Alexandro, & quod superat omnem laudem, Spartianus in Severo, asylum juris, & legalis doctrinæ thesaurum: eadem forma, qua Valentinianus in Nov. *de homicidio casu, aut vol facto*, quæstorem sacri palatii (is est quem hodie Cancellarium dicimus) thesaurum famæ publicæ, & armarium legum; & Plato in Theæteto, arcam diserti sermonis, & Theodorum Balsamonem quidam splendidissimam lucernam juris, quem honorem quidam etiam Bartolo ponunt. Quæ major laus tribui potest Jurisconsulto, quam si dixeris eum esse juris, & legum armarium? & qui honor major excogitari potest, quam qui Papiniano defertur ex Constitutionibus principum, Theodosii & Valentiniani in *l.1.C. Theod. de resp. prud.* ut si qua in re sint diversæ jurisperitorum sententiæ, & hæ sint pares vel æquales, ea pars vincat, in qua Papinianus fuerit, qui, ut singulos vincit, ita a duobus vincitur, hoc est, non cedit nisi duobus. Quinimo ex eadem constitutione notæ Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factæ penitus infirmantur. Quod & jamdudum a Constantino constitutum fuisse ajunt, ut probatur *l.ult. C.de sent. pass.* in qua Constantinus ita scribit; *remotis Ulpiani & Pauli notis, Papiniani placet valere sententiam*: quod tamen postea non probavit Justinianus, *l.1. C.de vet.jur. enucl.* & suæ auctoritati restituit notas Ulpiani & Pauli, & Marciani, sicubi meliori ratione niterentur, ex quibus etiam pleraque reperiuntur in Digestis. Pertinet etiam valde ad honorem Papiniani, quod cum olim tertio anno auditores juris Papinianistæ dicerentur (quod scilicet primo anno τοῖς πρώτοις, & Institutionibus darent operam: secundo edictis prætorum:

A tertio libris Papiniani) erat in more, ut in ingressu tertii anni auditores festum diem Papiniano hilares celebrarent. Id voluit Justinianus etiam hodie fieri in epistola ad Antecessores juris, hoc est, vult eos tertio anno de Ulpiani nomine Papinianistas appellari, & Papiniani festum diem agere, ut per hoc viri sublimissimi præfectorii Papiniani in æternum maneat memoria. Nec omittam, quod Divus Hieronymus tanti facit Papinianum ex communi, ut arbitror, existimatione, ut sub ejus appellatione totum jus velit intelligi, & comparet eum cum Divo Paulo, quando divinum jus cum humano confert in epitaphio Fabiolæ: *Aliæ*, inquit, *sunt Cæsaris leges, aliæ Christi: aliud Paulus noster, aliud Papinianus præcipit*. Quis est major honos? nemo unquam Papiniano æquari potest, nisi per deridiculum: nemo unquam. B Unus Papinianus erit, ut Homerus unus Poetarum princeps, sic unus princeps Jureconsultorum Papinianus, Bibliotheca ἔμψυχος, ut Eunapius de quodam Philosopho. Hic unus præceptor Jureconsultorum, quotquot fuere ab eo vel ejus temporibus, & muto quod dixeram initio, Paulus & Ulpia. Triphoninus, quod non diffiterentur ipsi, Papinianistæ dici possunt, nullus Papinianus: in hoc uno est asylum juris, ad quod confugiant consilii inopes, jus ἔμψυχον, ut Aristoteles ait. Si jus piumque Christianis esset, illius aram opima imbueret hostia, sed religio vetat: nec tamen efficit, ut non debitos ei honores juris studiosi deferant. Equidem pro mea parte in hoc ero deinceps, ut ejus acutissima scripta evolvam, enarrem, & proferam in medium, quanta potero diligentia, nec desinam quousque perduxero ad C extremum, nisi vita defecerit. Scripsit Papinianus 37. libros diversarum quæstionum, & diversorum responsorum libros 19. Quæstiones tractatus sunt uberiores, & ubi simpliciter Ulpianus, vel Paulus, vel Marcianus, (qui soli, ut diximus, Papiniani auctoritate utuntur) ita scribunt, *Papinianus tractat*, intellige in libris quæstionum, qui ita exprimuntur, *l.6.§.si ædes, si servit.vindic.* Responsa sunt ad consultationes brevia rescripta. Scripsit etiam definitionum libros duos, quibus tradidit nobis de jure regulas veterum. Solemus enim regulas etiam definitiones appellare: & quod est scriptum a Javoleno in *l.202. de regul.jur. omnis definitio est periculosa, est* regula: quia nulla regula juris est perpetua, nulla, quæ non perdat officium suum aliquando. Sed libris etiam definitionum quasdam inseruit finitiones verbo- D rum juris veteris. Ac præterea libros duos speciales scripsit de adulteriis, & Græca lingua librum singularem ἀστυνομικοῦ, qui est de officio Ædilium plebis. Hæc sunt, quæ de Papiniano habemus. Nos incipiemus a quæstionibus, & prima quæstio erit de eo cui mandata est jurisdictio, sive de mandata jurisdictione, quæ est in *l.5.de offic. proconf. & l.1.de offic. ejus, cui mand. est jurisd.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. I. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

E

Ad L.V. de Offic. Proconf.

Aliquando mandare jurisdictionem Proconsul potest, etsi nondum in provinciam pervenerit: quid enim si necessariam moram in itinere patiatur, maturissime autem legatus in provinciam venturus sit?

PRIMA quæstio Papiniani est de mandata jurisdictione, & de his quæ mandata jurisdictione transeunt in eum cui mandatur, de quibus tractatur uberius in *l.1. de offic. ejus cui mandat.* Quæstiones, ut jam dixi, sunt tracta-

ctatus uberiores, quos Græci διεξοδικοὺς λόγους, vocant. Mandare autem juriſdictionem eſt vice ſua alium conſtituere, qui ea exerceat, quæ ſibi jure magiſtratus competunt. Recte, *vice ſua*, nam ut eſt ſcriptum in *l.ſolet, de juriſd. omn. jud.* is, cui mandata eſt juriſdictio, fungitur vice ejus, qui mandavit, non ſua, & in *l.3.de offic. ejus cui mand. eſt juriſd.* etiamſi prætor alii prætori, puta urbanus peregrino juriſdictionem mandaverit, atque ita etiamſi prætor ſit is, cui mandata eſt ab alio prætore juriſdictio, tamen alienam juriſdictionem exequitur, non pro ſuo imperio ſed pro imperio ejus, cujus mandatu jus dicit. Juriſdictio exercetur pro imperio: juriſdictio omnis nexa eſt imperio, ſine imperio certe nulla aut eluſoria: & ita procuratores, quibus lites aut negotia noſtra mandamus, vicem noſtram ſubeunt, *l.minor*, §. 1. *de procur.* M. Tullius in orat. pro Sex. Amerino: *Quibus in rebus ipſi intereſſe non poſſumus*, inquit, *in his procuratores vicariam fidem, & operam interponunt, & juris noſtri vicarii ſunt*. At objiciet quis: Poteſt quis vice magiſtratus fungi etiam ſine mandatu ipſius magiſtratus, ut is, de quo agitur in *tit. Cod.de offic. ejus qui vicem alicu. lib.* 1. Neque enim idem eſt ille titulus cum tit. Digeſtor. *de offic. ejus, cui mandat. eſt juriſdict.* non eſt, inquam, uterque titulus de eodem. Alius is, cui mandata eſt juriſdictio: Alius is, qui vicem judicis obtinere dicitur, iſque eſt, qui proponitur in *l.1.de tut. & cur. datis ab his:* qui moderamen alicujus provinciæ obtinet, præſide puta defuncto, vel quia ei ad tempus, quoad præſes aliquis vel proconſul mitteretur, regenda commiſſa ſit provincia: & ita nonnunquam procurator Cæſaris fungitur vice præſidis, *l. 3. Cod. ubi cauſ. fiſc. l.4. Cod. ad leg. Fab. de plag. l.2. Cod. de pœn.* Reſp. Is de quo illis legibus agitur, conſtituitur a principe, non a magiſtratu, cujus vicem gerit, & præterea juriſdictionem habet propriam. Ille autem de quo agimus, a magiſtratu conſtituitur, cujus vicem ſubit, nec juriſdictionem habet propriam, ſed alienam, ut ait *l.3.de offic. ejus, cui mand. eſt juriſdict.* & conſequenter non ſuo nomine jus reddit, ſed alieno, hoc eſt, non ſe dicit pronuntiare, ſed L. Titium prætorem, aut præſidem, qui mandavit juriſdictionem: ſicut ante Novellam 126. quæ id prohibuit, præfectus prætorio, qui vice ſacra judicabat, ita pronuntiabat: *Noſtra pietas*, vel *noſtra ſerenitas decernit*, ac ſi princeps ipſe decerneret.

Porro, cui a magiſtratu mandatur juriſdictio, is in hoc conſtituitur a magiſtratu, ut ea exerceat, quæ ſibi jure magiſtratus competunt. Solis igitur magiſtratibus hujuſmodi mandata permittuntur, nec per ea in mandatarium juriſdictio transfertur, ſed exercitio ſola juriſdictionis. Quapropter is, cui mandata eſt juriſdictio, eam rurſus alii mandare non poteſt, quia non eſt magiſtratus, *l. 5. & 6. de juriſdict. l. ultim. de offic. ejus, cui mand. eſt juriſdict.* Sic procurator, cui lis agenda mandata eſt, non poteſt rurſus eam alii mandare, & alium procuratorem facere, quia dominus litis non eſt; ſolus dominus litis ad litem procuratorem facit, *l.ſi procuratorem, §.ſi quis mandaverit, mand.* Idque re integra & ante litem conteſtatam. At lite conteſtata, quia, qui procurator erat, litis fit dominus, cujus ſolius eſt procuratorem facere, alium procuratorem facere poteſt, *l. 4. §. ult. de appellat. l. procur.* §. 1. *de dol. except.* Quo argumento fortiter defendi poteſt, eum, cui mandata eſt juriſdictio, poſtquam res geri cœperit, & juriſdictio exerceri, poſſe alii ad eam rem juriſdictionem mandare, quaſi ſuam quodammodo effectam, quaſi non jam alienam ſed ſuam, quod notandum. Et ſimiliter mortuo eo, qui juriſdictionem mandavit, ſi res ſit integra, hoc eſt, ſi res nondum geri cœperit, vel juriſdictio exerceri ab eo, cui mandata eſt, mandatum eſt extinctum, *l. 6. de juriſdict. omn. jud.* Omne enim mandatum extinguitur morte mandantis, vel mandatarii re integra, *l.mandatum, C.mandati*, hoc eſt, ſi rem agere procurator nondum cœperit, *§. recte Inſtit. mand.* Nec illud omittendum, magiſtratum, vel omnem ſuam ju-

A riſdictionem mandare generalem, ut ait *l.pen. de offic. ejus, cui mand. eſt juriſd. univerſa, l.prætor, de juriſd. omn. jud.* ſive totum officium juriſdicundi, *l.1.§.damus, de ſuſpect. tut.* vel ſpecialem, hoc eſt, unam tantum partem juriſdictionis, veluti, ut illum mittat in poſſeſſionem rei ſervandæ cauſa, ut det bonor. poſſeſſionem ſecundum tabulas: vel extra ordinem cognoſcat inter illos, ut exequatur ſententiam illam judicis a ſe dati. Nec dubium, quin executio ſententiæ dictæ a judice dato poſſit a magiſtratu, qui eum judicem dedit, alii mandari: qua de re tamen dubitavit Accurſius in *l.a divo Pio, de re jud.* Non dubium quin poſſit, cum poſſit pars juriſdictionis mandari, *l.ſolet, l.prætor, de juriſdict. omn. jud.* & executio ſententiæ judicis dati, pars eſt juriſdictionis, & quidem ſumma ſive extrema, *l.ſi quis*, §. 1. *ſi*

B *quis jus dic. non obtemp.* Ita vero procuratores alii ſunt, qui generale mandatum habent, univerſorum ſeu totorum bonorum, omnium rerum: Alii, qui ſpeciale mandatum habent, hoc eſt, ad unam rem tantum dati ſunt. Et ſicut legitimi procuratores ſunt, ut loquitur Tullius pro Cæcin. qui omnium rerum procuratores ſunt (dubitatum enim fuit, an eſſet procurator, qui ad unam rem datus eſſet, ut conſtat ex *l. 1. de procurat.* & licet hodie pro procuratore habeatur, tamen legitimum eum non eſſe dicimus. Legitimus enim eſt is, qui procurator eſt omnium rerum, & pene dominus.) Et ſane eodem modo proprie mandata juriſdictio dicitur ei tantum, cui omnis mandata eſt, ut per omnia vicem ſubeat magiſtratus. Ideoque his verbis: *De officio ejus, cui mandata eſt juriſdictio*, ſignificatur omnis mandata juriſdi-

C ctio: Sed placet, etiam recte ex juſta cauſa ad unam rem mandari juriſdictionem, & exemplum eſt elegans in *l.prætor, de juriſdict.* Si qua in cauſa quis advocatus fuerit unius partis, antequam fieret Prætor, de ea cauſa poſt Præturam jus non dicet, ſed mandabit juriſdictionem ad eam cauſam tantum: non poteſt quis jus dicere in ea cauſa, in qua advocatus fuit: nam nec adeſſe poteſt in conſilio jus dicentis, *l.ul. Cod. de aſſeſſ.* nec teſtimonium dicere in ea re, *l.ult. de teſtib.* Et hodie Juriſconſultus, qui conſilium dedit uni ex litigatoribus, poſtea de ea re jus non dicet non abs re. Sed eſt tamen exemplum in Novella 158. ſingulare admodum, quo idem judex eſt in eadem cauſa, de qua ante conſultus fuerat, & ſcripſerat: ſed melius, ut puto, fecerit, ſi abſtinuerit, & neſcio, an ſe illa Novella, quam poſui-

D mus, defendere poſſit, ne repellatur forte ſi quis illa uteretur. In lege autem *prætor* eſt exemplum, quo juſta eſt cauſa mandandæ juriſdictionis ad ſpeciem unam tantum: velut ad litem, in qua advocatus Prætor fuit ante Præturam. Etiam illud ſciendum, nihil referre, magiſtratus mandet juriſdictionem privato, an magiſtratui, *l.3. l. ult. de eo, cui mand. eſt juriſdict.* Livius *lib.* 24. M. Æmilius *Prætor cujus peregrina ſors erat, juriſdictione M. Attilio collegæ Prætori urbano mandata*, hoc eſt, juriſdictionem mandat Prætor Prætori. Quod non notamus abs re. Mandatum enim juriſdictionis cum quolibet alio mandato comparavimus: at hoc caſu comparatio non eſt ſimilis: nam mandari quidem juriſdictio magiſtratui a magiſtratu poteſt, ſed aliis cauſis magiſtratus procurator ſeu mandatarius fieri non poteſt, quia

E judicium non patitur invitus, quamdiu eſt in magiſtratu, *l. neque femina, de procurat.* Ex his intelligimus quantum diſtet is, cui mandata eſt juriſdictio ab eo, qui judex datur, utrumque tamen interpretes pro uno accipiunt, & eundem faciunt eum, cui mandata eſt juriſdictio, & eum, qui judex datur, ſed ſunt quatuor differentiæ. Primum mandatur omnis juriſdictio legitime: judex datur tantum ad litem unam, non ad lites omnes, & ea de re judex ſpecialis, datus, delegatus & pedaneus dicitur, *l.ult. de offic. Præt. l. 5. de off. Præſid. l.ult. Cod. de judic.* Is cui mandata eſt juriſdictio etiam judicem dare poteſt ad litem aliquam: mandare juriſdictionem nequit: ſed dare poteſt judicem: judicis enim dandi licentia, pars eſt juriſdictionis, *l.imperium, de juriſdict.*

risdict. omn. judic. Judex datus alium judicem dare non potest: Et hoc est, quod dicitur, delegatus judex subdelegare non potest, *l.a judice, C.de judic.* Item is, cui mandata est jurisdictio jurisdictionem habet, *l.4. §.ult. hoc tit.* non suo quidem jure, cum non sit magistratus, sed alieno beneficio, id est, mandatu mandantis, *l.5. de jurisdict.* Judex datus, nullo modo jurisdictionem habet, sed tantum cognitionem causæ, & pronuntiationem: quare nec habet executionem sententiæ suæ, quia pars est jurisdictionis: sed qui dedit judicem, exsequitur sententiam, *l.a divo Pio de re judic.* Item mandatum jurisdictionis finitur morte mandantis re integra; judicis datio non finitur morte dantis, sed durat in tempus successoris, *l.venditor, §. ult. de judic.* & ratio mox intelligetur. Alia & postrema differentia hæc est, a judice dato appellatur is, qui dedit, *l.1.in princ.* & *l.3.quis & a quo appell.* at ab eo cui mandata est jurisdictio, is qui mandavit non appellatur, quia ipse sententiam dixisse videtur, quam dixit vicarius jurisdictionis suæ. Non potest autem idem ab eodem appellari, sed is appellatur, qui provocaretur ab eo, qui mandavit, qui major est mandante, *l.1.§.ult.quis & a quo appell.* præterquam a legato Proconsulis. Proconsul mandat legato jurisdictionem suam, & a legato tamen appellatur Proconsul, *l.2. eod. tit.* quia paulo amplius est legatus Proconsulis, quam is, cui præses aut prætor mandavit jurisdictionem suam: nam legatum Proconsul ipse non eligit, ut eligit Præses, cui mandet jurisdictionem suam, sed legatus datur a Principe, vel republ. ut & soli non alii mandet jurisdictionem suam: ideoque suo quodammodo jure jurisdictionem habet, quam in eum invitus Proconsul confert, posteaquam scilicet mandata est, alioquin legatus Proconsulis, antequam mandata ei sit jurisdictio, nihil habet proprium, *l. legati, hoc tit.* Ergo posteaquam mandata est, habet jurisdictionem proprio jure, & non tam vice Proconsulis, quam sua fungi videtur. Et ita etiam judex datus non dicitur cognoscere, vel judicare vice dantis, sed sua: nec enim datio judicis est similis mandato, & coactus etiam magistratus necessitate officii dat judicem. Denique alius est legatus a Proconsule, alius judex datus ab eo, qui dedit. Et ideo non videtur idem ab eodem appellari, si a legato appelletur Proconsul, vel a dato judice, is, qui dedit: verum is, qui mandavit jurisdictionem, & is, cui mandata est, idem videtur esse: fungitur enim mandatarius vice mandatoris: & ideo ab uno non appellatur alter. His adhuc addamus unum. Proconsul legato sibi adjuncto mandat jurisdictionem, posteaquam est ingressus provinciam, non antea, quia ei nondum competit, *l.4.§.ult. hoc tit.* & inde potest apponi exemplum ad regulam juris, *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habeat*: sed hoc dicitur tantum de jurisdictione contentiosa, non de voluntaria. Duplex est jurisdictio, contentiosa, & voluntaria, *l.2.hoc tit.* hæc exercetur inter volentes, ut si quis quem velit emancipare, aut manumittere apud magistratum: nam neque emancipat, neque emancipatur invitus: & plerumque etiam neque manumittit, neque manumittitur invitus: sed placet etiam invitum posse manumitti, ut si quis adeo degener sit, ut manumitti nolit, *l.ult. §.sin vero, C. de test. man.* plerumque hæc fiunt inter volentes, & inter eos jurisdictionem suam magistratus interponit. Contentiosa jurisdictio est, quæ in invitos, vel saltem in invitam alteram partem exercetur: & ita dicitur judicium reddi in invitum, *l. inter, 83. §.si Stichum, de verb. obligat.* & inde nomen actionis, quod agat & propellat invitos in judicium. Voluntaria jurisdictio de plano exercetur, hoc est, in ipso itinere, vel transitu: contentiosa pro tribunali; illa quolibet tempore, hæc certis diebus, sessionum diebus, fastis diebus. Proconsul voluntariam jurisdictionem habet etiam, antequam provinciam sit ingressus: nam in itinere possunt manumitti servi apud eum, filii emancipari vel adoptari, sed eam nullo tempore potest mandare, *l.1. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Voluntaria

A
scilicet intelligenda est, quia lege nominatim magistratui datur, & quæ lege nominatim dantur, non possunt mandari, *l. 1. de offic. ejus cui mand.* Hujus jurisdictionis voluntariæ sunt adoptio, emancipatio, legis actiones, id est, actus solemnes, quos peragit ipsemet magistratus, nec potest eos alteri mandare: & quod ait regula juris: *nemo alieno nomine lege agere potest*, non tantum pertinet ad eos, quorum res est, puta, ut non possint emancipare per procuratorem, vel etiam ut non possint adoptare, non possint adire hereditatem, tutorem dare per procuratorem, sed & ad magistratus ipsos, ut non possint per alium lege agere, vel legis actiones exequi: nam tam lege agere dicitur magistratus, quam qui lege agit apud eum: nam & partes, & actor & magistratus lege agere dicuntur. Legatus proconsulis non habet vo-
B
luntariam jurisdictionem, quia mandato jurisdictionis non continetur voluntaria, *l.2. hoc tit.* & ut *lib. 1. obs. cap. 1.* admonui, adjicienda est negatio in *l. apud proconsulem 17. de manu. vind.* quam & habent quidam libri. Jurisdictionem contentiosam Proconsul non habet antequam provinciam sit ingressus, & nonnisi provinciam ingressus mandare potest, ingressus, potest, & vero debet, si ipse jurisdictioni vacare non potest, & vero cum hoc esset certissimum; Papinianus invenit unum casum, quo potest recte mandari jurisdictio, etiam antequam Proconsul ingressus sit provinciam. Nemo est Jurisconsultorum qui tot adinvenerit casus singulares. Introduxit novas plerasque sententias, *l. ult. de jure fis. l.cum acutissimi, C.de fideic.* Introduxit sententiam illam, quam etiam hodie servat universus orbis,
C
ut pure rogatus restituere hereditatem fideicommissariam, sub hac conditione intelligatur rogatus si sine liberis decesserit, *l. cum avus, de condit. & dem.* Ita in hoc proposito docet, aliquid mandari posse a Proconsule antequam ingressus sit provinciam, idque utilitate exigente. Finge, inquit, Proconsulem necessariam moram pati in itinere propter morbum, & legatum maturissime perventurum in provinciam: ratum erit mandatum jurisdictionis, sed valebit tantum ex eo tempore, quo legatus in provinciam pervenerit. Casum intelleximus singularem, quo Proconsul mandat jurisdictionem, quam non habet, contra quem est vulgaris regula, *nemo plus juris, &c.* sed utilitas suadet, ut mandare possit jurisdictionem, & hanc definitionem inflectit utilitas: quæ suadet, ut quam non habet, si dum
D
proficiscitur in provinciam necessariam moram patiatur in itinere, eam tum mandare possit legato maturissime perventuro in provinciam: quo genere quodammodo in provinciam pervenisse fingitur, qui necessariam moram patitur in itinere.

Ad L. I.de Off. ejus cui mand. est jurisdictio.

Quæcunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione Principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur: quæ vero jure magistratus competunt, mandari possunt: & ideo videntur errare magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem lege, vel Senatusconsulto delegatam (veluti lege Julia de adulteriis, & si quæ sunt similes) jurisdictionem suam mandant. Hujus rei for-
E
tissimum argumentum, quod leg. Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cœperit: cum alias jurisdictio etiam a præsente mandetur. Et si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem prætor, quam ex Senatusconsulto habet, mandare non poterit, §.1. Qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet: sed & ejus, qui mandavit jurisdictione utitur. Verius est enim more majorum jurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire: quare nemo dicit, animadversionem legatum proconsulis habere mandata jurisdictione. Paulus notat: *& imperium quod jurisdictioni cohæret mandata jurisdictione transire verius est.*

Man-

MAndata juriſdictione ea transferuntur in eum, cui mandata eſt, quæ jure magiſtratus competunt: mandantur igitur a ſolis magiſtratibus, & non omnia, quæ eis commiſſa ſunt, ſed ea tantum, quæ jure magiſtratus competunt, id eſt, eo ipſo quod ſint magiſtratus, tacito intellectu. Hodie magiſtratus a Principe creantur, *l. 1. C. ad leg. Jul. de amb.* olim a populo, ut moribus noſtris magiſtratus municipales. Et creatis confertur juriſdictio nominatim, vel ſpecialiter, non deferuntur partes ſingulæ juriſdictionis nominatim, ſed competunt more majorum, tacito intellectu competunt poſtquam creati ſunt magiſtratus, competunt ſuo jure: ſi enim deferrentur nominatim, non poſſent mandari. Diviſio autem hic eſt elegans: quæ magiſtratui competunt, aut jure magiſtratus competunt, hoc eſt, tacito jure, ſive more majorum, & hæc mandari poſſunt; aut ei ſunt conceſſa lege aliqua ſpecialiter, aut S.C. aut conſtitutione Principis, quæ aliquando conceduntur etiam privatis, non magiſtratibus tantum: & quæ non conceduntur quibuslibet magiſtratibus, hæc neque ſunt juriſdictionis, neque imperii ejus, quod juriſdictioni cohæret, hoc eſt, jure magiſtratus non competunt: & ideo mandata juriſdictione non transferuntur. Hæc igitur ſunt legis, non juriſdictionis, nec ea habet quiſquam mandato alieno, ſed a lege ſola nominatim. Privatus, ſi lex velit, hæc etiam habet quandoque: hæc non habet quilibet magiſtratus, verum quæ jure magiſtratus competunt, ea quilibet magiſtratus habet, & nemo privatus unquam. Declaremus per exempla, quæ ſint ea, quæ conceduntur lege, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione Principis. Primum exemplum ſit de legis actionibus, id eſt, de actibus ſolemnibus & legitimis. Legis actiones dantur magiſtratibus ſpecialiter, ut conſtitutione Auguſti præfecto Ægypti, qui & Præfectus Auguſtalis dicitur, datur ſpecialiter, ut apud eum ſervi manumitti poſſint ſolemni ordine, *l. apud Præfectum, de manu. vind.* & ideo ſi is mandaverit juriſdictionem ſuam, non & hoc ſimul mandaverit: denique mandata juriſdictione hoc non tranſit, ut manumiſſiones fieri poſſint, ut apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, ſervi manumitti poſſint: legis enim actiones, quia lege mandantur ſpecialiter, mandari non poſſunt. Eadem eſt ratio Proconſulis, ut *l. 1. & 2. de off. proc.* apud quem omnes legis actiones peragere poſſumus, apud ejus legatum non item, quamvis ei mandata ſit juriſdictio, quia legis actio data eſt ſoli Proconſuli, quam alii delegare & demandare nequit. Eadem eſt ratio præſidis, ſive Juridici Alexandriæ, cui *l. 1. præcedentis tit.* ait datam eſſe legis actionem, id eſt, lege datum ei eſſe ut apud eum ſolemnes actus quilibet exequi poſſit: ſi datum ei eſt a lege, ergo non poteſt alteri mandare, & mandata juriſdictione, hoc non intelligitur mandare, contentioſam non voluntariam, quæ magis ſolemnis eſt, mandaſſe intelligitur. Secundum exemplum ſumitur ex *l. muto §. 1. de tut.* Tutoris datio non eſt imperii, neque juriſdictionis, id eſt, non competit jure magiſtratus, imo nec ullius imperii eſt. Nam privatus tutorem dat, veluti, pater liberis, quos in poteſtate habet, quamvis non ſit magiſtratus, quia *l. 12. tab.* id ei nominatim conceſſit. *Paterfamil. uti ſuper pecunia tutelave rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto.* Legatus proconſulis, quamvis magiſtratus non ſit, ſed vice magiſtratus fungatur, dare poteſt tutorem, non ex mandato, ſed ſpecialiter ex oratione D. Marci, *l. 1. de tut. & cur. dat.* Sic privatus tutorem dat, ſi hoc ei lex conceſſerit: & contra magiſtratus tutorem dare non poteſt, niſi ei lex hoc nominatim conceſſerit, veluti lex Attilia Prætori urbano: l. Jul. & Titia Præſidib. Provinciarum, ut eſt in *tit. de Att. tut. Inſt.* & conſtitutio D. Mar. juridico Alexand. *l. 2. tit. præced.* Tutoris ergo datio legis eſt, non juriſdictionis: nec recte colligis: tutorem dare poteſt, ergo magiſtratus eſt: vel, tutorem dare non poteſt: Ergo non eſt magiſtratus: & ſecundum hæc tutoris datio mandari non poteſt, *l. 8. in princip. de tut. & cur. dat.* Exemplum aliud ſumi poteſt ex oratione D.
A Marci, ſive ex Senatuſconſulto, quod ſequebatur ſemper orationem principis (ut quod dicis fieri oratione, poſſis dicere Senatuſconſulto) ſcilicet de tranſactione alimentorum: ut is, cui relicta ſunt alimenta, vel in annos, vel in menſes minutatim, non poſſit de alimentis cum herede tranſigere: ne faciat contra providentiam teſtatoris, quam contemnere non debet, ſi conveniat, ut præſente, & modica pecunia ſit contentus, & una ſolutione accipiat legatum, *l. cum hi in princ. de tranſ.* Hæc tranſactio de alimentis non valet, niſi facta ſit interpoſito decreto Prætoris vel Præſidis, hoc eſt, cauſa ab iis cognita, quibus hæc cognitio datur nominatim ex oratione D. Marci, Prætori in urbe, Præſidi in provinciis: ergo ab his non poteſt mandari alteri, nec tranſlata intelligitur in eum, cui mandata eſt juriſdictio, *d. l.*
B *cum hi, §. ſed nec, de tranſact.* Et ſimiliter lege datur Proconſuli, ut judicem dare poſſit. Prætor urbanus magiſtratus judicem dat more majorum, ſuo jure, & conſequenter is, cui mandavit juriſdictionem ſuam, etiam judicem dare poteſt, *l. cum Prætor, de judic.* ſed cui Proconſul mandavit juriſdictionem ſuam, id eſt, legatus Proconſulis judicem dare non poteſt, niſi hoc ei ſpecialiter lege mandatum ſit: nam ita lege conſtitutum eſt, ut quod Proconſuli licet lege, non liceat legato ſine lege, *hoc eſt*, non liceat ex ſolo juriſdictionis mandato. Et ſimiliter, cognitio de removendis ſuſpectis tutoribus, quæ lege 12. tabul. nominatim tribuitur Prætori, & Proconſuli, non competeret etiam legato Proconſulis ex mandato juriſdictionis, niſi ei datum eſſet conſtitutione Antonini & Severi: neceſſe id fuit lege dari, quia non
C ſufficiebat mandatum juriſdictionis, & id propter utilitatem pupillorum receptum eſt, *l. 4. de offic. ejus cui mand. l. 1. §. damus, de ſuſp. tut.* Exempla duo ſunt in *l. 2. h. tit.* ſunt duæ ſententiæ, vulgo accipiunt unam eſſe. Præſes vel Proconſul conſilium præbet minori 20. annis manumittere volenti ex l. Ælia Sentia. Cur præbet ſeu cogit conſilium? ut ſcilicet probet cauſam manumiſſionis: alioqui inutilis eſt manumiſſio ſervi, ſi dominus ſit minor 20. annis, niſi cauſa fuerit probata apud conſilium Præſidis vel Conſulis. Ex eadem etiam lege Præſes vel Conſul conſilium præbet etiam majori 25. annis minorem 30. annis manumittere volenti: quod conſtat ex fragmentis Ulpiani tit. 1. & ἐτυμολογία, qua utitur *l. un. de off. conſ.* ut in *l. contumacia, de re judic.* Cum igitur Præſes vel Conſul ex l. Ælia Sentia nomi-
D natim conſilium præbeat manumittere volentibus: ergo is, cui mandata eſt juriſdictio, non poteſt manumittenti conſilium præbere, & hoc eſt l. exemplum. Dixi, apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, ſervum manumitti non poſſe, dico aliud, cum dico nec conſilium poſſe præbere volentibus manumittere. Diverſa hæc ſunt, apud aliquem manumittere, & conſilium manumittere volenti præbere, atque adeo diverſa, ut nonnunquam is, apud quem poſſum manumittere, non poſſit etiam conſilium præbere manumittenti, & contra: ut ecce, magiſtratus, qui legis actionem habet, apud ſe poteſt manumittere ſervum ſuum, conſilium ſibi ipſe præbere, & cauſam manumiſſionis probare non poteſt, non poteſt eſſe cognitor in re ſua, & ſibi ipſi conſilium præbere. Contra apud collegam non poteſt manumittere, collega
E tamen ei manumittere volenti conſilium præbere poteſt, quæ eliciuntur omnia ex *l. 5. l. apud filiumf. §. 1. l. ſi rogatus, §. ult. de manu. vind. l. 1. de off. conſ. l. 2. de off. Præſ. l. apud eum, de manum. l. 4. de adopt.* Poſterius exemplum *l. 2.* hoc eſt: Prædia minorum non poſſunt alienari ſine decreto Prætoris vel Præſidis, id eſt, ſine cauſæ cognitione Præt. vel Præſ. Idque eſt ex oratione Severi, qui nominatim hujus rei cognitionem commiſit Prætori vel Præſidi. Ergo mandari non poteſt. Hæc etiam l. 1. ſuppeditat tria exempla. Primum (quod facio primum, ſed eſt ſecundum) eſt de Senatuſconſulto Syllaniano. Proſpexit illud Senatuſconſultum ſaluti dominorum, qui habent amplam familiam, plures ſervos, & quotquot ſunt ſervi, tot hoſtes ex veteri proverbio, quod ex-

tat

tat apud Theophilum. Cum igitur occiſus eſt dominus aliquis in ſuis ædibus ſub tecto eodem, quo erant ſervi: ſi ab his præſumatur occiſus, ex Senatuſconſulto Syllaniano inquirit nominatim Præſes vel Prætor, nec ante aperiuntur tabulæ teſtamenti occiſi domini, quam hac de re quæſierit Prætor vel Præſes. Igitur non demandatur hæc cognitio. Alterum exemplum eſt de exercitione judicii publici, quæ mandatur magiſtratib. ſed poteſt mandari etiam privato. Et generaliter, quæ magiſtratus habet a lege ſpecialiter, poteſt & privatus habere: & ideo in *l.1.§.1.ff.ad leg.Corn.de ſic.* Magiſtratus, inquit, judexve quæſtionis, qui ſcilicet exercet publicum judicium: ex quo intelligitur, cognoſcere de eo crimine non magiſtratum tantum, ſed quemlibet judicem, cui ſorte obvenerit hæc cognitio. Judex quæſtionis non eſt magiſtratus, ſicût nec judex datus. Cice.pro Cluent. *Junius*, inquit, *judex quæſtionis de eo crimine quærebat*: & ſequitur: & Q.Voconius ut quæreret de veneno cum his judicib. qui ei obvenerant ſorte: nam non quærebat de crimine ſolus magiſtratus, ſoluſve judex quæſtionis, cui ea ſors obvenerat, ſed adjungebantur etiam alii judices ſorte delecti; ille tamen præerat judicio, ille erat quæſitor ſummus. Et didicimus in *l.Corn.de ſic.* quod nondum eſt proditum, ita eſſe ſcriptum omnino, *ut is Prætor judexve quæſtionis, cui ſorte obvenerit quæſtio de ſicariis, ejus, quod in urbe Roma propius mille paſſus factum erit, uti quærat cum judicibus, qui ei ſorte obvenerint de capite ejus, qui cum telo ambulaverit*. Ita legibus publicorum judiciorum, puta, lege Julia de adult. lege Julia de vi, l.Julia de ſicariis, & ſimiliter aliis nominatim datur ejus judicii publici exercitio certo magiſtratui, vel ei, cui ſors obvenerit, etiam privato, & hanc publici judicii exercitionem noli dicere eſſe merum imperium: aliud enim eſt, quam ſit exercitio publici judicii. Verum cum tribuatur quæſtio judicii cujuslibet lege ſpecialiter, & delegetur, ut hic Papinianus ait proprie: id enim proprie delegari dicitur, quod jure proprio mihi non competit: quod mihi delegat lex, non poſſum rurſus alii delegare, quod Papinianus fortiſſimo argumento a contrario ſenſu probat, Græci ἐξ ἀντιδιαστολῆς vocant. Lege Julia de vi, inquit, nominatim cavetur, ut magiſtratus, qui de ea re quærit, ſi peregre proficiſcatur, poſſit mandare alteri exercitionem: hoc tantum l.Julia de vi cavetur, non aliis legibus publicorum judiciorum. Inde apparet igitur ceterarum rerum quæſtionem non poſſe mandari ab abſente, a præſente ne hanc quidem mandari poſſe. Hoc genere argumenti ſæpe utuntur auctores noſtri. Simile argumentum eſt in *l.ex eo, de teſtib.* & *l. qui teſtamento, §.mulier qui teſt.fac.* Mulier non poteſt eſſe teſtis in teſtamento: An poteſt eſſe in judicio? ſic videtur, & probatur argumento a contrario ſenſu: eodem argumento utitur *l.3. C.ex quib.cauſ.inf.irrog.* Aliquis decurio ordine decurionum prohibitus eſt ad biennium, interim infamium numero habetur: ſed ex ſententia judicis, qui curia interdixit, apparet eum poſt biennium reſtitui famæ. Sic M.Tull. pro Balbo: *Si exceptio facit ne liceat, ibi neceſſe eſt licere ubi non eſt exceptum*. Sic igitur dicamus. Si exceptio legis Juliæ de vi facit, ut liceat abſenti demandare quæſtionem judicii publici, ibi neceſſe eſt non licere ubi non eſt exceptum. Intelleximus ex Pap. quæſtiones vel cognitiones lege vel Senatuſconſulto nominatim datas magiſtratui judicive, non poſſe ab eo alii mandari. Et ſingularia hæc, quæ nuſquam alibi in jure reperiuntur, cognitionem datam prætori ex Senatuſconſulto Syllaniano, cum occiſus dominus a familia eſſe dicitur, non poſſe alii mandari: Quæſtionem publici judicii datam, vel ex *l.Corn.de ſic.* vel ex aliis legibus magiſtratui vel judici, cui obvenerit ſorte, eam etiam mandari non poſſe. Item, quod etiam alibi non reperitur, excipiendum eſſe eum, cui obtigit quæſtio legis Juliæ de vi: huic enim eadem lege permittitur, ſi abeſſe cœperit, eam quæſtionem alii mandare poſſe. Subjicit deinde Papinianus: *Qui mandatam juriſdictionem ſuſcepit*. Placet valde verbum, *ſuſcepit*: eſt enim proprium mandati: fruſtra mihi

A mandas, niſi ſuſcipiam mandatum, & inde voluntatis eſſe dicitur ſuſcipere mandatum, neceſſitatis conſummare ſeu explere, *l.in commodato 17.§.ſicut, Commod. l.ſi mandavero 22.§.ult.* & *l.ſi quis alicui, §.qui ſuſcipit, mand.* Congruit autem, quod hic Papinianus ait, *proprium, &c.* cum *l.3. hoc tit. l.5. l.ſolet, de juriſd.* eum cui mandata eſt juriſdictio, non pro ſuo imperio agere, etiam ſi ſit magiſtratus, hoc eſt, mandatam juriſdictionem exercere, ſed pro ejus imperio, qui mandavit, & fungi ejus vice, qui mandavit, non proprio jure, ſed alieno beneficio. Alienam denique juriſdictionem exequitur, non propriam. Excipitur ſemper legatus Proconſulis: mandata enim juriſdictione proprium aliquid habet, *l.legati, de off.Proc.* eum enim Proconſul non optat, non eligit, ſed ei datur a Principe, vel Repub.
B Excepto igitur legato Proconſulis, is cui eſt mandata juriſdictio, nihil proprium habere dicitur, & non tam ipſe jus dicere videtur, quam qui mandavit. Ac præterea non poteſt appellari is, qui mandavit, ne idem ab eodem appelletur. Duplex vero eſt juriſdictio: una, quæ lege nominatim datur, quæ mandari non poteſt: altera dicitur notio, quæ more majorum jure magiſtratus competit: notio eſt genus: ſpecies duæ, juriſdictio & cognitio, veluti judicis dati, quæ caret juriſdictione, *l.notionis, de ver.ſignif. l.ait Prætor, de re jud.* & ita etiam officium jus dicentis ſi dixeris, multo plura comprehendes quam ſi dixeris juriſdictionem: nam ut eſt in *l.1.* de juriſd. officium jus dicentis comprehendit non tantum juriſdictionem, quæ jure magiſtratus competit, ſed & eam, quæ lege nominatim defertur & delegatur, & jus quodlibet
C ſpecialiter legibus conceſſum, veluti jus dandi tutoris, quod neque eſt imperii, neque juriſdictionis: continetur tamen officio jus dicentis, ſi ei dandi tutoris jus ſit conceſſum lege nominatim. Et Papinianus in hoc §.loquitur de juriſdictione ea, quæ jure magiſtratus competit, dum ait, *Eam transferri more majorum*, & ita in *l.more majorum, de juriſd.* quod habet magiſtratus more majorum, id habet ſuo & proprio jure, etiamſi lege datum non ſit nominatim, quod etiam ſignificatur verbo, ſolet, *l.ſolet, de juriſdict.* dummodo non ſit ei denegatum, *l.magiſtratus, ad municip.* & ita magiſtratus urbani more majorum judices dant, *l.cum prætor, de jud.* & multam dicunt, ut Gell. ſcribit *cap.1.lib.11.* Ergo ait Papinianus, verius eſſe, mandatam juriſdictionem transferri more majorum, hoc eſt, recte mandari ab eo, qui habet proprio
D jure magiſtratus, quem gerit. Verum Paulus ad hanc Papiniani ſententiam adjecit notam, quaſi ſatis non ſit quod ſcripſit Papinianus, more majorum juriſdictionem transferri, ſed etiam addere debuerit, imperium quod juriſdictioni cohæret, transferri: mandata juriſdictione tranſire etiam imperium mixtum, id eſt, quod immixtum eſt juriſdictioni, & ſine quo juriſdictio nulla eſt. Mixtum imperium eſt poteſtas, quæ jure magiſtratus competit, ſeu quæ juriſdictioni immixta & implicita eſt. Verum, ut ſubjicit Papinianus, imperium merum non tranſit, hoc eſt, animadverſio, vel gravior coercitio reorum, quia hoc imperium non competit jure magiſtratus, ſed lege nominatim datur: & quæ lege dantur, conſtat non contineri mandata juriſdictione: ſeparata enim ſunt a juriſdictione, & mera, hoc eſt,
E non permixta juriſdictioni. Quod initio merum imperium vocat, poſtea animadverſionem vocat Papinianus. Eſt ergo imperium merum animadverſio, hoc eſt, jus gladii, aut quæ alia coercitio criminum gravior, nulla eſt juriſdictio ſimplex, nulla nuda, aut ſeparata ab imperio, quæ modo jure magiſtratus competat: & ſive meam juriſdictionem exerceo, eam exerceo pro meo imperio, ſive alienam, eam exerceo pro imperio alieno, ut eſt in *l.3.hoc tit.* Eam ob rem illud imperium, quod cohæret juriſdictioni dicitur mixtum imperium, quia ſcilicet juriſdictioni immixtum & implicitum eſt. Et ita definitur mixtum imperium ab Ulpiano in *l.imperium, de juriſd.* cui juriſdictio ineſt, ac ſi diceres, quod heic Paul. quod juriſdictioni cohæret, vel ut Græci, quod cum

juriſdictione coadunatum eſt. Et quemadmodum refert Accurſius ad *d. l. imperium*, recte veteres interpretes ſenſerunt Pileus & Guillelmus, idem eſſe mixtum imperium & juriſdictionem, nec unum unquam eſt ſine altero: quidquid eſt imperii mixti, id etiam eſt juriſdictionis, & contra, quidquid eſt juriſdictionis, id etiam eſt mixti imperii. Mixtio hæc rem unam efficit, hoc eſt magiſtratum unum. Et hoc eſt, quod ait *l. 2. de juriſdict.* cui data eſt juriſdictio, videri & ea data ſine quibus ea explicari non poteſt, hoc eſt mixtum imperium. Hoc eſt, quod ait *lex ult. hoc tit.* mandata juriſd. etiam mixtum imperium tranſire, quia juriſdictio ſine modica coercitione nulla eſt: quod ideo dicit, quia cum mixtum imperium plura contineat, continet in primis modicam coercitionem per verbera, aut vincula, & ita *l. 8. §. ſi in locum, de relig.* Lex ait, *Eum qui mortuum intulit in locum publicis uſibus deſtinatum, a Prætore plecti modica coercitione.* Jus virgarum dixit Tacitus *lib. 1.* dum ſcribit, tempore Tiberii datum jus virgarum Prætori in hiſtriones, quod tamen obtinere non potuit propter conſtitutionem Auguſti: ſed ſunt etiam alia genera coercitionum modicarum, quæ inſunt juriſdictioni. Eſt pignoris capio, qua plectuntur & coercentur contumaces captis pignoribus. Et multæ dictio, quæ a Gallis dicitur *amande*, eſt miſſio in bonorum poſſeſſionem, *l. 9. §. ult. ad leg. Jul. pecul. l. 1. §. cogenda, de vent. inſp. §. penul. Inſtit. de ſatiſd. tut.* Coercentur etiam contumaces pœnali judicio ſeu actione in factum, de qua eſt tit. *Si quis jus dic. non obtemp.* Sine modicis hiſce coercitionibus, quæ vocat etiam remedia, juriſdictio quid eſt? Sed continet etiam alia mixtum imperium, veluti bonorum poſſeſſionem, ut det ſcilicet magiſtratui bonorum poſſeſſionem, unde liberi, unde cognati, &c. Continet etiam judicis dationem, *d. l. imperium*, continet in integrum reſtitutionem, *l. ea quæ, §. 1. ad municip.* & decretum ſive juſſum interponendæ ſtipulationis, *l. 4. de juriſdict.* Et juriſdictio igitur continet etiam eadem, ſi hæc contineat mixtum imperium: nihil enim poſſis tribuere mixto imperio, quod non & juriſdictioni, & contra: denique nulla eſt ſimplex juriſdictio. Neque vero recte quis utetur exemplo magiſtratus municipalis, ut probet, ſimplicem eſſe aliquam juriſdictionem, quaſi magiſtratus municipalis juriſdictionem habeat ſine imperio ex *l. ea quæ, ad municip.* Huic enim reſpondendum: municipalis magiſtratus non habet omnia quæ ſunt mixti imperii: ſunt enim ei quædam denegata nominatim: alioqui magiſtratus, cui nihil denegatur nominatim, omnia habet, *arg. l. magiſtratus, ad municip.* ſed ei denegantur quædam, ea ſcilicet quæ ſunt magis imperii, quam juriſdictionis, in quibus vis imperii elucet: qua de cauſa non reſtituit in integrum, non mittit in poſſeſſionem, non jubet poſſidere ex ulla cauſa: non tanti eſt juriſdictio magiſtratus municipalis, ut poſſit ſibi ea arrogare, nec tantum valet imperio, *d. l. ea quæ;* & ad eoſdem magiſtratus pertinet *l. 4. de juriſd.* quæ ait, jubere caveri Prætoria ſtipulatione, veluti legatorum ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, ſi non caveatur, magis eſſe imperii, quam juriſdictionis: cur hoc ait? ut ſcilicet intelligatur magiſtratum municipalem hæc non habere, ſed urbanum tantum, aut provincialem. Quapropter non decernet ſtipulationem damni infecti, & ex ea cauſa mittet in poſſeſſionem, niſi nominatim id edicto Prætor vel Præſes ei delegaſſet, quod delegavit, quia hæc res celeritatem deſiderat, cum timetur labes ædium, & periculoſa eſt dilatio: ideoque utile fuit magiſtratui permittere ex hac cauſa interponere primum decretum, *h. e.* jubere caveri, atque etiam ſecundum, quo mittat in poſſeſſionem, *l. 1. & 4. de dam. inf.* Sed tertium, jubere poſſidere, nec ex hac cauſa permittitur ei, ſed illud ſuæ juriſdictioni reſervat Prætor, *d. l. 4. §. ſi forte.* Non poteſt etiam magiſtratus municipalis juriſdictionem ſuam tueri pœnali judicio, quod proponitur in *tit. ſi quis jus dic. non obtemp.* Fateor, hæc ei denegantur: ſed an ideo eſt expers mixti imperii? minime: nam pignoris habet capionem, & modicam coercitionem, ex *l. 3. §. 1. de reb. eorum qui ſub. tut. l. quemadmodum, §. magiſtratus, ad l. Aquil.* juncta *l. 12. de juriſd. l. 17. ſi privatus, qui & a quibus manum. l. 15. §. adjicitur, de injur.* Habent etiam, ut arbitror mulctæ dictionem, quia publicum judicium exercent, & quicunque publicum judicium exercet, mulctæ dictionem habet, *l. 2. §. ult. de jud.* Et cum defenſoribus civitatum interdicatur mulctæ dictione, *l. 5. C. de defen. civ.* argumento eſt, non etiam ſimiliter magiſtratibus municipalibus eſſe prohibitum mulctam dicere, qui longe ſuperiores ſunt defenſoribus. Ergo juriſdictio municipalis non vacat imperio. Porro quæ ante retuli, mixti eſſe imperii, ex eo apparet, quod poſſunt mandari, ex *l. pen. §. ult. hoc tit. l. ult. C. ubi & apud quem cav. reſtit.* Mandare poteſt magiſtratus alteri ut mittat in poſſeſſionem, ut det bonor. poſſ. reſtitutionem in integrum, modicam coercitionem, *l. ult. hoc tit.* Quin etiam hæc omnia tacite mandat, qui juriſdictionem mandat: ſunt igitur hæc omnia imperii mixti, hoc eſt, innata ingenitaque magiſtratui. Alterum eſt imperium, quod dicitur merum, non mixtum, quod lege datur ſpecialiter, nec eſt immixtum magiſtratui & juriſdictioni, ſed abſtractum a juriſdictione. Mixtum imperium habent ſoli magiſtratus: merum habent etiam privati: Nam Gnejus Pompejus privatus contra Sertorium privatum miſſus eſt cum jure ferri, ut Tull. ſcribit 11. Philipp. Idem Pompejus ad aliud bellum maximum privatus, ut idem ait pro lege Manil. pro conſule miſſus eſt, hoc eſt, cum imperio conſulari, & idem ſignificat *l. aliud, de verbor. ſign.* quæ conſtituit hanc inter ceteras differentiam inter pœnam & mulctam, mulctam dicere ſolos magiſtratus, quod eſt mixti imperii, pœnam irrogare etiam eos, qui non ſunt magiſtratus, ſed privati, ſi hujus criminis executio eis data ſit. Unde poſſis conficere definitionem meri imperii, ut ſit poteſtas irrogandæ pœnæ legitimæ, hoc eſt, pœnæ conſtitutæ legibus publicorum judiciorum: vel ſic. Merum imperium eſt animadverſio & coercitio omnis criminum gravior, legibus publicorum judiciorum nominatim conceſſa. Potes & ſic definire ex *l. unic. de off. præf. prætor.* Merum imperium eſt licentia emendandæ diſciplinæ publicæ: hæc licentia datur etiam privato, ut dixi. Addamus, & non datur cuilibet magiſtratui: nullus magiſtratus non habet mixtum imperium: aliquis non habet merum, non quilibet præſes habet merum, *l. 4. C. de loc.* Prætor urbanus non habet merum imperium: ſed ſi quid exigat graviorem animadverſionem, id remittit ad præfectum urbi, *l. 1. §. ſolent, de off. præf. urb. l. 1. & 2. de ſuſpect. tut.* Ac præterea excepto præfecto prætorio, qui ſolus habet pleniſſimum imperium merum; nullus magiſtratus habet pleniſſimum imperium merum, id eſt, omnes partes imperii meri. Conſul habet jus gladii: jus relegandi non habet, *l. 14. infra de inter. & releg.* Præfectus vigilum jus atrociter verberandi habet, jus gladii non habet, quia illud datum eſt, hoc non eſt datum, *l. 3. §. 1. l. 4. de off. præf. vig.* Item præſes provinciæ ex Conſtitutione Auguſti habet jus gladii, jus damnandi in metallum, jus relegandi, *l. illicitas, §. qui univerſas, de offic. præſ. l. relegatorum, §. 1. de interd. & releg.* non habet jus deportandi, quia non datum eſt ei: nec jus confiſcandi bona reorum, *l. inter pœnas, §. ult. de interd. & releg. l. un. C. ne ſin. juſſu princ. cert. jud. lit. conf.* Nec in cauſis imperii licet argumentari a minori ad majus, quia partes imperii nemo ſibi adſumit omnes, niſi acceperit omnes. Et ſi majorem partem accepit, non propterea poteſt ſibi adſumere minorem, nec ſi minorem non acceperit, non ideo non recte acceperit majorem. Quinimo, quod mirum eſt præſidi, cui datum eſt jus gladii, non licet vitam adimere aliter, quam gladio, non poteſt ſecuri (licet habeat lictores, & ſecures ſex, & propterea ἐξαπελέκης dicatur) non laqueo, fuſtibus, *l. aut damnum, §. 1. de pœn.* Non poteſt vitam adimere veneno: veluti propinato ſucco cicutæ, ut olim Athenienſes: & placet

quod

quod Abdias 5. hist. eccl. scribit, præsidem quosdam male necasse veneno. Quin etiam hac eadem ratione ante Constitutionem Divorum Fratrum, de qua in *l. aut damnum*, non potuit Præses reo liberum arbitrium mortis dare, hoc est, electionem fati: ex Constitut. DD. Fratrum habet hoc jus dandi liberum arbitrium mortis, quod habuit solus princeps olim: ut constat ex Suetonio in Vita Domitiani, & Tac. *lib.* 11. Annal. Et ita Nero Senecæ dedit mortis arbitrium: balneum enim ingressus, aperta vena utraque seipsum necavit. Et inde veteres quidam dixerunt, præsagio quodam Senecam dictum, quasi se necantem. Ex his intelligitur. Non licere cuiquam ultra, aut contra quam ei sit præscriptum: nec esse argumentandum a pari, vel minori. Denique restricte accipiuntur, quæ ex mero imperio permittuntur. Sunt igitur legis, non jurisdictionis, non arbitrii magistratus: & ideo mirum non est si dicat Papin. non posse imperium merum mandari, quod confirmatur *l. si quid erit*, *l. solent*, *de off. procon.* Legatus Proconsulis, an, si quid exigat graviorem animadversionem, potest fungi imperio proconsulis? Minime: sed debet id remittere ad Proconsulem, quia non habet jus animadvertendi, hoc est, gladio puniendi, non atrociter verberandi. Verum ut ostendit *l. solent*, Proconsul more majorum legato mandare potest etiam cognitionem custodiarum, hoc est, reorum, qui custodiuntur in carcere. Sed respondeo, illud genus mandati esse extraordinarium, & quasi illegitimum: Nam quod est extraordinarium, id quodammodo est illegitimum: & breviter declarat, eo mandato contineri, non ut apud eum accusentur rei, non, ut ipse reos absolvat, aut damnet, sed audiat tantum custodias: & nescio, cur Servius 6. Æneid. ait: Custodia est quæ custodit, non quæ custoditur: usurpatum est autem, &c. Sed Ulpianus ait: *mandato contineri, ut audiat custodias, & postea remittat ad proconsulem:* quia nemo, inquit gladii potestatem, sibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad alium transferre potest, *id est merum imperium mandare potest: mandabit quidem reorum auditionem, & hoc ipsum tamen extra ordinem, non rite & ordine*. Ex his intelligitis legem *imperium* indigere tantum aliquantula explicatione, quod præstabimus perendie. Non displicebit hodie, & opinor enarratio *d. legis imperium*. Jurisconsulti duo Papinianus, & Paulus in *l. 1. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* duplex imperium merum faciunt: merum, quod lege datur, quod & mandari non potest: & mixtum, quod jurisdictioni cohæret, nec ab ea unquam divellitur, sed simul transit cum ea in legatum Proconsulis, vel quem alium cui jurisdictio mandata est: ita quoque Ulpiano in *l. imperium*, dividit imperium in merum & mixtum: ratio nominum jam supra a nobis est exposita. Merum definit a majori parte sui, jus gladii, hoc est, jus vitæ adimendæ, quod & in ea l. hæc verba demonstrant, *ad animadvertendum facinorosos homines*. Sic Florentiæ scriptum eleganti forma loquendi, ut Varro dixit: *Repudiandum omnes artes*, per gerundii modum. *Emendum veteranos ex campestribus locis: faciendum præfectos atrociores, injiciendum frænos*. Ergo non legamus, *ad animadvertendum in facinorosos homines:* sed *animadvertendum facinorosos homines*, rejecta propositione *in*, quod est elegantius, quam si dicas: *animadvertendos facinorosos*. Hæc verba satis demostrant, quid sit jus gladii: ita animadvertere, est gladio punire, *l. perspiciendum*, §. *ult. & seq. de pœn.* Capitis pœna est, inquit, bestiis objici, vel alias similes pœnas pati, vel animadverti. Animadversio igitur est species capitalis pœnæ, animadverti, gladio plecti, quod Græcis est ἐπιστροφὴν ποιεῖσθαι. Et in *l. seq.* Servos pœnæ fieri eos, in quos animadverti jubetur, vel qui bestiis objiciuntur. Locus hic etiam demonstrat, animadversionem esse speciem capitalis pœnæ, eamque propriam gladii. Inde (quod nescio, an adhuc quisquam explicarit) intelligere possumus, cur occiso Papin. nostro jussu Antonini Caracallæ, & percusso securi, percussori dixerit Antoninus, *Gladio te meum jussum exsequi oportuit*: quod Spartian. scribit in Antonino, & Dio, sive Xiphilinus: non video rationem cur id dixerit, nisi quod animadverti jussisset. Qui jubet in aliquem animadverti, gladio puniri jubet. Fuit hic Antoninus parricida: occidit enim fratrem suum in sinu matris: occisus est etiam ejus jussu Papinianus, quod faveret partibus Getæ fratris longe melioris? hæc vera causa, quidquid referant Spartianus, Lampridius, & alii quod noluerit excusare parricidium, dicens: *non tam facile excusari quam fieri parricidium*: quod forsitan verum est: nam non tam fuit scientia excellens, quin & probitate morum excelleret; Vel, ut alii narrant, occisus fuit, quod post occisum fratrem Getam noluerit dictare orationem, qua accusaretur Geta, tanquam jure occisus, cum diceret, *alterum parricidium esse, accusare innocentem occisum*. Si hæc sunt vera, plane scientiæ mores respondebant. Verum quod ferunt dixisse Imperatorem: *Gladio te meum jussum exequi oportuit*, non habet aliam rationem, quam quod in eum animadverti jussisset. Ad rem redeo. Merum imperium, si vis definire a majori parte sui, est jus gladii, jus ferri, ut Lucanus dixit lib. 5. sicuti in libris nostris damnare ad ferrum, est damnare ad gladium in *l. ejus qui*, §. *ult. ff. de testam.* & placet quod Statius ait lib. 1. *ferrum mulcere toga, & lib. 5. imperium mulcere toga*. Plane ferri nomine significatur merum imperium. Comprehendit etiam jus gladii, jus belli gerendi, & administrandi, licet id non sit scriptum in *l. imperium*. Cui possis addere, merum imperium esse jus gladii ad persequendum & belligerandum hostes. Et adjicit Ulpian. simpliciter, imperium illud potestatem appellari: modo *potestatis* verbum generaliter, modo specialiter accipitur, generaliter passim. Nam quilibet magistratus potestas est. Mixtum imperium etiam potestas est, quæ jure magistratus competit: sed per eminentiam potestas est, summa & mera, id est, imperium merum, ut Zonaras loquitur in Basil. Porphyr. Præter nostros auctores nescio alium auctorem qui dicat merum imperium præter Zonaram: nam ἄκρατον ἐξουσίαν vocat dictaturam, quæ habuit summam potestatem. Definit ergo imperium heic a posteriore sui parte. Sed continet etiam alia, ut jus atrociter verberandi, damnandi in metallum, deportandi, confiscandi universa bona reorum, & generaliter omnem coercitionem graviorem, *l. solent*, *l. si quid erat*, *de offic. proc.* Modica coercitio est mixti imperii, gravior coercitio meri nec permissa cuiquam, nisi sit concessa nominatim. Nec idem est, ne quis fallatur, publici judicii exercitio, & imperium merum, quam exercitionem dixit Papin. non posse mandari: utrumque non potest mandari. Nec tamen dixeris utrumque idem esse: alioquin frustra utrumque repeteret in *d. l.* 1. Sed in ea l. tria ponit exempla eorum, quæ lege dantur, quæque mandari non possunt: quæstionem, sive exercitionem, aut executionem publici judicii lege datum nominatim: cognitionem datam ex Senatusconsulto Syllan. & merum imperium lege datum. Et illa duo esse diversa ita demonstro. Legatus proconsulis ex mandato extraordinario Proconsulis publici judicii exercitionem habet: habet enim cognitionem custodiarum, hoc est, reorum, qui custodiuntur, quod quid aliud est, quam quæstio publici judicii, quo rei postulati sunt? Ergo ex mandato Proconsulis extraordinario legatus habet cognitionem publici judicii, ex *l. solent*, *de off. proc.* Merum tamen imperium non habet, quia neque apud eum inchoari accusatio potest, neque terminari: sed quæ in medio versantur, ea sola ex mandato Proconsulis quærere, & dignoscere potest. Reus non potest apud eum accusari, nec ab eo damnari, vel absolvi. Extrema non habet, quæ sunt meri imperii: cognitionem intermediam habet, sed ubi cognoverit, remittit reum ad Proconsulem *d. l. solent*. Proconsul igitur solet legato mandare quæstionem publici judicii. Sed ut ait idem Ulpian. mandatum est extraordinarium, hoc est, illegitimum, quia cognitio publici judicii est ei mandata a lege. Ergo dum

eam

eam mandat Proconsul, aberrat a jure, & facit illegitime: & hoc est, quod ait in ea *l.* 1. Papin. *errare magistratus, &c.* Et ita conjungenda est *d. l.* 1. cum *l. solent*. Una *extraordinarium mandatum* dicit: altera, *errare magistratus*. Et utraque igitur l. conjuncta, diu quæsitum convenientissimum exemplum apponetur ad *l. quod non ratione, sup. de legib.* non ratione invaluit hoc, ut Proconsul mandaret legato quæstionem publici judicii, sive cognitionem custodiarum, sed primum errore: deinde soliti sunt ita mandare. An ergo dicam & ceteras cognitiones, quæ ei lege dantur, posse Proconsulem mandare legato, veluti cognitionem de transactione alimentorum, cognitionem de domino a familia occiso, cognitionem de prædiis minorum distrahendis? Minime, est tamen argumentum idoneum. Si potest Proconsul mandare legato cognitionem criminum, cur non & cognitionem civilis rei mandare poterit? Sed respondendum, quamvis & hac *l.* 1. *& l. solent*, detur specialiter cognitio criminum: nos tamen errorem nunquam producimus in consequentiam, *d. l. quod non ratione*. Ut vero intelligamus, quid distet merum imperium a cognitione custodiarum, vel quæstione publici judicii, observandum est quod ait *l. aliud, de verb. sign.* eum pœnam irrogare posse, cui hujus criminis executio data est. Is enim, cui cognitio sive quæstio & inquisitio sola data est, non potest pœnam irrogare: propterea in *l.* 1. *C. ubi caus. fisc.* cui licebit pœnam irrogare, hoc est, qui habuerit merum imperium, quod lege datur; & licere dicitur, quod per legem licet, ut indicat oratio pro Balbo. Eadem *l. imperium*, ita definit mixtum imperium, cui etiam inest jurisdictio, hoc est, quod implicitum est magistratui, sive jurisdictioni, quod semper cum jurisdictione cohæret, quod jure magistratus competit. Et exempli tantum gratia in *l. imperium*, ait, mixtum imperium consistere in danda bonorum possessione, ex testamento scilicet, vel ab intestato, & dando judice. Quod inquit, *in danda bonorum possessione consistit*. Hoc est prius exemplum. Posterius exemplum: *jurisdictio est etiam judicis dandi licentia*. Placet admodum illa vox, *etiam*, quod idem est, ac si diceret, non tantum mixtum imperium, sive jurisdictio consistit in danda bon. poss. sed etiam in dando judice: recte dices, jurisdictionem esse licentiam dandæ bon. possessionis, & recte adjicies, esse quoque licentiam dandi judicis. Et idem omnino dices de imperio mixto, quia ita mixtum est unum alteri, ut nunquam secernatur. Et hoc in judicis datione, de qua magis ambigitur, planum facit *l. cum prætor, de jud.* quæ ait magistratum urbanum, judices dare posse propter vim imperii. Ergo judicis datio est imperii: aut meri igitur, aut mixti: at certe non meri est: ergo mixti. Fateor in quibusdam magis elucere imperium, ut in modica coercitione, in aliis apparere quasi nudam jurisdictionem, ut in interlocutoria aliqua sententia magistratus: & tamen dum interloquitur, aliquid etiam pro imperio agere dicitur, *l. quod jussit, de re jud.* Videntur etiam esse magis imperii mixti, quæ denegantur magistratibus municipalibus: alia quædam videntur quasi jurisdictionis nudæ: sed nunquam mixtum imperium a jurisdictione separatur. Hodie nullum est imperium merum, quia jurisdictioni cohæret jus gladii, & gravior coercitio omnis, hoc est, jure magistratus competit. Et hoc ipso, quod quis creatus est magistratus, jus gladii habet, etiamsi ei non sit datum lege nominatim. Merum quod fuit olim, hodie est mixtum imperium, quia competit tacito jure, & sequitur ultro magistratum, nec est necesse nominatim delegari: si igitur mixtum est hodie imperium: ergo mandari potest.

Ad L. XXXIII. de Rec. arb.

Arbiter ita sumptus ex compromisso, ut & diem proferre possit, hoc quidem facere potest: referre autem contradicentibus litigatoribus non potest l. 74. de regul. jur. *Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri.*

Sciendum est, judicem dari a magistratu plerumque, ut judicet intra certum tempus, quo finito jam non potest judicare, nisi partes ei prorogaverint tempus, quod magistratus præstituerat, *l.* 2. §. *si & judex*, *l. si judex, de judic.* Exemplo judicis dati arbiter compromissarius plerumque eligitur ab ipsis partibus, ut judicet intra certum tempus, non etiam datur a magistratu: sed nonnunquam additur clausula, ut possit proferre diem compromissi, producere, prorogare, prodere diem, ut ex Lucilio notant Nonius & Donatus: *Possis ne elabi, an porro prodenda dies sit*, hoc est proroganda, prolatanda: & in Andria: *At qui saltem nuptiis prodat diem*, .i. differat, proroget nuptias. Et hoc pertinet ad *l. Labeo*, §. 1. *h. t.* & ad id quod ait initio hujus leg. quod etiam ostendit *l.* 32. §. *dies*, quærebatur, an possit etiam *referre diem?* Et ait, eum non posse sine consensu utriusque partis. Referre diem, est anteferre, antevertere diem jubendo, ut partes adsint in illum diem, ut Festus ait, *referre diem prædictam*, hoc est, præferre; nobis est, *anticipare*. Verum si retulerit diem, & unus abfuerit, an committetur pœna? Minime: quia nondum exierat dies compromissi, non potest retrocessum ire, repetere diem, aut ipsum producere diem, ut Græce ἐμαναχωρεῖν, id est, *proferre diem*: quod si consentiat unus, ut referat diem, & properet ad sententiam, consensus unius alteri non nocebit. Et hoc est, quod ait *l.* 74. *de regul. jur.* his verbis: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*: & rectissime huic conjungetur, & est ejusdem Papin. Accipienda est hæc regula de consortibus, qui habent communem rem, aut litem; potest aptari ad coheredes, *l. si petitor, de judic.* ad fratres: nam factum fratris nocere non potest, quia coheredes sunt, aut consortes, *l.* 2. *si quis aliqu. test.* Sed proprius aptabitur ad propositam speciem, scilicet si duo sint litigatores, qui adierint arbitrum, non potest alteri per alterum iniqua conditio inferri, puta unus consentiendo, ut arbiter diem referat, efficere, ut alter in compromissi pœnam incidat. Et ita videtur aptanda cum *l.* 33. *de recep. arb.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. II. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. ult. Si qu. caut. jud. sist. caus. fact. non obtemp.

HÆC L. est de stipulatione judicio sisti, qua quidem se stipulanti obligat semper non tantum, qui suo nomine convenitur, sed & qui alieno: quum enim vocaris in judicium, aut statim sequi debes partem, aut cavere judicio sisti ad condictum diem, vel ad diem, quo stipulator agere volet. Elegantissima est hæc legis species. Finge: Tutor nomine pupilli in judicium vocatus, promisit judicio sisti in diem certum, vel ad diem, quo stipulator agere vellet (his cautionibus hodie non utimur in Gallia, nec cautione de rato, nec de judicato solvendo: nullæ interponuntur judicii exercendi causa stipulationes) is vero tutor non obtemperavit stipulationi, quia ad diem judicio non adfuit. Commissa est igitur stipulatio ipso jure. Priusquam reliqua hujus facti persequamur, sciendum est, tutorem, qui convenitur pro pupillo, cavere quidem judicio sisti, sed non judicatum solvi in *l.* 1. §. *sufficit, de admin. tut. & l. ult.* §. *defens. C. eod. tit.* Et hæc est una differentia non unica inter tutorem, & procuratorem sive defensorem litis alienæ. Et quæ de tutore dicemus, ea de curatore intelligenda sunt: nam defensor litis alienæ non est idoneus, nisi caveat judicatum solvi: tutor vero licet defendat pupillum, non promittit judicatum solvi: & ratio differentiæ hæc est, quia defensor litis alienæ volens suscipit mandatum agendæ litis:

nemo enim invitus ſuſcipit mandatum: ſicut nemo invitus contrahit, vel etiam ſine mandato immiſcet ſe liti alienæ ultro, irrogatus tutor vero tutelam ſuſcipit etiam invitus, quia tutelæ munus civile eſt, & omne munus civile invito injungitur: non eſt æquum onerari cautione judicati ſolvendi eum, qui ad litem alienam etiam invitus accedit: poteſt tamen tutor obligare pignori vel hypothecæ prædia pupillaria, etiam ſine decreto prætoris vel præſidis contra orationem D. Severi, videlicet judicati ſolvendi nomine, quum ipſe pupillus litem ſuam defendit tutore auctore, qui caſus eſt ſingularis, quo hypotheca contrahitur prædiorum pupillarium ſine decreto, quia pupillus, qui in judicium vocatur, cavere debet, & fruſtra deſideratur decretum, ubi ſolvere neceſſe eſt. Et hoc eſt, quod in *d. §. defenſionem, in fi.* dicitur, tutorem poſſe ſubſignare, hoc eſt, pignori obligare res pupilli etiam immobiles, hoc eſt, prædia, pro cautela litis, ſive pro cautione jud. ſolvi, non ut Accurſ. pro cautione judicio ſiſti, *l. ſi ſervus, jud. ſolvi, l. ſi eum, de fidejuſſ. l. 5. §. in poſſeſſionem, ut in poſ. leg.* Cautio jud. ſolvi, eſt cautio rei vel litis: nam eſt de ſolvenda re, aut æſtimatione rei: eſt igitur cautio realis. Cautio judicio ſiſti eſt perſonalis, in *Nov. 53. cap. 3. §. 2.* cautio de perſona, non de re. Igitur cautela litis, eſt cautio judicatum ſolvi, non cautio judicio ſiſti. Tutor igitur, cum non paruit ſtipulationi ſtipulatio commiſſa eſt, ut præſtetur id quod intereſt, vel pœna ſtipulatione comprehenſa. Verum antequam ageretur ex ea ſtipulatione, interim, ut Papinianus ait, vel inter moras, ut loquitur Marcellus in *l. tutor 28. de adminiſtr. tut.* Inter moras, inquam, id eſt, antequam ageretur ex ſtipulatu, pupillus adolevit, vel mortuus eſt: atque ita finita eſt tutela, quæ finitur adoleſcentia, vel morte; vel pupillus ſe abſtinuit hereditate, cujus nomine conveniebatur: Finge enim conventum fuiſſe eum, aut tutorem pro eo ex contractu patris, cui heres extiterat, ut ait *l. 2. de adminiſt. & peric. tutor.* & commiſſa jam ſtipulatione judicio ſiſti adverſus tutorem, qui eam interpoſuerat, quive ad eam reſponderat, pupillum abſtinuiſſe hereditate. Quæritur, an actio ex ſtipulatu, quæ commiſſa eſt, danda ſit in tutorem? Et ait prudentiſſime Papin. denegandam eſſe actionem, quia finita eſt interim cauſa ſtipulationis cum pupillus abſtinuerit ſe bonis paternis, vel etiam quia finita eſt tutela. Et ita proponitur in *l. tutor.* Verum Papinian. ut hoc magis probet, utitur optima ſimilitudine: ſi poſtquam tutor in judicium vocatus nomine pupilli & condemnatus ſit, adoleverit interim pupillus, vel mortuus ſit, vel abſtinuerit ſe hereditate patris, ex qua lis deſcendebat, beneficio prætoris: ſi hæc contigerint poſt condemnationem tutoris, actio judicati in tutorem non dabitur. Sed primo caſu, id eſt, ſi adoleverit pupillus, in pupillum dabitur. Secundo caſu, id eſt, ſi mortuus fuerit pupillus, dabitur in heredem pupilli. Tertio caſu, ſi ſe abſtinuerit, in nullum dabitur, *l. 2. de adminiſtrat. tut. l. 1. C. quando ex fact. tut.* Pari ergo ratione non dabitur etiam in tutorem actio ex ſtipulatu, ſi poſteaquam commiſſa eſt ſtipulatio judicatum ſolvi, hæc contigerint, quia nihil intereſt ſtipulatio interponatur ſine cauſa, an poſtea finiatur cauſa, *l. ult. jud. ſol.* An ergo ſi hæc non contigiſſent, daretur actio judicati in tut. ſic ſane, ſi ſe liti obtuliſſet, ſi cum ipſum pupillum exhibere poſſet, cujus res erat, ipſe maluerit judicium accipere pro pupillo, quam ei auctor eſſe judicium accipiendi. Nam in ejus arbitrio eſt, ut nomine pupilli judicium accipiat, aut pupillum exhibeat. Quod ſi judicium accipiat pro pupillo, videtur ſe liti offerre: & ideo merito eſt in eum actio judicati. Aliud dicendum eſt, ſi pro pupillo abſente vel infante judicium acceperit, id eſt, minore annorum ſeptem cum is non poſſet ei eſſe auctor ad judicium accipiendum: nam impuberes in jus vocare permiſſum non eſt, *l. neque impuberes 22. de in jus voc.* Quia igitur coactus ipſe judicium ſuſcepit, actio judicati in eum non dabitur, ſed in pupillum, *l. 2. de admin. tut.* Idemque erit in procuratore cujuslibet: nam ſi procurator pro domino conventus ſit & condemnatus, actio judicati dabitur in dominum, vel ſi vicerit procurator, dabitur domino: nam vincit & vincitur domino procurator. Actio ergo judicati non dabitur in procuratorem, niſi ſe liti obtulerit non rogatus, id eſt, niſi ſit procurator aut geſtor voluntarius, *l. 4. de re jud.* Et in hac re nulla eſt differentia inter tutorem & procuratorem, ſed alia eſt, quæ pertinet ad quæſtionem iſtam: Tutor ſi extra jus caverit ſe ſoluturum nomine pupilli, quod pupillus debuit, finita tutela recte recuſat actionem, hoc eſt, non cogitur judicium accipere ex ea cauſa, *l. 5. §. ult. quando ex fact. tut.* Procurator autem, qui, dum gerit negotia domini, pro domino promiſit aliquid, finito mandato non recte recuſat actionem. Id de tutore ſcripſit Papinianus in *d. l. 5.* Idem ſcripſit de proc. in *l. procurator 67. de procurator.* Finge: Procuratori mandaſti, ut venderet rem tuam: vendidit, & cavit de evictione tuo nomine, ac poſtea deſiit eſſe procurator tuus revocato mandato, aut quaſi expleto mandato, cum non erat procurator omnium rerum: an procurator tenetur emptori evictionis nomine finito mandato? Sic ſane: quia finito mandato non finitur obligatio, qua ſe obſtrinxit pro domino: & ratio hæc eſt, quia volens acceſſit ad negotium alienum, & cavit ultro de evictione. Sed ſi quid vendat tutor, finita tutela non tenetur, etiamſi caverit de evictione, quia invitus accedit ad tutelam, & cavet ſi quid coactus neceſſitate officii quod ſuſtinet vendat.

Ad L. XXXVIII. de Pactis.

Jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt.

IN hac lege ex Papiniano proponitur hæc regula juris, qua nulla eſt, quæ tot exempla habeat. Sed non utar vulgaribus, aut iis quæ jam a me antea ſunt prodita. Jus publicum privatorum pactis mutari non poſſe: nullus eſt Juriſconſultus qui tot juris regulas nobis confecerit, quod longior progreſſus Papiniani oſtendit, id eſt, argumentum ſummæ peritiæ Papiniani. Periti eſt habere in promptu regulas & definitiones tum rerum, tum etiam nominum. Ac memini Theologos inter ceteros non aliam ob rem facere plurimi Damaſcenum, quam quod ejus ſcripta ſint pleniſſima definitionum. Poſſem ſtatim ex eodem Papiniano apponere exemplum ex *l. ult. de ſuis & legit.* ſed eſt tritum. Priuſquam alia proponam ſciendum eſt, jus publicum in jure accipi dupliciter. Publicum dicitur primo, quod conſiſtit in ſacris, ſacerdotibus, religione, magiſtratibus, *l. 1. de juſtit. & jure.* Secundo jus fiſcale dicitur jus publicum, quod tamen eſt privatum Principis. Tertio jus publicum dicitur jus commune omnium, id eſt, jus civile, leges, plebiſcita, Senatuſconſulta, edicta prætorum, mores populi Romani, qui reſpiciunt omnium utilitatem, non etiam commodum privati hominis: & ita ſæpiſſime jus publicum accipitur pro legibus, puta pro lege Falcidia, &c. Hoc jus publicum privata conventione convelli & commutari non poteſt. Utamur novis exemplis. Jusjurandum calumniæ introduxit Juſtinian. voluit enim de calumnia jurare litigatores in ingreſſu litis: & pari religione exegit etiam jusjurandum a judicibus, atque etiam ab advocatis, reſpiciens ad publicam utilitatem, ne quis temere litigaret. An poteſt jusjurandum calumniæ remitti ex conſenſu partium? Minime, quia jus publicum privatorum pactis mutari nequit, *l. 2. §. ſed quia, Cod. de jurejur. propt. cal.* Plus poteſt jus publicum, quam privata conventio: privata conventio eludere leges, aut conſtitutiones non poteſt. Item, ut conſtat ex ſententiis Pauli, functio dotis pacto mutari non poteſt, hoc eſt, præſtatio & redditio dotis: dos reddenda eſt ex 12. tab. annua, bima, trima die, hoc eſt, tribus penſionibus, ſi conſiſtat in pecunia numerata, auctore Ulpian. in Fragm. tit. 6. an valebit pactum & conventum, ſi placuerit, ut præſtaretur quadrima die?

die? minime, *l. 16. de pact. dot.* Legibus etiam prodita eſt actio ob mores, actio de moribus vel retentio ex dote propter mores ejus, qui divortio cauſam dedit: quæ a Rhetoribus dicitur actio malæ tractationis, quæ quia publici judicii eſt, pacto non tollitur. Eſt etiam actio ob res donatas conjugi, vel retentio, quæ non valet, niſi perſeveret donator in eadem voluntate uſque ad mortem. An ſi convenerit initio matrimonii, ut ſi quid donetur, non repeti poſſit, vel ne de moribus agatur, aut plus, aut minus exigatur, an hoc pacto obſtringi poſſunt? Minime: nam juri publico derogat *l. 5. de pact. dotal.* Similiter ex lege 12. tabul. actiones hereditariæ dividuntur ipſo jure, ut ſinguli heredes non teneantur in ſolidum, ſed pro partibus hereditariis: hoc jus non poteſt pactis immutari, *l. 2. §. ult. famil. erciſc.* Utar alio exemplo ex Novell. 22. cap. 32. & 33. Finge: datus eſt uſusfructus, vel data proprietas bonorum, aut nuda, aut plena in dotem, vel donationem propter nuptias, unus ex maritis ſoluto matrimonio lucratur dotem, vel donationem propter nuptias, an tale lucrum amittet, ſi tranſeat ad ſecundas nuptias? minime. An ſi initio convenerit ut amitteret hoc lucrum ſi forte tranſiret ad ſecundas nuptias, an tranſeundo ad ſecunda vota amittit? nec hoc etiam caſu amittet. Et utitur etiam Juſtinianus hac regula, non poſſe juri publico derogari privata conventione, *d. Novell.* 22. Exceptio eſt una; niſi lex ſpecialis id permiſerit, niſi pactio ſit legitima, ut poſſit juri publico derogari privata conventione. Exemplum eſt in *l. ult. §. ult. C. de tempor. appellat.* an initio litis paciſci licet, ut qui ſuperatus ſit, non appellet: aut fatalia tempora quæ dicuntur κυρίαι ἡμέραι, non obſervet? ſane pactio non valebat. Sed hodie valet ex conſtitutione Juſtiniani, *d. §. ult.* Hæc igitur regula patet latiſſime, & habet exempla innumera: nam nec voluntate teſtatoris mutatur jus publicum. An poteſt mutari l. Falcidia, aut prohiberi? minime: Sed hodie poteſt ex Novell. 1. & conſtitutione Juſtiniani. Non poteſt teſtator facere ne leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. 55. de legat.* 1. Eſt hoc addendum hujus leg. ſenſum hunc eſſe: Jus privatorum facile mutatur privatorum conventione: ut puta quæſita tibi actione, jus tibi quæſitum facile condonaveris ubi quæſieris. Pacto non potes etiam efficere, ne naſcatur actio, ſed nata poteris non uti, aut eam remittere pacto, ſi volueris, quod hoc non pertineat ad jus publicum, ſed ad privatum; non poſſunt autem privatorum pactiones efficere, ne leges, edicta, conſtitutiones vim habeant in ſuis contractibus, vel aliis negotiis, quæ ad eos ſpectant, quanquam, ſi quid eis quæſitum fuerit, de eo utiliter paciſcantur, idque remittant, aut habeant pro derelicto aut nullo: ut heres poſt mortem teſtatoris, quo maxime tempore locus legi Falcidiæ eſt, ſolida legata præſtare poteſt non utendo Falcidia, *l. 46. ad leg. Falcid. l. ult. C. eodem.* Quo genere videtur heres plenum obſequium plenamque fidem exhibere defuncto in *l. qui totam, ad S. C. Trebellian.* Plinius lib. 2. epiſt. 16. & lib. 4. epiſt. 10. Nam lex Falcidia contra voluntatem defuncti patrisf. ſemper inducta creditur: nam ſane ſolidum defunctus præſtari vult, *l. 86. ad l. Falcid. & Novell.* 1. Verum teſtatore vivo inutiliter paciſcitur heres de non deducenda Falcidia, ſi contigerit mori teſtatorem: ea pactio non efficit, ne locus ſit Falcidiæ, *l. 15. §. 1. ad leg. Falcid.* Et ſic legatum, aut hereditas poſtquam delata eſt, recte repudiatur, ſed antequam deferatur, ſi repudietur, vel ſi de ea paciſcatur heres, vel legatarius cum herede legitimo, vel ſcripto, inutilis pactio eſt, inutilis repudiatio, quæ non poteſt impedire delationem, quæ fit ipſo jure. Obviam non poteſt ire legibus. Dixi hanc regulam eſſe frequentiſſimam, imo nulla frequentior, addidique nova exempla quinque. Adjiciam quod ex Græcis didici, & ad pleniorem regulæ explanationem valde facit, hanc regulam aptari poſſe ad legem præcedentem; ad quam ipſi coaptant, ut plurimum eſt ſeries quædam etiam in ipſa digeſtione & ordine legum, & nectitur quodammodo una ex alia:

A præcedentia & ſequentia legenda, ut aliquid deprehendatur, quod ad legem faciat, cui damus operam; & qui volunt legere legem aliquam, debent prius ſpectare, quid ſit in præcedenti, quid in ſequenti: ita verum percipient legum ſenſum ſæpiſſime. In lege præcedenti hoc oſtenditur, Curatorem reip. non poſſe remittere pecuniam debitam reip. habita pactione cum debitore publico, & ſi remiſerit, nihilominus eſſe integram ejus pecuniæ petitionem. Ad eam legem addes rectiſſime eam rationem, *quia jus publicum pactis privatorum mutari non poteſt*. Ac ſane videtur etiam Papin. hac regula eſſe uſus in hac ſpecie. Jus publicum, hoc eſt, jus Reip. civitatis, municipii, mutari non poteſt a privatis: ita enim in *l. 42. hoc tit.* dicitur, jus etiam fiſcale privatorum pactis convelli non poſſe. Sed patet etiam regula latius, alio-
B quin non eſſet regula, hoc eſt, non tantum continet jus reip. aut fiſcale, ſed etiam jus commune, leges, plebiſcita, edicta, & mores. Verum ad hanc regulam addidi unam exceptionem, niſi ſcilicet privata conventio quæ derogat juri publico, lege aliqua, aut conſtitutione nitatur ac confirmetur, *l. ult. C. de temp. & repar. appell.* quia ſcilicet re ipſa hæc pactio non derogat juri publico cum probetur jure publico, & ſit legitima conventio. Addam hodie ſimiliter exceptiones duas. Unam ex *l. 1. §. inde quæritur, de ope. novi nunt.* Finge: Si vicinus meus faciat novum opus, quod arbitror juri meo officere poſſe, poſſum eum impedire, ne ædificet, nuntiatione novi operis inſtituta, etiam non adito prætore (quanquam jure Gallico oporteat adire magiſtratum) poſt eam nuntiationem litigatores ſe committunt prætoriæ juriſdi-
C ctioni, ut animadvertat, remittenda ſit nuntiatio, nec ne. Et qui ædificat antequam prætor remittat nuntiationem, facit contra edictum prætoris de novi operis nuntiatione, & tenetur interdicto reſtitutorio ut diruat quod ædificavit, cujus formula hæc eſt: *Quod adverſus edictum prætoris fecit*. Inde quæritur, an ſine juſſu prætoris pacto remitti poſſit nuntiatio? & videbatur non poſſe, quia in ea re verſatur prætoris imperium, eaque res pendet ex juriſdictione prætoris, *d. l. 1. §. inde quæritur, l. 7. §. ſi paciſcar, hoc tit.* quia neglecto imperio prætoris, hoc eſt, non adito prætore, & admiſſa hujuſmodi pactione quæ remittit nuntiationem, videtur privata pactio præponi imperio prætoris: edicto prætoris; ergo non admittenda, nec ſervanda. Sed magis placet ſervandam eſſe eam pactionem, & valere non minus re-
D miſſam nuntiationem a denuntiante, quam ſi fieret a prætore, quia ſcilicet uterque idem agit & ſpectat, ut finiantur lites inter vicinos: idem agit hæc pactio: quod agit & prætor: atque ita reipſa nihil derogat juri publico: idem enim agit, quod edictum prætoris. Alia exceptio erit ex *l. 31. hoc t.* Ait lex: paciſci licet contra edictum Ædilium curulium omnimodo: quid eſt omnimodo? ſive initio venditionis convenerit aliquid contra ædilitium edictum, ſive poſt, rata eſt conventio, & infirmat Ædilitium edictum. Finge conveniſſe inter contrahentes, ne ageretur actione redhibitoria ob morbum vel vitium rei venditæ, quod eſt contra ædilitium edictum. Si ita convenerit poſt venditionem, ſane rata eſt conventio, quia quæſita actio emptori, ab eo ultro remittitur: & nemo invitus cogitur uti jure ſuo. Sed ſi ini-
E tio venditionis ita convenerit, an valebit ea conventio? Et ait valere. Paciſci contra ædilitium edictum, eſt juri publico derogare. Et licet regula enuncietur duobus modis: *contra leges*, vel SC. *aut conſtitutiones, pacta conventa non valent, non ſervantur a prætore*. Vel, *jus publicum non poteſt mutari pacto privatorum*; & ita duæ videntur eſſe regulæ; tamen una tantum eſt, hoc ſenſu: *pacta contra formam juris publici, contra leges, plebiſcita, Senatuſconſulta, mores, edicta prætorum, conſtitutiones non valent*. Sed addamus etiam pacta facta a privatis, aut inter privatos contra jus fiſcale non valere. Item, pacta inter privatos facta contra jus reipubl. non valere: & hoc ad eccleſiam trahi poſſe, quia in jure ſæpe comparatur reipublicæ. Ideo autem paciſci contra edictum ædi-

ædilitium licet quia ea est mens ædilium, ut ob eum tantum morbum, aut vitium sit actio redhibitoria, quod in gerendo negotio venditionis exceptum non sit: quod si generaliter omnes excepti sint, cur non erit rata conventio? Et in summa, in his exceptionibus videtur quidem pactio privata derogare juri publico prima fronte, sed reipsa non derogat, quia id fit ex mente, aut permissu legis, vel edicti, vel constitutionis. Hæc sunt, quæ maxime notanda erant ad hanc regulam.

Ad L. Ult. de Transact.

Venditor hereditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Species hæc est: Heres vendidit hereditatem omnem, hoc est, jus universum, & mandavit emptori, hoc est, cessit actiones hereditarias: (in jure idem est mandare, cedere, exhibere. Erat necesse cedere actiones hereditarias emptori ante constitutionem D. Pii. Hodie etiam sine cessione in emptorem actiones transeunt, *l. 16. de pact.*) Is heres post venditam hereditatem certa pecunia transegit cum debitore hereditario, ignorante venditam esse hereditatem: an erit emptori hereditatis actio utilis ex cessione in debitorem hereditarium? Sic sane: sed repelletur exceptione transacti negotii, vel transactionis, quamvis non transegerit cum emptore, sed cum venditore: qua ratione fit, ut ei, qui non transegit, noceat transactio facta cum alio: & ob id hæc exceptio non est directa, sed utilis: quod heic significat Papinianus in hac l. dum ait, *est accommodanda*, id est, inflectenda: nam in jure passim actiones & exceptiones dicuntur accommodari, hoc est, inflecti & transferri in causam, in quam proprie non conveniebant, ideo a Græcis vocantur πλαγιάστικαι, quasi obliquæ actiones, vel exceptiones: sane hæc exceptio datur ex utilitate, ne justa ignorantia noceat debitori hereditario: qua ratione fit, ut debitor liberetur, qui solvit procuratori finita procuratione, si ignoret finitam esse, §. *Item si, de mandato, l. ejus, ff. de rebus cred.* Et patet idem juris esse in solutione quod in transactione: nam si debitor hereditatis ignorans venditam fuisse hereditatem, venditori hereditatis solverit, sane ipso jure debitor liberabitur, nec poterit cum eo experiri emptor hereditatis. Solutio ipso jure liberat, transactio per exceptionem: nam genus pactionis est & pactio nisi sit legitima, non liberat quenquam ipso jure, sicut nec obligat. Utitur Papin. similitudine fideicommissarii Trebelliani, non abs re: nam & fideicommissarius Trebellianus, & emptor hereditatis, uterque vicem heredis obtinet, & effectu quodammodo heres est, *l. 2. §. pen. de hered. vel act. vend. l. 5. quod cum eo, qui.* & in utrumque transeunt actiones utiles etiam sine cessione: ex constitutione D. Pii in emptorem hereditatis: in fideicommissarium vero ex Senatusconsulto Trebell. Nunc finge: post restitutam hereditatem heres transegit cum debitore hereditario accepta certa pecunia, cum scilicet debitor ignoraret causam fideicommissi, aut restitutam hereditatem: si cum eo agat fideicommissarius utili actione, repelletur eadem æquitate, exceptione transacti negotii cum herede. Sed laudo, quod dixit Accursius, emptori hereditatis vel fideicommissario teneri heredem vel venditorem, qui restituit, quia non præstitit integram hereditatem, non præstitit nomen illud, quod ipse extinxit facta transactione: nihil igitur damni facit emptor hereditatis, aut fideicommissarius Trebellianus, sed nihil etiam debitor, qui transegit ignorans. Rectissime autem ponit Papinianus, eum transegisse ignorantem: nam si sciens transegit, proculdubio tenebitur: nam imputari ei potest, cur solverit ei, cui non debuit: nam post venditionem hereditatis vel restitutionem, heres quidem remanet venditor hereditatis, ac etiam is, qui restituit, sed nomine, sed non re; actiones habent directas, sed sine re: nam si nomen est sine re, & actiones igitur. Sciens igitur debitor venditam aut restitutam esse hereditatem, de se queri debet. Recte etiam Papinianus ponit, heredem transegisse post venditam hereditatem, vel restitutam: nam quod gessit heres ante venditionem aut restitutionem hereditatis: id ratum habendum est semper, neque distinguitur hoc casu inter scientem & ignorantem, *l. ante restitutam 104. de solut.* quam adducit Accursius.

Ad L. VIII. de Postul. & l. 5. de decurion. & eor. fil.

Imperator Titus Antoninus rescripsit, eum, cui advocationibus in quinquennium interdictum esset, post quinquennium pro omnibus postulare non prohiberi: Divus quoque Adrianus rescripserat, de exilio reversum postulare posse, nec adhibetur distinctio, quo crimine silentium vel exilium sit irrogatum, ne scilicet pœna tempore determinata contra sententiæ fidem ulterius porrigatur. Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat in perpetuum moveri placuit: ad tempus autem exsulare jussos, ex crimine leviore, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos.

In hac l. Papinianus duo proponit rescripta, nec tamen quid de iis arbitretur, exponit, nec invaluerint ea unquam an secus: nec enim semper omnia rescripta vim suam habuerunt: & quod experimur etiam hodie, idem fuit olim: non omnibus constitutionibus fuit sua vis. Refert igitur Papin. sententiam rescriptorum, nihil præterea: primum rescriptum est Titi, is est Antoninus Pius, non Caracalla occisor Papiniani, ex quo rescripto advocatus, cui silentium indicitur ad quinquennium, id est, ne pro aliis postulet, post quinquennium postulare potest. Subjicit ex rescripto Adriani, etiam advocatum relegatum ad tempus (nam exilium hic accipitur pro relegatione: deportatio enim nunquam irrogatur ad tempus) post tempus impletum postulare posse pro aliis. Hoc autem addit de suo Papin. ea rescripta esse generalia, nos igitur non debere illa distinguere: nam vox illa scholæ est vera; *Ubi non distinguit lex, non debemus distinguere.* Non exprimit rescriptum, an damnatus sit advocatus famosa ex causa, an vero ex alia. Itaque quacunque ex causa, quocunque ex crimine, sive famoso, sive non, ad tempus quis relegatus sit, vel interdictus sit officio advocationis ad tempus, post tempus pristino officio fungi potest, quia rescripta non distinguunt, id est, sunt generalia: nobis non licet addere distinctionem, quia ratio rescriptorum est generalis: nec sunt hac ratione casus alii ab aliis separandi: & in summa non est adhibenda ulla distinctio; & ratio est, ne pœna tempore definita porrigatur ultra sententiæ finem, ut in *l. 3. de decur.* ne exaggeretur, inquit, sententia, quæ certum modum habet. Ergo pœna non est exaggeranda aut amplianda, sed minuenda potius & mollienda. Et hoc est, quod in hac l. a Papin. proponitur, in qua sunt duo in eamdem rem consentientia rescripta: unum Adriani, quod fuit prius: alterum Antonini Pii, quod fuit posterius. Rescriptum autem minus est quam edictum, quanquam hodie parem vim habeant. Rescriptum mittebatur ad unum consultorum: edictum est lex missa ad populum, ad provinciam, ad S. P. Q. R. Post hæc rescripta subsecutum est edictum Caracallæ, quo generaliter sublata omni distinctione cavit, eum qui ordine decurionum motus est ad tempus pœnæ causa, vel eum, cui advocationibus interdictum est, vel alio quolibet officio, puta tabellionis, aut pragmatici officio, post tempus posse fungi honore & officio pristino: Et edicto cavetur nominatim: non esse distinguendum, qua ex causa ad tempus sit motus officio, vel quolibet ordine, an ex causa famosa, puta falsi, vel furti: nam post tempus, pristinum honorem

rem & dignitatem & officium recuperabit. Idem etiam erit, si leviore pœna affectus sit, dum ordine motus est, seu quo alio officio ad tempus, quam legibus statuta esset: si extra ordinem (ut apertius dicam) sit ei inflicta pœna lenior, quam statuta esset legibus: nam non ideo minus post tempus statutum pœnæ restituetur officio: atque ita experietur duplicem humanitatem. Nam & patiètur clementiorem sententiam seu pœnam, & post tempus pœnæ etiam recipiet honorem & officium pristinum. Et hoc edictum ita exponitur ab Ulpiano in *l.3. de decur.* & extat etiam ejusdem edicti pars in *l. 1. de iis qui in exilium dati, vel ordine mot.* ubi ait, *posthac*, id est, in posterum, quasi ante id non obtinuerit Romæ. Unum notandum, quod proponitur in *l. 2. eod. tit.* 59. *& l. 15. ad municip.* ad tempus ordine motum post tempus redire in ordinem indistincte, ut vult edictum: quacunque ex causa damnatus sit: & esse decurionem igitur ut fuit ante: sed non admittitur ad honores statim, qui solent deferri decurionibus, nisi tanto tempore in eo ordine fuerit post completum tempus pœnæ, quanto ea dignitate caruit, aut eo ordine abstinuit: post deferentur ei honores non minus quam ceteris gradatim, & sigillatim, ut solebat fieri. Habemus igitur duo rescripta, & edictum unum, quæ consentiunt in idem. Sed habemus præterea etiam rescriptum Severi & Antonini ex *l. 3. C. ex quib. caus. inf. irrog.* quo ponitur decurio ex causa famosa ordine motus ad tempus, & mitiore sententia judicis, quod forsitan is debuerit moveri ordine in perpetuum secundum leges, sit autem motus ad biennium, & sic expertus est mitiorem sententiam ex causa famosa, tamen post biennium non habetur infamium numero, & redit in ordinem decurionum. Hæ igitur quatuor constitutiones mirum in modum inter se consentiunt. Sed repugnant nonnullæ leges, quas nunc exponemus. Ac primum *l. 5. de decur.* quæ tamen est Papiniani ex eodem libro, atque ita huic l. conjungenda; imo vero prius explicanda fuisset, quam hæc. Exponamus igitur eam quæ distinguit, qua ex causa damnatus quis sit, & conferamus etiam singulas leges, quæ superioribus constitutionibus adversari videntur, hoc est, quæ distinguunt, qua ex causa damnatus sit quis, cum constitutiones nullam distinctionem admittant. Utamur bipartita distinctione: aut damnatur quis ex causa famosa, aut non famosa. Si ex causa non famosa, non turpi, relegetur quis, vel mittatur in exilium ad tempus, quanquam hoc vix fieri possit, ut relegetur quis ex causa non famosa, sed tamen fieri potest: Si ex causa non famosa ordine moveatur ad tempus, sane post tempus redit in ordinem: non enim est infamis: nec est quod impediat: & ita interpretanda est *l. falsi pœna*, §. 1. *ad l. Corn. de falsis.* Advocatus quidam ordine decurionum motus est ad tempus (poterat quis esse advocatus & decurio, *l. 56. & 57. C. de decur. lib.* 10. & perperam quibusdam curiis excluduntur hodie advocati a consilio municipiorum, *des conseils de la ville*) ordine, inquam, motus est ad tempus, quod falsum instrumentum apud Præsidem recitasset, quodque etiam falsa allegatione usus esset, non quod exarasset ipse, sed quod recitasset tantum, an tenetur lege Cornelia de falsis? Minime. Judicio publico legis Corneliæ de falsis, quod est famosum, tenetur is, qui falsum fecit, non qui recitavit, sed tamen & recitator plectendus est, verum non fit infamis: atque ita advocatus, qui falsum tantum recitaverat, ex causa igitur non famosa, ad tempus ordine motus, post tempus recipit pristinam dignitatem. Idem erit in plebejo qui non est decurio; & hæc sunt certissima: si advocatus, qui non est decurialis, sit relegatus ad tempus, post tempus poterit decurio creari, nec arcebitur curia & honoribus civitatis. Quid vero si damnetur quis ex causa famosa? Sic distinguendum rursus: vel damnatur pœna extraordinaria, vel legitima. Et hic in primis sciendum, pœnas olim fuisse legitimas, nec potuisse irrogari a magistratu: pœnæ irrogatio est legis, non jurisdictionis. Erant igitur pœnæ criminum certæ & legibus definitæ: nec a magistratu, cui data erat pœnæ irrogatio, hoc est, merum imperium, poterat alia pœna irrogari, quam quæ erat legibus definita; ac propterea dicitur ab ea pœna non posse appellari: nam appellaretur a lege: Nec enim tam magistratus irrogat pœnam, quam lex *l. 131. aliud, de verb. signif.* Verum non tantum pœna hæc fuit olim legitima, sed etiam ordo exercendorum publicorum judiciorum, fuit legitimus, seu solemnitas ejus legitima fuit, ac ordinaria, quam Gallice vocamus *la procedure*. Deinde ordo cœpit esse extraordinarius, cœpit contemni ordo solemnis legum, manente adhuc pæna legitima, *l. 8. de publ. jud.* postea etiam cœpit non observari pœna legitima, & subrogatæ sunt extraordinariæ ex constitutionibus, *l. 7. §. ult. ad l. Jul. repet. l. ult. §. 1. ad leg. Fab. de plag. l. 13. de pœn. l. 2. de prævar.* Quod usque adeo verum est, ut fur non manifestus, qui ex legibus damnabatur in duplum, hodie damnetur in quadruplum extra ordinem: quia omnes pœnæ sunt extraordinariæ, *l. quid ergo, §. pœna, de his qui not. inf.* Et hodie cur non utimur actione furtiva in duplum aut quadruplum? Quia non sunt in usu pœnæ legitimæ: omnes sunt extraordinariæ positæ in arbitrio judicis, eaque ratione recte appellatur a pœna: & sic est falsum hodie, quod ait Ulpian. in *d. l. aliud* 131. Redeamus ergo ad distinctionem: aut irrogatur pœna legitima, aut extraordinaria. Si irrogatur extraordinaria, quæ sit gravior quam legitima, ut si is, qui ex causa famosa debuit ad tempus ordine moveri secundum leges, extra ordinem ad tempus sit relegatus, quæ pœna est durior, post tempus non habebitur inter infames, quia duriore pœna vel sententia transactum cum eo videtur de infamia, ut scilicet non sit infamis, qui duriorem pœnam passus est, ut relevetur infamia, utque conservetur ejus æstimatio, qui duriorem patitur pœnam, quam lex permittit. Et ita in actione furti, quæ est famosa, & cujus pœna est tantum dupli vel quadrupli, si ex causa furti conventus non condemnetur in duplum vel quadruplum, sed relegetur ad tempus, vel damnetur in opus publicum ad tempus, an post tempus erit infamis quasi damnatus pœna legitima? Minime: quia severitas pœnæ videtur transegisse de infamia, nec pœna est producenda, sed minuenda quoad ejus fieri potest. Severiorem pœnam patitur, an æquum est ei adjici infamiam? Minime vero. Et hoc est quod ait in secunda parte: *Ad tempus exulare jussos ex crimine leviori* (quod scilicet non meretur pœnam illam, sed leviorem) *velut transacto negotio non esse inter infames habendos*. Idemque ostendit *l. 4. ex quib. caus. inf.* cujus species adnotanda est, quia difficilis. Finge: Quidam, qui secundum leges in annum tantum debuit relegari, relegatus est in quinquennium ex causa famosa. Et inquit, non excessit sententiam, quod est obscurum, hoc est, pœna sua functus est, non fuit refuga pœnæ, sed permansit in exilio per quinquennium; alioqui duplicaretur exilii tempus: nam contumacia refugæ duplicat pœnam, *l. 4. aut damnum, §. quisquis, de pœn.* an hic post quinquennium habebitur infamis? Minime, quia severitas pœnæ cum eo videtur transegisse de infamia: non subjicitur ergo duplici severitati. Idem dicitur in *l. in servorum, §. ult. de pœn. l. 4. §. ad tempus, de re milit. l. 13. §. pœna, de his qui not. inf. l. ordine, ad municip.* Hæc omnia adhuc consentiunt cum constitutionibus: nam post tempus pœnæ non habetur infamis, qui damnatus est graviori pœna. Verum ut sumamus alteram partem distinctionis: si ex causa famosa irrogata sit pœna legitima, veluti decurio ordine motus sit ad tempus pœna legitima, vel etiam pœna extraordinaria, quæ sit levior quam legitima, hoc casu post tempus manet infamis, & in perpetuum removetur ordine ob infamiam. Et hoc proponit prior pars *l. 5.* & idem omnino est, si decurio sit relegatus ad tempus: nam ut ait *l. 3. in prin. hoc tit. boni debet consulere humanitatis sententiæ* (il se doit contenter de cela) *quod sit leviori pœna affectus, nec desiderare, ut post tempus redeat in ordinem*. Post tempus igitur non recipiet pristinum honorem,

rem, ſed habetur infamis. Omnis infamia proprie eſt perpetua, niſi Princeps reſtituat famæ, qui ſolus poteſt abolere infamiam. Et quod dictum eſt ante, poſt tempus non haberi infamium numero eum, qui graviori pœna affectus eſt, quam ſit pœna legitima, ita accipiendum eſt, ut nec retro intelligatur fuiſſe infamis: quamvis ſubierit pœnam quandam infamiæ. Sunt hi effectus infamiæ, ut infamis non poſſit accuſare, *l. 8. de accuſ.* ut non poſſit eſſe judex, *l. 12. de jud.* non poſſit aſſidere judici, *l. 2. de off. aſſeſſ.* ut ſeverius puniatur quam is, qui eſt integræ famæ, ſi quid deliquerit, quod eſt magni momenti, *l. 28. §. pen. de pœn.* Et ut eleganter ait M. Tullius pro Cluentio: *ut in perpetuum omni honore & dignitate privetur*, vel ut Tertullianus de ſpectaculis, *Arcetur curia, roſtris, Senatu, equite, & ceteris omnibus ſimul honoribus, ac ornamentis*, quod congruit cum *l. 2. C. de dignit. & l. 8. C. de decurion.* Ergo ſi quis ſecundum legem vel etiam extra ordinem mitiore ſententia, quam lex eſſet, ad tempus ſit ordine motus vel relegatus, poſt tempus erit perpetuo infamis. Idem erit, ſi ad tempus damnatus ſit in opus publicum, quæ eſt ſpecies *l. 6. C. ex quibus cauſ. inf.* in qua breviter hoc ait. In opus publicum damnatum ad tempus capite non minui, ſed tamen poſt tempus infamium numero cenſeri, quando ſcilicet extra ordinem paſſus eſt mitiorem ſententiam, vel etiam ex ordine pœnam legitimam ex cauſa famoſa. Idem oſtendit *l. 4. §. ad tempus, de re milit.* Igitur *l. 6. & d. §. ad tempus & l. 3. in princip. de decur.* & prior pars hujus quæ omnes leges volunt poſt tempus pœnæ manere infamiam, pugnant cum conſtitutione Adriani. Prior pars *l.* quamvis ſit ejuſdem Papiniani pugnat cum *l. 8. de poſtul.* Et in quærenda ratione componendi diſſidii fruſtra fueris diligens: nulla enim eſt. Et hoc tantum reſpondemus, ſeparandas eſſe conſtitutiones a jure quæ ſeparatio in pleriſque juris locis plurimum conducit. Juris nomine intelliguntur leges veteres populi Rom. & auctoritates Juriſconſultorum: ita nonnunquam ſcribitur aliquid eſſe cautum, non tantum jure, ſed etiam conſtitutionibus, *l. 33. de condit. & demonſt. l. 4. §. contra, de doli except. l. 1. §. propter, nihil innov. app. int. l. 2. de offic. aſſeſſ. l. 2. C. de diverſ. reſcript. l. 1. tit. 23. l. 5. quorum appellat.* Et plane ſeparat jus a conſtitutionibus Macrinus Imp. juris peritiſſimus & amantiſſimus, quem Capitolinus ſcribit, juſſiſſe aboleri omnia Principum reſcripta, ut ex jure ageretur, non ex reſcriptis. Sane non abs re. Nam reſcripta & conſtitutiones jus omne populi Romani exturbaverunt, quo cum comparata cetera jura, incondita videbantur. Magna eſt quæſtio, an liberis damnatorum patronorum conſervetur veluti jus patronatus, quod habuit, qui damnatus eſt capitali judicio? Minime, ſi ſequamur *l. 3. de releg. & inter.* quæ de jure patronatus loquitur. Contra *l. 4. de jure patron.* ait, liberis damnatorum jus patronatus conſervari, & profert conſtitutiones, quæ benigniſſime, ut ait, eiſdem conſervarunt jus patronatus, quod jus nolebat. Eſt etiam magna quæſtio de majore parte creditorum, quæ paciſcitur cum debitore interveniente Prætore ſolemniter, dum ſcil. timent, ne labatur facultatibus, ne foro cedat. Solent convenire in unum omnes creditores vel major pars, & adhibito ſolemniter Prætore paciſci cum debitore in partem aliquam debiti, ne totum amittant. Finge igitur ita rem actam apud Prætorem a majore parte creditorum, an hoc nocet abſentibus creditoribus? Sed an & noceat quoad privilegium, an aufert privilegium abſentibus? negat auferre. Sic ſane propter decretum Prætoris nocet quo ad actionem perſonalem, *l. 58. ſi præcedente §. Lucius, mand.* quod eſt jure. Sed *l. reſcrip. 10. in pr. de pact.* vult, etiam privilegium auferri vel minui abſentibus creditoribus ex eadem lege quæ loquitur de reſcripto, quo id introductum eſt contra jus. Et ita in quæſtione propoſita diſcernendum jus a conſtitutionibus: & concludendum omnino ita ex edicto Caracallæ, eum, qui ordine motus eſt vel advocationibus vel quolibet alio officio ad tempus, poſt tempus non haberi infamium numero, indiſtincte quacunque ex cauſa & quacunque pœna affectus ſit. An idem dicemus de relegato ex cauſa famoſa, ut cum eſſet affectus pœna legitima vel etiam extraordinaria & clementiore quam eſſet legitima? minime: quia edictum Caracallæ, quod eſt poſterius, non loquitur de relegato ad tempus, ſed de eo, qui ordine motus ad tempus pœnæ cauſa. Reſcripſerat quidem Adrianus, relegatum ad tempus, poſt tempus non eſſe infamium numero, eumque poſtulare poſſe, in *l. 8. de poſtul.* Sed non obtinuit reſcriptum illud, nec Antonini. Et neceſſe fuit poſtea proponi ab Antonino Caracalla edictum generale, quod non comprehendit relegatum, ſed ait *poſthac*, quaſi velit, hanc rem dirimi ex edicto ſuo, non ex prioribus reſcriptis. Ergo hodie in relegato ad tempus jus ſequemur, ut proponitur in *l. 3. de decur.* in qua etiam hoc edictum Antonini refertur & ait, ſub illo edicto non contineri relegatum ad tempus. Igitur poſt tempus manebit infamis, ſcilicet ſi relegatio ad tempus fuit pœna legitima, vel etiam ſi fuit extraordinaria ſed mitior, quam eſſet legitima.

Ad L. ult. De his, qui not. inf.

Exheredatum quoque filium, luctum habere patris memoriæ placuit: Idemque & in matre juris eſt, cujus hereditas ad filium non pertinet, §. 1. Si quis in bello ceciderit, etſi corpus ejus non compareat, lugebitur.

CErtum eſt, heredem etiam extraneum lugere defunctum debere, a quo hereditas ad eum pervenit: nam & familia ejus funeſta eſt, quoad juſta fecerit defuncto, *l. ſi ex re, §. ult. de ſtip. ſerv.* Quod quidem deſcendit ex jure Pontificio veterum. Hoc autem argumento eo loco oſtendit Gajus, ſervum hereditarium recte ſtipulari heredi futuro: nam jacente hereditate & nondum adita, videbatur inutiliter ſtipulari, quia heres eo tempore extraneus eſt: ſed tamen placet valere ſtipulationem, quia qui poſtea heres eſt, retro videtur ſucceſſiſſe defuncto a morte ejus, *l. heres quandoque 54. de adquir. hered.* tempus aditionis cum tempore mortis conjungitur & aditio retrotrahitur ad tempus mortis. Idque, inquit ex eo apparet, quod familia heredis intelligitur fuiſſe funeſta a tempore mortis, licet aliquo poſt tempore heres adiverit hereditatem: ſi funeſta ſit familia heredis, purganda igitur erit & expianda, quod non fit ſine luctu. Nec tamen heres, qui juſta facit defuncto, & ideo continuo videtur ſe pro herede geſſiſſe. Geſtio pro herede magis eſt animi quam facti. Si juſta fecerit defuncto, ſi funus duxerit, ſi ſepeliverit defunctum animo heredis, videtur ſe pro herede geſſiſſe: ſi pietatis cauſa, ſecus eſt: nam ut pro herede geſſiſſe dicatur, hoc in animo eſſe debet, ut velit eſſe heres, *l. pro herede, §. 1. de adq. hered.* & ita alienorum negotiorum geſtio, magis eſt animi quam facti. Si quid geſſiſti pro alio, animo procuratoris, eſt ultro citroque negot. geſtorum actio: Si pietatis cauſa, nulla actio eſt, *l. ex duobus 27. §. ult. l. Neſennius 34. de neg. geſt.* At ſi heres velit eſſe heres & adeat hereditatem, vel quo alio modo eam adquirat: ſunt enim plures modi adquirendæ hereditatis, ſane habebitur inter ingratos, impios, infames, niſi funus faciat defuncto, niſi juſta funerum defuncto perſolvat, ſupremum officium, exequias, inferias, ſolemnia mortis, ut loquitur *l. Mævia 44. de man. teſt.* niſi colat & celebret memoriam defuncti, a quo hereditatem accepit. Hic eſt luctus, quem ab herede deſideramus, ut colat memoriam defuncti: hic eſt luctus temporarius, aut paucorum dierum, non annuus; alioqui eſt infamis, niſi in luctu ſit paucorum dierum, ſi non jure, reipſa ſaltem & opinione hominum, *l. 5. C. de relig.* Si non infamis, notatus ſaltem eſt: nam & infames a notatis ſeparantur, *l. 2. C. de dignit. lib. 12.* ut exheredatio eſt nota, non infamia, *l. multi, de lib. & poſt.* Ac præterea heres, qui non luget defunctum, quique defuncto juſta

non

non facit, jure Pontificio veteri contrahit porcam præcidaneam, ut ſcribunt Cicero, Varro, Feſtus, Gellius, & Victorinus, hoc eſt, hac pœna plectitur, ut quotannis Telluri & Cereri immolet porcam ante fruges novas, quæ dicitur præcidanea, quod mactetur antequam heres poſſit capere fruges novas, & arva metere: annua religione obſtringitur in perpetuum, qui ea fungi ſemel potuit, nec functus eſt. Porca præcidanea facit quotannis, quod ſemel facere potuit Porca præſentanea, hoc eſt, in præſentia, & quaſi in conſpectu mortui. Nam porcam præcidaneam opponi præſentaneæ eleganter ſcribit Marius Victorinus *in libel. de orthograph.* Denique memoriam defuncti heres celebrat quotannis, qui cogeretur ſemel, niſi aliud teſtator caviſſet, ut in *l.* 18. *§. ult. de alim. leg. l. legatum, de uſuf. leg.* & elegans eſt in hanc rem ratio *d. l. legatum*, quæ ponit, legatam fuiſſe civitati pecuniam certam, ut ex ejus uſuris ſive reditu, quotannis ſpectacula celebrarentur, memoriæ defuncti cauſa. Id vero ſpectaculum in ea civitate nemini edere licebat: erat illicitum more civitatis. Quid fiet? an ea pecunia cedet lucro heredis? Minime, ſed adhibito advocatoque herede, & primoribus civitatis diſpiciendum erit, in quam aliam rem pecuniam converti oporteat, ut memoria defuncti celebretur alio & licito genere: qua lege recte memini alias Philippum Melanchthonem uti, & eam accommodare ad mores ſuæ patriæ, cum illa certum genus celebrandæ memoriæ defunctorum abrogaſſet, ut eo uti non liceret, licet id præcepiſſet defunctus, qui propterea ex hac l. arbitratur eam pecuniam non debere cedere lucro heredum, ſed in aliam juſtam cauſam convertendam, veluti in inſtitutionem juvenum, aut aliam quamvis ſimilem, ut alio genere conſervetur memoria defuncti. Ut autem luctus mortui Latine variis nominibus effertur, *funus*, *juſta*, *ſupremum officium*, *vel ſupremæ exequiæ*, *inferiæ*, *ſolemnia mortis*, ſic, & varie Græci ἔθημα, νομιζόμενα, ἐναγίσματα, μνῆμαι & μνημόσυνα, & ut dicunt νομιζόμενα φέρειν, ita Latini *juſta ferre*, non ſolum *juſta facere*, ut in *l.* 2. *de in jus voc. d. l. pro herede. Virgil.*

---ingrato ſuprema ferebat.

Et alio loco,

Abſente ferat inferias decoretque ſepulcro.

Ovidius, *---exequias ferte*, &c. & alio loco:

Hinc quia juſta ferant, dixere feralia luctum.

Et Statius 12.

---Et miſerabile ſurgit,
Certamen, qui juſta ferant, qui funera ducant.

Et idem lib. 6. (qui locus adhuc eſt corruptus.)

---Quid inania fertis
Juſta

Vulgo legitur, *buſta*.

Luctus ergo, ut ad rem redeamus, quem ab herede deſideramus, conſiſtit in exequiis, in funere faciendo, juſtis faciendis, celebranda memoria defuncti, etiam in amictu atro, dum is ſupra terram eſt: ſolebat eſſe ſupra terram dies novem: tot diebus conſtabant juſta & inferiæ mortuorum, quæ dicebantur μνῆμαι, id eſt, feriæ mortuorum, aut memoriæ: Idque conſtat ex Nov. 115. & 133. Atque ob eam rem intra dies novem nihil peti poterat ab herede, nec a quoquam qui lugeret defunctum, *l. 2. & 3. de in jus voc. l. 36. de jud.* Ita Donatus in Phormione, *In funere nonum diem eſſe ſolemnem*, & D. Auguſtinus in Geneſ. *Luctum celebrari novem dies*, & Latine appellari *novendialia*, quem tamen morem non vult obſervari a Chriſtianis. Probat quædam Juſtinianus, quæ Theologi non probant, veluti feſtum Papiniani noſtri, & illa novendialia, dict. *Nov. 115. & Nov. 133.* quæ Græci veteres recte interpretantur ἔννατα ἐπὶ νεκρῷ ἀγόμενα Pergamus. Lugeri debet defunctus non tantum ab heredibus, ſed & a liberis, *l. 11. in princ. & l. parentes 23. h. tit.* & a liberis defunctus per annum. Tit. Livius lib. 2. *Brutum*, inquit, *matronæ annum, ut parentem luxerunt, quod tam acer ultor violatæ pudicitiæ fuiſſet.* Et parentes igitur ſunt lugendi annum, ſed non neceſſario annum

A integrum, ut inferius demonſtrabitur, & lugendi ſunt a liberis, etiamſi ſint exheredati a patre, vel præteriti a matre, qui pro exheredatis habentur, *§. ult. Inſtit. de exher. lib.* Pater non exheredat, niſi nominatim: mater etiam ſilentio exheredat, puta extraneo herede ſcripto & filio omiſſo. Et hoc eſt, quod ait Papin. in priori parte hujus legis. Cur liberi, qui parentibus heredes non extiterunt lugent illos? quia per exheredationem, vel præteritionem non deſinunt eſſe liberi, licet amittant jura liberorum, *l. 9. §. ſi filium, de lib. & poſt. l. filium, §. videamus, de bon. poſſ. contr. tab. l. 1. §. poſt ſuos, de ſuis, & legit.* Retinent tamen quædam filii exheredati, velut jus ſepulcri hereditarii, quamvis jus heredum & filiorum amiſerint, *l. 6. §. 1. de relig. & ſumpt.* retinent dotem ſibi datam a parentibus, vel liberis ſuis, vel datam pa-
B renti eorum cauſa & nomine, *l. dotem, de coll. bon. l. 1. §. Celſus, l. 13. de dote præleg. l. un. §. videamus, C. de rei ux. act.* retinent adſignationem libertorum, ſi quos eis vivus pater adſignaverit, quamvis eos poſtea exheredaverit: nam exheredatione ſola non deſinunt eſſe liberi, quo ſolo nomine admittuntur ad jus patronatus, *l. 1. §. ſed etſi, de adſig. lib.* retinent lucra nuptialia, *Nov. 22. l. hac edictali, l. 1. §. ult. C. de ſec. nupt.* retinent caſum militiæ, quod eſt lucrum quoddam *Nov. 35. & 53. cap. 5.* Exheredatio igitur non omnia prorſus adimit, & licet adimeret omnia, tamen quia liberi ſunt, parenti luctum debent, quem ſi non præſtent, non carent nota vel infamia. Non eſt hic luctus annuus, ſed novem dierum, & tranſactu facillimus, qui conſiſtit in eis, quæ ante dicta ſunt. Addendum eſt iis ex *l. 23. h. t.* lugeri etiam a paren-
C tibus liberos debere. Parentes igitur, & liberi lugentur, imo generaliter cognati lugentur omnes & agnati. Sed animadvertendum, quem modum iis præſcribit *d. l. parentes. Lugendi*, inquit, *ſunt agnati & cognati ſecundum pietatis rationem.* Pietas exigit luctum ab omni cognatione & agnatione. Et adjicit: *& animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit.* Ex quibus verbis exiſtimant vulgo hunc luctum eſſe voluntatis, non neceſſitatis, quod non eſt admittendum. Nam lex ait, *lugendi ſunt*: neque vero ulla eſt lex, niſi conjuncta ſit neceſſitati. At quod ait, *ſecundum animi ſui patientiam prout quiſque voluerit*: hoc ſignificat, prout quiſque hunc dolorem ferre poterit, pro captu & voluntate cujuſque: ita tamen ut lugeat aliquo modo: & Græci recte interpretantur, κατὰ τὴν καρτερίαν τῆς ψυχῆς, ſecundum quod quiſque
D animo ferre valet, ſecundum animi conſtantiam qui mos etiam fuit majorum noſtrorum honeſtiſſimus. Alias ſane, qui non lugent parentes, liberos, agnatos, cognatos, non carent nota vel infamia, hoc eſt, qui dum mortui ſunt ſupra terram, ut veteres loquebantur, juſta eis non perſolvunt, qui non funus ſequuntur amicti atra veſte: nam & hic mos fuit Paganorum, ſicut & Chriſtianorum nunc eſt, ut omnis adgnatio & cognatio atrata funus ſequeretur. Ergo non carent nota vel infamia qui non lugent parentes, liberos, adgnatos vel cognatos, quique lachrymulam debitam non ſpargunt: nam & lugeo fortaſſe trahitur a λύζω, quod eſt ſingultio: nam de lugente Cupidine Ovid.

Oraque ſingultu concutiente ſonant.

Et Ariſt. λύζει καὶ δακρύει. Ex his intelligitur qualis luctus
E exigatur a cognatione & agnatione, maxime ut ſequantur funus amicti atra veſte. Nemo eſt, qui id melius expreſſerit quam Varro apud Non. *Propinquæ*, inquit, *adoleſcentulæ, amictæ etiam anthracinis veſtibus, proximæ amiculo nigello & capillo demiſſo funus ſequuntur.* Et alio loco: *ut dum ſupra terram eſſet riciniis lugerent.* Ricinia ſunt veſtes funebres atræ: & alio loco: *in luctibus veſtitum delicatiorem ponunt, ricinia ſumunt*, quæ veſtis erat pulla, & anthracina, habitus lugentium: & ita dicimus lugendos eſſe parentes, liberos, cognatos, & agnatos, alioquin notari eos: non eos dicimus eſſe elugendos. Et ideo ſubjicit idem Ulp. in d. l. *parentes*, eum qui non eluxit non notari infamia. Denique vult eum, qui non luxit, notari, non eum, qui non eluxit:

&hoc

& hoc est etiam, quod sit in hac quoque lege, *Exheredatum filium habere luctum patris memoriæ*, id est, dum celebratur memoria patris, dum justa persolvuntur patri ab agnatione & cognatione omni. Differentia est inter *lugere*, & *elugere*. Plus elugere est, quam lugere, ut plus est evincere, quam vincere: nam evincere est rem auferre post victoriam, *l. evicta* 16. §. 1. *l. non tamen, de evict. l.6. de servis export.* Plus est exigere quam agere: nam exigere est extorquere, & exprimere pecuniam, postquam egisti. Elugere est consummare luctum annuum. Agrœtius vetus Grammaticus, *Eluxit, qui luctum deposuit*: & Livius 34. *Quid aliud in luctu, quam purpuram ponunt atque aurum deponunt? quid cum eluxerunt sumunt?* Et ita diximus, non esse elugendos parentes, liberos, agnatos, cognatos anno integro, ut uxor virum solet, sed lugendos tantum, & persequendum esse ab eis funus defuncti, eo quo diximus habitu, eaque religione. Et ita in *l. 1. h. tit.* semper existimavi loco illo quo dicitur, infamem esse eum, qui filiamfam. mortuo genero intra id tempus, quo virum *elugere* moris est, antequam eum elugeret, in matrimonium collocaverit: nam ante annum non recte nubit alteri mulier: & si nupserit, plectitur; legendum, *lugere*, pro *elugere*, ut postea subjiciatur, *antequam virum elugeret*, id est, ante peractum annum luctus: & secundum hoc explicanda est *l.* 15. *C. ex quib. caus. inf. irrog.* quæ vulgo perperam accipitur, & posset multis imponere, ut mulieri lugenti virum remittatur vestis atra, tristior habitus, & insignia doloris, quod nunquam fuit observatum generaliter: neque ea est sententia legis, ut Senatusconsulto sit remissus mulieribus tristior habitus. Et Paulus recte ult. tit. 1. sent. *Is qui luget, abstinere debet a conviviis, ornamentis, & alba veste*: & hæc est sententia illius legis: si quando Senatusconsulto ex aliqua causa remittatur & minuatur luctus, ut accidit post Cannensem cladem, in qua ceciderunt tot cives Romani, ut omnes mulieres cernerentur atratæ: quæ cum tamdiu non possent agere sacra Cereris, ut ea possent agere, ex Senatusconsulto factum est, ne luctus mulieris extenderetur ultra 30. diem: ut Val. Max. & Livius scribunt: Item cum ob lætitiam publicam minuitur luctus mulierum, ut non lugeant ultra mensem, hoc declarat tantum lex, ut deponant atram vestem, & sumant ornamenta, non etiam, ut nubant intra annum, quo his elugere maritum moris est: nec enim ideo remittitur luctus mulieribus, ut matrimonium contrahere eis permittatur. Quid enim si eas prægnantes defuncti reliquerunt, novæ nuptiæ turbarent sanguinem, redderent partionem incertam, & incertum parentem: ergo non est generale Senatusconsultum illud, sed si quando cavetur SC. ne lugeant ultra 30. dies, deponent tantum habitum tristitiæ, non etiam nubent.

Ad §. Ultim.

QUod sequitur in hac l. nostra, non est tam planum quam videtur. Si *quis in bello ceciderit, etsi corpus ejus non compareat, lugebitur?* Sic sane: nec deerat causa dubitandi: nam is, cujus corpus non comparet, non lugetur, non funus ducitur, non ei ferunt justa. Et ita invenio Pub. Mucium Scæv. decrevisse apud Cic. 2. de LL. *Cum quis in navi mortuus esset, & in mare projectus, quod scilicet os ejus supra terram non esset, quod non compareret, ut familia heredis esset pura*, non esset funesta, nec teneretur ulla religione ob justa funerum, quoniam luctus habetur tantum ei, cujus corpus comparet, id est, cujus os supra terram est: ejus vero cujus corpus non comparet, familia pura est, *& extra porcam heres est*, ut ait M. Tull. id est, non lugendus est ab herede, cujus corpus projectum esset in mare, non est ei funus ducendum, non ei justa facienda, neque punitur heres, porca præcidanea, quod justa non fecerit defuncto, cum non deberet facere. Sed aliud statuendum in eo, qui

A in bello ceciderit, cum dimicaret pro repub. Ejus os, etsi supra terram non sit, aut non compareat, recte Papin. ait, lugeri debere singulari jure, hoc est, funus ei esse ducendum, quasi corpus præsens esset: Hic luctus est novem dierum, non annuus. Ita etiam ut idem libro eodem refert, cum in 12. tabulis esset scriptum: *Mortuo homini ossa ne legito, quo post funus facias, extra quam si militiæ, aut peregre mortuus sit*: recte excipit bellicam mortem: sententia legis 12. tab. hæc est: Hominis mortui & cremati, ut solebant, ossa non esse legenda, ut asserventur: ac postea denuo ei funus ducatur, sed sepeliendum esse statim atque corpus crematum est, nec legenda ossa, ut iteretur funus, & augeatur luctus. Voluit lex minuere luctum: sed excipit eadem lex bellicam mortem, ut scilicet si quis bello ceciderit, & forte a
B commilitonibus ustus sit, possint ossa ab herede, vel a filio legi, aut agnato, ut filius ipse justa faciat ipsi, qui non fecit ante. Hæc erant adnotanda ad hunc §.

Ad L. ult. de Quib. reb. ad eund. jud. eatur.

Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem judicem mittuntur. Et hoc rescriptis principum continetur.

HÆc lex brevis est & facilis videtur; nec est tamen. Quum ex pluribus tutoribus unus convenitur in solidum, quod ceteri dicantur solvendo non esse, contra is, qui convenitur dicit, ceteros esse solvendo, & actiones dividi oportere: atque ita postulat collegas
C suos vocari in judicium, & excuti facultates ipsorum, ut prout quisque facere potuerit, pupillo condemnetur & ita ei solvat, utque ipse non exsolvat solidum. Hanc postulationem sane Papinianus laudat & probat: & ait omnes esse mittendos ad eundem judicem, non alium judicem dandum esse excutiendis ceteris: uni rei unum esse addicendum, & unum sufficere. Plures tutores unius personæ vice fungi, sicut & plures magistratus municipales unius personæ vicem sustinent, *l.*25. *ad municip.* Et hoc ait Papinian. contineri rescriptis principum Severi & Antonini: & congruit etiam cum eo omnino *l.* 5. *C. Arbitr. tutel.* quæ statuit, ut omnes tutores ad eumdem judicem mittantur. Quia vero Papin. ait, unum conveniri in solidum, si ceteri contutores solvendo non sint, explicandum est pro qua parte quisque tutor
D conveniendus sit. Et quod de tutoribus hic dicetur, idem de curatoribus existimemus, & in quibusdam etiam idem de magistratibus municipalibus, de iis, qui honorem publicum gesserunt simul, vel quodcunque aliud munus publicum præter tutelam, & curationem gesserunt: quæ omnia videtur hoc libro pertractasse Papinianus. Nam pro qua parte magistratus quis municipalis conveniatur, quoque ordine, eodem libro explicat Papin. *l.* 11. *&* 13. *ad municip.* quas nos huic conjungemus. Porro res hæc est implicita multis distinctionib. & proprie sunt duo loci in jure, quibus tractatur plenius, *l.* 1. §. *nunc tractemus, de tut. & rat. distrah. & tit. C. de divi. tut. & pro qua parte quisque tutor conven.* quæstio est dignissima cognitu. Ac primum quidem ita distinguimus. Aut divisa est tutela inter tutores,
E aut indivisa. Rursus, si est indivisa, aut omnes communiter tutelam gesserunt, aut nullus, aut quidam. Si omnes communiter tutelam gesserunt, singuli proculdubio tenentur in solidum: & pupillus vel adolescens potest eligere unum ex tutoribus, cum quo experiatur in solidum, sed si omnes tutores solvendo fuerint tempore litis contestatæ (ut Julianus antecessor Constantinopolitanus scribit in collectione quadam, quam fecit de hac quæstione) & congrediatur pupillus cum uno tantum, opposita exceptione vel postulante eo, qui solus convenitur, dividetur actio tutelæ inter omnes pro portionibus virilibus, hoc est, pro rata ejus, quod quisque gessit, quodque facere potest, *d. l.* 1. §. *nunc tractemus*, Non dico, *pro portionibus æqualibus*: possent viriles partes

tes eſſe inæquales, §. *ult. de inoffic. teſtament.* Sed dico pro portionibus virilibus, id eſt, pro ut quiſque tutelam geſſerit, & ſolvendo fuerit; pro rata igitur, ſeu ut Græci dicunt ἀναλόγως. Portio igitur virilis, eſt portio rata, non æqualis. Dividitur autem actio inter tutores exemplo fidejuſſorum, ut ait *d.§.nunc tractemus*, & mandatorum: quia ex epiſtola D.Adriani, ſi omnes ſolvendo fuerint litis conteſtatæ tempore, divident inter ſe actionem pro portionibus virilibus: notum eſt cuivis beneficium diviſionis, ſive epiſtola Divi Adriani, quæ datur etiam hodie iis, qui conſtituunt ſe ſoluturos pro alio, non tantum fidejuſſoribus, *l.ult. C.de conſtit. pec.* Atque etiam datur duobus reis debendi principalibus, *Novell. 99.* Datur quoque hoc beneficium diviſionis omnibus omnimodo acceſſionibus: æquitatem enim diviſionis diverſa ſpecie actionis excludere nullo modo debet, ut ait *d.l.ult. de conſt. pec.* & idem confirmat Papin. noſter in *l.7.de fidejuſſ.& nominat.* Quod ſi pupillus non eligat unum, cum quo experiatur in ſolidum, ſed agat cum omnibus, qui tutelam adminiſtrarunt: ſi condemnet omnes, periculum ſententiæ inter eos dividitur, hoc eſt, executio judicati fit in eorum bona pro portionibus virilibus, *l.2. C.ſi plures un. ſentent.* Et hæc quidem, ſi omnes ſolvendo fuerint litis conteſtatæ tempore. Quod ſi quidam ſolvendo non fuerint, onerantur ceteri omnes tutores, qui ſolvendo ſunt, idonei & locupletes. Et ita recte in hac lege ponitur, unum conveniri in ſolidum, & ſuſtinere onus omnium tutorum, quod ceteri ſolvendo non eſſent & ſolvendo impares. Quo tamen caſu neceſſe habet pupillus, & qui ſolus convenitur, pro ſe, & collegis ſuis, cedere actiones ſuas pro parte ceterorum adverſus ceteros, & eum facere procuratorem in rem ſuam, ut ait Papinianus in *l.42. de adminiſtrat.tutor.* quod congruit cum *l.6. C.arbit. tutel. l.2. C.de divid. tutel.* vel etiam, ſi pupillus ei, cum quo agit in ſolidum non cedat actiones directas adverſus ceteros, qui forſitan fuerunt poſtea ſolvendo, dabuntur ei utiles ex conſtitutionibus, *d. §. nunc tract.* Sed hoc ita procedit, ſi unus ex tutoribus propter inopiam ceterorum conveniatur, & condemnetur, & ſolvat ſolidum ex communi negligentia, & culpa omnium: quod ſcilicet neglexerint negotia pupilli, vel quod aliquid deperierit pupillo: vel etiam conveniatur ex culpa, & negligentia propria eorum, qui ſolvendo non ſunt: hoc caſu, vel ceduntur ei actiones directæ, vel dantur utiles ſine ceſſione ex conſtitutionibus, *d.§.nunc tractemus*. Sed ſi conveniatur ex dolo communi, quod omnes fraudem fecerint pupillo, neque ceduntur ei actiones directæ, neque dantur utiles, etſi ſolidum ſolverit, *l.1. §.plane, de tut.& rat.* quia proprii delicti pœnam ſubiit, non omnium: quæ res indignum eum facit, ut aliquid conſequatur a conſociis, ſive participibus doli: nulla enim eſt ſocietas maleficiorum, vel communicatio juſta damni ex maleficio eſt; dolus eſt maleficium. Is, qui prior ex dolo illo convenitur, proprii delicti pœnam ſubit, nec quicquam poteſt eo nomine a collegis deſiderare, quod ſolidum ſolverit: & ita dicitur in *l.38.ſi plures, de adminiſtrat.tut.* dum propria cujuſque tutoris contumacia punitur, contumacia eſt nolle gerere tutelam, qui condemnatus eſt ex ea cauſa, qua fronte, inquit, deſiderabit cedi ſibi actiones adverſus ceteros? non poteſt ſane, niſi perfricta. Contumacia, eſt dolus, ignavia, deſidia: negligentia eſt culpa levis. Magna negligentia eſt lata culpa, & fere idem quod dolus. Ad hæc ſciendum eſt, idoneos tutores non ſtatim conveniri in ſolidum propter non idoneos: Nam ſervandus eſt hac in re ordo aliquis, antequam veniatur ad contutores ceteros, prius excutiendi ſunt ii, qui dicuntur non idonei vel heredes eorum; deinde fidejuſſores eorum, ac poſt magiſtratus municipales, qui eos tutores dederunt juſſu præſidis, (nam lex dedit magiſtratibus municipalibus jus dandi tutores) cautione non exacta, quo nomine tenentur pupillo actione in factum, quæ proponitur *tit. de magiſtrat.conven.* Et his non ſatisfacientibus pupillo, tum demum itur ad contutores idoneos, qui inter ſe dividunt omnes actiones, prout quiſque ſolvendo erit, & feret onus ceterorum. Unus tantum excipitur caſus, quo tutor, qui idoneus eſt, ſtatim convenitur in ſolidum, ſi alter non ſit idoneus, non ſervato illo ordine, non excuſſo magiſtratu municipali, ſcilicet, ſi ob hoc conveniatur, quod per dolum aut culpam contutorem ſuſpectum non fecerit, vel quod tardius fecerit, illo fortaſſe jam lapſo facultatibus, vel quod ſuſpectum fecerit luſorie, vel dicis cauſa; vel, quod a contutore ſive collega cautionem non exegerit, cum ſciret magiſtratum municipalem non exegiſſe cautionem. His enim caſibus convenitur ſtatim in ſolidum inexcuſſo atque dimiſſo magiſtratu municipali. Et hoc proponitur in *d. l. 1. §. uſque adeo*. Sed animadvertendum maxime, qua ratione legendus ſit ille §. nam mutatur ſcriptura illius §. duob. locis, ſed non eſt difficile, quid de ea re ſtatuendum ſit, definire. Uno loco ita legitur Florentiæ (quam ſcripturam etiam Julianus Anteceſſor ſequitur) *uſque adeo ad contutores non venitur, ſi ſint ſolvendo contutores, ut prius veniatur ad magiſtratus, qui eos dederunt, vel ad fidejuſſores*. Quæ ſcriptura non poteſt ſtare, & vulgo rectius addita negativa, *uſque adeo ad contutores non venitur, ſi non ſint ſolvendo, &c.* Ita legitur in Baſil. Sententia illius §. hæc eſt: Inopia contutoris divitem contutorem non onerat ſtatim, antequam excuſſi ſint fidejuſſores contutorum, & magiſtratus, qui eum dedit cautione non exacta. Deinde ita argumentatur adverſus hanc ſententiam: *Sunt multa reſcripta, quibus cavetur, ut quamdiu vel unus contutorum eſt idoneus, non eatur ad magiſtratum municipalem*. Prius ergo volunt reſcripta vel unum tutorem idoneum conveniri, quam magiſtratum municipalem: Sed belle ita reſpondet hæc ita obtinere: *Si contutor ob hoc conveniatur, quod contutorem ſuſpectum facere, vel ab eo cautionem exigere noluerit*. Floren. perperam: *Si non contutor*, delenda eſt negatio, ut Hugolinus voluit, ut ſi ob hoc tutor conveniatur, quod non removerit contutorem, vel ab eo ſatis non exegerit, hoc caſu poſſit prius conveniri, quam magiſtratus municipalis, qui alium contutorem dedit, & non idoneum. Et hoc quidem locum habet, ſi omnes contutores geſſerunt tutelam. Quid ſi nullus geſſerit? Idem dicendum, quod cum omnes geſſerunt; quod confirmat *l.38.de adminiſt. tut.* At quid dicemus, ſi quidam geſſerunt, quidam non, ut fit, cum plures ſunt tutores, quod facilius geruntur negotia per unum, vel per paucos: nam & pupilli intereſt ne in plures diſtringatur; ceteri tutores ſunt honorarii, inſpectores, Gallice dicimus *Controlleurs*. Et hoc etiam caſu, cum plures ſcilicet tutores ſunt, prætor decernit, qui gerant, vel non gerant, vel etiam tutores inter ſe de ea re conveniunt, & exigunt cautionem rem pupilli ſalvam fore ab iis, qui gerunt. Quod docet Juſtinian. in §.1. *Inſt. de ſatiſd. tutor.* Finge igitur quoſdam non geſſiſſe tutelam, quoſdam geſſiſſe: ſane hoc caſu actione tutelæ prius conveniuntur hi, qui geſſerunt, eorumque heredes, *l.2.C.de her.tutor. l.3.C.de divid. tutel.& l.6. C.arbitr. tutel.* Quod ſi forte hi, qui geſſerunt tutelam, non ſunt ſolvendo, tunc conveniuntur utili actione tutelæ ceteri tutores, qui non geſſerunt tutelam, quia ſuo periculo ceſſaverunt; debent enim confeſtim ſuo officio fungi. Et ideo in *l.55.de adminiſtratione tut.* is, qui non geſſit, & permiſit adminiſtrationem alii accepta cautione, convenitur, quia, ut proponitur initio, is, qui geſſit, non eſt ſolvendo, ſed prius excutiendus eſt is, qui geſſit, qui ſi ſolvendo fuerit, liberatus eſt, qui non geſſit. Et ſatis eſt, eum ſolvendo fuiſſe, qui geſſit, tempore finitæ adminiſtrationis, vel fidejuſſorem ejus, vel magiſtratum municipalem, qui eum dedit ut liberetur is, qui non geſſit: nam ſi poſt finitam adminiſtrationem is, qui geſſit, factus ſit non ſolvendo, hæc res damno cedit pupilli, non contutorum, *l.1.C.de divid. tutel.* Verum hic ordo, quem ſervari diximus inter eum, qui geſſit, & eum, qui non geſſit, non ſervatur, ſi quid periit pupillo ex dolo communi, vel lata culpa, quæ proxima ſemper dolo eſt: eo enim nomi-

nomine eliget pupillus, quem volet, vel eum, qui gessit, vel eum, qui non gessit: secus erit, si quid perierit culpa levi, aut levissima: tunc enim prius excutiendus, qui gessit, ut vult Julianus Antecessor, libenter sequimur quem propter antiquitatem: sic enim ait: Dico non administrasse tutelam eum, qui rem, qua de agitur, non administravit: nam quantum ad eam, non miscuit se administratione. Possunt in una re non administrare, & administrare in ceteris. Et hæc omnia pertinent ad tutelam indivisam. Quod sequitur de tutela divisa, est facillimum, sed distinguendum hoc modo: Aut divisa est tutela a testatore, aut a Prætore, vel judice, aut a tutoribus ipsis inter se, uno scilicet suscipiente res urbanas gerendas, altero provinciales; uno urbica negotia, altero peregrina administrante. Si a testatore, vel a Prætore, seu judice divisa sit tutela, unusquisque tenetur prout gessit, hoc est, pro parte suæ administrationis tantum; exceptis casibus sequentibus, quibus singuli tutores conveniuntur in solidum, scilicet, si contutorem suspectum non fecerint: nam etsi pars tutelæ tantum ei commissa sit, officio tamen ejus incumbit, ut observet semper quid agat alter pro altera parte, & non potest non suspectum eum facere impune: tenetur igitur in solidum, si non suspectum eum fecerit, cum male versaretur in rebus pupilli, vel si tardius fecerit, jam eversis facultatibus contutoris: vel si per collusionem eum suspectum fecerit, tenetur in solidum, *l. 2. de divid. tut. & l. si duo, de administr. & peric. tut.* perinde atque si ipse administrasset. Quod si tutores ipsi inter se diviserunt tutelam, perinde erit, ac si non divisissent. Sequemur igitur, quod constitutum est ante de indivisa tutela. Divisio tutorum non mutat jus publicum, non dividit periculum tutorum, quod dicitur individuum, vel commune, vel mutuum. Denique hæc divisio privata non abscindit officium tutelæ, quod est individuum. Hæc omnia & hæ distinctiones servandæ in pluribus curatoribus: Videamus, an etiam hæc serventur in pluribus magistratibus, quibus resp. gerenda commissa est. Et hæc est quæstio, quam hoc eodem libro tractat. Papin. noster in *l. Imperator, & seqq. ad municip.* quarum legum explicationem immutato Digestorum ordine, cogimur huic recitationi subjicere, quo scilicet res omnis ordine a nobis explicetur.

Ad L. Imperator XI. & L. XIII. ad municipalem.

Imperator Titus Antoninus Lentulo Vero rescripsit, magistratum officium individuum, ac periculum esse commune. Quod sic intelligi oportet, ut ita demum collega periculum adscribatur, si neque ab ipso, qui gessit, neque ab iis, qui pro eo intervenerunt, res servari possit, & solvendo non fuit honore deposito: alioquin, si persona vel cautio sit idonea, vel solvendo fuit, quo tempore conveniri potuit, unusquisque in id, quod administravit, tenebitur. Quod si forte is, qui periculo suo nominavit magistratum, solvendo sit, utrum in eum prius actio reddi, quam in fidejussorem debeat? an vero non alias quam si res a collega servari non potuerit? Sed placuit fidejussoris exemplo priorem conveniendum, qui nominavit; quoniam collega quidem, negligentiæ, ac pœnæ causa, qui vero nominavit fidei ratione convenitur.

Lex XIII. Ibid.

Quid ergo, si alter ex magistratibus toto anno abfuerit, aut forte præsens per contumaciam, sive ignaviam, vel ægram valetudinem reipublicæ negotia non gesserit, & omnia collega solus administraverit: nec tamen tota res ab eo servari possit? Talis ordo dabitur: ut in primis, qui reipublicæ negotia gessit, & qui pro eo caverunt, in solidum conveniantur: mox peractis omnibus periculum agnoscat, qui non idoneum nominavit: postremo alter ex magistratibus, qui reipublicæ negotiis se non immiscuit: nec juste, qui nominavit universi periculum recusavit, cum scire deberet eum, qui nominaretur individuum officium, & A *commune periculum susceptum: nam & cum duo gesserunt, & ab altero servari, quod debetur, non potest, qui collegam nominavit, in universo convenitur.*

QUod de pluribus tutoribus diximus, quodque de his tractavimus, pro qua scilicet parte quisque eorum, quove ordine conveniatur: idem de magistratibus municipalibus, sive duumviris tractabimus in interpretatione *l. Imperator, & l. quid ergo 13. ad munic.* quæ omnes leges sunt ejusdem Papiniani ex eodem libro, & tractant de magistratibus municipalibus sive duumviris, qui erat annuus magistratus, ut indicat idem Papin. in *d. l. quid ergo*, his verbis. *Quid ergo si alter ex magistratibus toto anno abfuerit: toto anno* magistratus scilicet: & hoc confirmatur *l. 18. C. de decu-* B *rion.* Verum honori eorum magistratuum complura onera erant permixta, & illud in primis, ne ante accederent ad administrationem reip. quam satisdedissent, remp. salvam fore, datis fidejussoribus: satisdatio onus est: neque enim faciles inventu sunt fidejussores. Magistratus municipalis est administrator reip. cum dignitatis gradu, sive cum sumptu, sive sine erogatione contingens, *l. 14. de muner.* non igitur honos tantum, sed & honus, quia administratio non est adeunda sine satisdatione. Qua de causa plerique inviti suscipiunt magistratus municipales, vel refugiunt, & qui refugiunt, hi jam non anno, sed biennio eo ordine fungi coguntur, *d. l. 18.* Et hoc valde congruit cum refugis pœnarum: nam sicuti damnatis ad metallum, si intra id tempus pœnæ fugerint, id tempus duplicatur *l. 4. & l. 8. §. quisquis, de* C *pœn.* Ita refugis honorum municipalium, id est, qui latitant, ac effugiunt, aut etiam subterfugiunt honorem municipalem, duplicatur tempus gerendi magistratus municipalis, & hoc tempus biennale est, non annale. De illis Papinianus loquitur initio l. 11. & ex rescripto D. Pii hoc primum ponit, magistratuum municipalium officium esse individuum, & commune periculum administrationis: quod de pluribus tutoribus dici solet, *l. 55. de administrat. tut.* Et secundum hoc ut plures tutores unius personæ vice funguntur, id est, pupilli, cum unam tutelam gerant, vel etiam plurium pupillorum, qui pro uno habentur. Sic magistratus municipales, ut est in *l. 25. h. tit.* unius personæ vice funguntur, hoc est, civitatis vel municipii vice funguntur, ut Marc. Tull. ait: *Ambo ii magistratus unius personam su-* D *stinent*: ea de causa, quod gerit unus, quodve administrat, eo alligatur alter, ac si ipse administrasset: neque enim duæ personæ intelliguntur duumviri, sed una: sicut & Respublica, quam administrant, una est. Sed videamus, quo quisque ordine hic magistratus municipalis conveniatur post finitam administrationem & honorem illum depositum: quæ est quæstio harum ll. Finge igitur, unum ex magistratibus non gessisse rem, de qua agitur, alterum vero gessisse: puta unum non attigisse eam pecuniam Reipub. quam alter fœnori occupavit, & debitorem illum non esse solvendo: qua ratione sua res publico servabitur? quis primum convenietur? an is, qui eam rem gessit, an alter? an erit electio reipub. quem conveniat? Quod videtur, secundum id, quod posuimus initio, quia officium magistratus municipalis est E individuum ac officium commune & mutuum: idem etiam dicitur de pluribus tutoribus: neque tamen est per omnia verum: nam placet in tutoribus primum conveniri eum, qui gessit eam rem, qua de agitur, quam eum, qui non gessit, *l. ult. C. de divid. tut. l. 1. C. si tut. reip. causa, l. 6. C. arb. tut. l. 2. C. de hered. tut.* Ita magistratus, qui pecuniam reipublicæ collocavit non idoneis nominibus, prius conveniri debet actione personali, deinde hypothecaria, vel ipse, vel heres ejus, vel possessor quarumcumque rerum, quæ ad ipsum pertinent: actione hypothecaria convenitur quicunque rem ejus possidet, scilicet si reip. caverit, non tantum fidejussoribus datis, sed & hypothecis: post convenietur fidejussor ejus, qui fœnus contraxit: tum ad extremum si ab

iis

iis res servari non potuerit, convenietur ejus collega. Hic est ordo introductus constitutionibus. Sed si is, qui administravit, neque nunc sit solvendo, neque tempore finiti magistratus, quo tempore conveniri poterat, nec fidejussor ejus, sane is ordo non observatur: frustra enim observaretur. Igitur statim conveniri, & exigi potest is, qui non administravit, pro eo, qui administravit, ex facto scilicet, ac gestu ejus, cessis tamen actionibus in collegam, qui rem administravit, vel etiam sine cessione datis utilibus actionibus, sicut in tutoribus constitutum est, *l.1.§.nunc tractemus, de tut.& rat. dist.l.2. C.de cont.jud.tut.*Et ita de magistratibus municipalibus est proditum, *l.2.§.jus reip.de adm.rer.*ubi eleganter ait, magistratui, qui pro collega dependit, seu solvit, qui quidem collega rem administraverat, de qua agitur, decerni actionem in collegam, & competere eam ex æquitate. Quibus verbis demonstrat, dari utilem in collegam actionem: nam omnis actio utilis decernitur, hoc est, datur causa cognita. Omnis actio utilis est decretalis, directa non est decretalis, sed edictalis: & præterea utilis actio ex æquitate competit, atque ita dum vult Ulpian.demonstrare utilem actionem eleganter ait in *d. l.2.* eam actionem, quæ decernitur in collegam, competere ex æquitate: quæ verba continent definitionem actionis utilis, directa vero ipso jure competit, & datur sine decreto, sive causæ cognitione. Notandum est, aliud esse competere actionem, aliud dari vel decerni. Quæ actio competit, non statim etiam datur, *l. 9.§. ult. l.10. de tut.& rat. distr. l.debitrix, §.ult. ad Vellejan.* Competere est nasci actionem. Non ut nata est tibi actio, & statim semper ea potes agere; & quod competit, hoc proficit tantum ad transmissionem, ut scil.possit transmitti ad heredem, si moriatur is, cui competere cœpit: nam si moriatur antequam competere cœpit: nihil transmittit eo nomine. Ergo secundum ea, quæ diximus, prius conveniendus est & excutiendus fidejussor ejus magistratus, qui administravit prius magistratus ipse, deinde fidejussor: & si ab his res servari non possit, veniendum est ad collegam, qui eam rem non administravit: sed si ab illis res servari possit, absolutus est collega, qui non administravit, nec ad eum veniendum est, etsi dicatur individuum esse officium magistratus: non est reipublicæ electioni locus, cum is, qui gessit rem, de qua agitur, est idoneus, vel ejus fidejussor. Et hoc est, quod ait in priore parte hujus legis. Alia hinc descendit quæstio, an sicut in fidejussorem magistratus, qui gessit, prius redditur actio, quam in collegam, qui non gessit: an sic etiam in nominatorem mag. qui rem gessit, reddenda prius actio sit, quam in collegam, qui eam rem non gessit? Ut autem hoc intelligamus, hoc sciendum est, solere eos, qui vocantur ad honorem publicum nominare potiorem suo periculo, si ipsi nolint eum honorem suscipere. Solent etiam ii, qui a magistratu abeunt, successorem nominare suo periculo, & nominationem nonnumquam sequitur respub. ita ut ipsa respub. non videatur creare magistratum municipalem, sed is, qui nominavit successorem: qua de causa, & nominatio passim in jure creatio dicitur, & nominator, creator, *l.59. C.de decur. l.1.C.de peric. nomin. lib.11. l.2. §.si eo tempore, de adm. rer.* Quo loco ante Pand. Florent. male legebatur *procurator* pro *creator*; & similiter etiam emendemus alium locum in *l. ult. C. de hered. decur.* ubi legitur *creditor defunctorum*, pro *creator*. Et ita in Basilicis sæpe dicuntur χειροτονηταὶ, qui aliquem nominarunt ad honorem. Jam igitur intelligimus quis sit nominator vel creator magistratuum. Quæstio igitur est, an in nominatorem ejus, qui rem gessit, prius detur actio, quam in collegam, qui non gessit: nam ex Juliano antecessore didicimus, non administrasse etiam dici, qui eam rem, de qua agitur, non attigit: quod confirmat *l.5. de mag. conv.* Et Papin. definit hoc loco, etiam prius conveniendum nominatorem, quasi fidejussorem, quam collegam. Nominator est quasi fidejussor. Sunt quidam,

A qui legibus 12.tab.*subvades* nominantur, ii scilicet, qui vadum vel fidejussorum vicem sustinent, puta nominatores, creatores, affirmatores, qui non fidejusserunt quidem, sed perinde tenentur atque si fidejussissent. Utitur Papin.elegantissima ratione; *quia*, inquit, *major est ratio agendi cum nominatore, quam cum collega*. Id vero ita demonstrat. In nominatorem agitur, quod idoneum magistratum esse affirmaverit, quasi ex contractu & fidei suæ ratione, quam reipub.adstrinxit, dum affirmat idoneum esse hominem, qui sibi in magistratu succederet: in collegam autem agitur negligentiæ ratione quod eam rem non gesserit, quam gessit alter, cum esset communis administratio, & indivisum officium, non quasi ex contractu, sed quasi ex delicto: nam negligentia delictum est: ut Græcis ἁμαρτία non tantum
B est delictum, ut dolus malus, sed etiam negligentia, stultitia, erratum quodlibet, *l. 51. de ædil. ed.* ibi delictum pro stultitia accipitur, quia servus sciens vitiosum mancipium emit, ut recte ibi notat Accurs. Denique, qui in nominatorem agit, rem persequitur: qui in collegam, pœnam negligentiæ suæ, & culpæ, & ita in *l. ult. C.quo quisque ordin. con.*dicitur, collegam post nominatorem conveniri ob culpæ nexum, id est, negligentiæ nomine. Et similiter de tutoribus in *l.6. C. arbit.tut.* si unus tutor gessit, eum prius conveniri, qui gessit, deinde contutorem ob culpæ rationem. Et hoc est, quod ait in posteriore parte hujus *l.*Concludamus igitur, non tantum fidejussorem, sed & nominatorem, sive creatorem ejus magistratus, qui rem gessit, de qua agitur, prius esse conveniendum, quam collegam, qui eam rem non
C gessit. Huic definitioni obstat primum *l.4. C.de magistr.conv.* quæ ait, prius esse conveniendum contutorem sive collegam, quam nominatorem, scilicet, si indivisa tutela fuerit, id est, non divisa: & similiter, *l.2.C.quo quisque. ord.* quæ constituit ut si duobus sit injunctum munus publicum pro indiviso, veluti, ut exigerent reliqua pecuniarum publicarum, vel ut curam agerent Calendarii, etiamsi eam functionem inter se diviserunt, prius conveniendum esse collegam, quam nominatorem: quod pugnare videtur cum hac lege, nisi, quod est verum, separentur magistratus municipales ab iis, quibus munus publicum injunctum est pro indiviso, nisi separemus honores a muneribus. Nam ut demonstrat *l. 3. & 4.C.quo quisque ord.*hoc tantum in magistratibus est constitutum, quibus pro indiviso commissa est admini-
D stratio reipubl. ut prius excutiatur & conveniatur is, qui nominavit magistratum, quam collega, qui eam rem non attigit: qui ordo, ut dixi, non servatur in iis, quibus commissa est tutela, vel quodlibet aliud munus publicum. Ratio differentiæ hæc est, quia magistratus non sunt proprie correi, hoc est, non sunt proprie ejusdem debiti rei, singuli in solidum, vel non sunt omnimodo rei ejusdem debiti, ut ait *l.45.de administr. tutor.* Nam in singulos non est actio in solidum finito magistratu: si ambo solvendo sint depositi honoris, vel magistratus tempore, sed dividenda est actio. Et est tamen actio in solidum in singulos tutores, si duo pluresve tutelam susceperint, vel aliud munus publicum: est actio in singulos in solidum ipso jure, licet opposita exceptione possit actio dividi, si omnes solvendo sint: sed
E in magistratus non est ipso jure actio in solidum, & electio locum non habet in magistratibus, sed unusquisque conveniendus est, prout quisque administravit: in ceteris, qui munus publicum suscipiunt, electio locum habet, & qui electus fuerit, potest conveniri in solidum, atque etiam condemnari, si omittat exceptionem: si non allleget beneficium divisionis: ceteri igitur sunt duo rei ejusdem debiti: atque ita prius convenitur correus, id est, collega quasi principalis: deinde fidejussor, quia fidejussor propius accedit ad reum, & similior reo quam nominator. Contra est in magistratu: nam prius convenitur fidejussor, deinde nominator, postea collega, quia is non est omnimodo correus. Ad hæc subjicitur ex eod. Pap. ex alio tamen libro: *Et ei contra nominati collegam actio-*

nem utilem dari non oportet: qui locus est depravatus: nam consideret quisque apud se, quid hæc verba sibi velint. Dixit ante teneri eum, qui nominavit, fidei suæ ratione: quod periculo suo successorem nominavit, teneri, inquam, ex fide sua & quasi ex contractu suo, & conveniri prius, quam collegam, exemplo fidejussorum: denique comparavit supra nominatorem cum fidejussore. Nunc videamus quomodo aptetur id, quod est in l.12. Primum quænam sit actio utilis, quæ denegatur huic nominatori, & datur aliis: non invenies quibus detur, quam huic nominatori. Deinde, ut nihil mutemus nec detrahamus, quid sibi volunt hæc verba? *Eum qui nominavit, si conventus vice nominati solidum præstiterit, non habere utilem actionem adversus collegam nominati.* Quis hoc nescit, cum non pro collega nominati solverit, sed pro nominato? Si diceret Papin. nominatori, qui pro nominato solidum exsolvit contra nominatum non dari utilem actionem, esset elegans sententia. Et vero hoc scripsit Papin. & verbum *nominati* est interpretis cujusdam, & est circumscribendum omnino, quod satis demonstrat Accurs. dum ibi ait, *nominator unius cum prius convenitur, quam collega, non aget contra alium collegam, scilicet nominati*. Illud verbum *scilicet* ostendit verbum illud *nominati* esse interpretis cujusdam, & interpretis quidem mali. Non dicit Papin. *Et ei contra nominatum actionem dari non oportet*: sed, *Et ei contra collegam actionem utilem dari non oportet*: vulgo ita legitur: *& ei qui nominaverit, &c.* quæ verba, *qui nominaverit*, sunt etiam interpretis: vel aliter, *ei*, id est, *nominanti contra collegam &c.* quod depravatum est in *nominati*. Hæc omnia invecta sunt ab interprete, & omnino ita legendum est: *Et ei contra collegam actionem utilem dari non oportet*: & hæc est sententia: Tutori, qui solidum solvit, datur actio utilis adversus contutorem, etiam sine cessione (hoc est certissimum) quia solvit pro eo, & nomine ejus: sic etiam magistratui, qui solidum solvit, cum essent duo magistratus, datur actio utilis adversus collegam, pro quo solvit. Æquum enim est, ut utili actione a te recipiam quod pro te solvi, si forte non cesserit mihi actionem is, cui solvi pro te. An etiam dicamus fidejussori, qui solidum solvit, superesse actionem utilem adversus confidejussorem? minime, nisi cessa sit: utilis non dabitur, quia suo nomine solidum solvit, id est, propter suam obligationem: nam duo fidejussores sunt duo rei debendi, hoc est, omnimodo singuli in solidum tenentur, & si unus solidum solvat, pro se solidum solvit, non nomine confidejussoris: atque ideo non habet utilem actionem adversus confidejussorem ut vel pro parte recipiat ac repetat ab eo quod solvit: idque recte, quia ut solvit, ita erat obligatus, nempe in solidum, *l. fidejussor 39. de fidejuss. & l. cum alter* 11. C. *eod. tit.* Ergo fidejussor adversus confidejussorem non habet utilem actionem. Ac similiter nominator, quem Papin. dixit similem esse fidejussori, idque probavit uno exemplo in *l.11. &* alio in *l.12.* nominator, inquam, magistratus, qui solidum solvit, adversus collegam suum, qui nominaverat eumdem magistratum, non habet utilem actionem, quia etiam duo nominatores, omnimodo sunt duo correi debendi: & breviter probatur nominatorem similem esse ei, qui pro magistratu salvam esse rempublicam sua fide jubet. Ergo nominatorem municipalis magistratus, qui pro collega solvit, non habere actionem utilem adversus collegam; sicut nec fidejussor habet adversus confidejussorem. Et ut breviter dicam: comparatur nominator fidejussori duplici ratione. Sicut fidejussor prius convenitur, quam collega, ita nominator, *l.* 11. & sicut fidejussor, qui solidum solvit, non habet utilem actionem adversus confidejussorem, ita nominator magistratus, qui pro nominato solidum solvit, non habet actionem utilem adversus collegam suum, qui eumdem etiam magistratum nominavit. In l.13. videtur idem dici, quod in l.11. Sed hæc est differentia, quod uterque magistratus in l.11. aliquid gessit, sed separatum. In l. 13. unus omnia gessit, quia toto anno alter absuit, vel ægrotavit, ut nihil potuerit gerere, aut quia contumaciter, vel ignaviter nihil voluit gerere; & res servari non potest ab eo, qui gessit omnia; quid fiet? sequemur eumdem ordinem, quem supra diximus, & agemus prius cum eo, qui gessit, deinde cum fidejussore ejus: post excussis omnium facultatibus, & ipsius, & fidejussorum ejus, si ab eis rem non possimus extorquere, perveniemus ad nominatorem ejus, qui gessit: ac postremo ad collegam, qui nihil gessit, & nominator sustinebit universi periculum: nam cum nominavit, sciebat se nominare ad officium individuum ac periculum commune. Qua de causa, nominationis scilicet ratione, ipse universi periculo obstringitur. Et hoc verum est indistincte, non tantum, si unus magistratus gessit omnia, sed etsi ambo gesserint & administraverint rempub. nam si conveniatur nominator, convenietur in universum periculum.

Ad L. LIV. de Condict. indebiti.

Ex his omnibus causis, quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.

Quæstio ex libro 2. Quæst. Papin. quam explicavi nudiustertius, erat de magistratibus municipalibus & fidejussoribus & nominatoribus ejus: quæstio difficilis: hodiernæ sunt faciles. In illa quæstione maxime velim vos retinere, in l.12. circumscripto hoc verbo, *nominati*, ita legendum: & ei contra collegam actionem dari non oportet. His verbis adjicitur argumentum in d.l.12. quo probetur, nominatorem similem esse ei, qui pro magistratu salvam esse rempub. sua fide jubet: nam & fidejussori, qui solidum solvit, non datur actio utilis adversus confidejussorem, qua repetat ab eo quod solvit, ut probat l. ut fidejussor, de fidejus. & l. alter, C. *eod. tit.* quas leges quia non adnotaveram, ideo de fidejussore id fuit repetendum. Ita lex 12. ad municipal. ait, nominatorem municipalis magistratus, qui pro collega solvit, non habere actionem: esse igitur nominatorem similem fidejussori. Tutori tamen qui solidum dependit pro se & pro contutoribus adversus contutores datur utilis actio. Duumviro quoque, ut sit commune periculum utriusque. Nunc quod restat agamus. In l. 54. de condict. indeb. proponitur hæc regula juris: ex omnibus his causis, &c. Nullus est Jurisconsultus, ut antea diximus, qui tot nobis regulas confecerit, totque definitiones tum rerum, tum nominum, quod est argumentum summæ & magnæ eruditionis: nulli etiam Jurisconsulto par commendatio fuit, quæ Papiniano tribuitur. Summum etiam argumentum eruditionis est, quod nullius unquam auctoritate utitur, exceptis duobus locis, in *l. Sabinus, communi divid.* & in *l.51. venditor, de serv. exportand.* Nunc igitur, quod instat, agamus. Hæc eadem regula a Papin. proposita, etiam ab Ulpiano prodita est in *l.1. de condict. sine caus.* quamvis concepta aliis verbis, id scilicet alicui condici posse, quod sine causa ad eum pervenit, vel injusta causa, vel etiam quod redit ad injustam causam. Hæc est regula omnium condictionum, quibus revocatur quod solutum est, quodve prorogatum est ex bono & æquo: neque enim hæ tres condictiones sunt ex legibus. Habuimus nuper ex Papin. aliam regulam in *l. jus publicum, de pact. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*: quam diximus aptari debere ad legem quæ præcedit & loquitur de procuratore reip. qui debitam reip. pecuniam pacto convento de non petenda pecunia remisit, quod pactum lex ait inutile esse & inefficax, nec perimere obligationem. Addenda est ratio legis sequentis, quod jus publicum, id est, jus reip. non potest pactis mutari: ita est in *l.2. §. reipublicæ, de admin. rer. ad civ. pert.* Sic regula hujus legis aptanda ad casum l. præcedentis hoc modo. Dominus testamento servum suum liberum esse jussit sub conditione, si mihi decem daret. Finge

testa-

testamentum esse ipso jure nullum, forte, quod in eo filiusfam. est præteritus: cum vero servus ignoraret esse nullum, rogavit Titium, ut mihi 10. daret: Titius id dedit, atque ita servus liber esse jussus testamento implevit conditionem libertatis, nec tamen fit liber, quia testamentum ipso jure nullum est, & libertas ipso jure nulla est. Ergo locus erit condictioni indebiti, quia ex ea causa data est pecunia, quæ jure non valet: ac proinde Titius revocare ac repetere poterit decem, quæ dedit: quæ est ratio Papiniani in hac l. 54. subjecta sententiæ Proculi. Quæritur tamen a Proculo in l. præced. cuinam detur condictio? an Titio, qui decem dedit rogatu servi, an vero heredi legitimo, id est, domino servi? videbatur sane danda condictio domino servi, quia soluta est pecunia nomine servi, & pro eo est, ac si servus ipse solvisset, qui aliunde corrasit pecuniam ad implendam conditionem libertatis. Videtur igitur a domino repetenda pecunia, qui tamen obligabitur Titio, & cogetur ei eam pecuniam reddere: Verum hoc non probat l. 10. Ait enim *tam benignius, quam utilius esse recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere:* quæ verba sunt valde notanda: statim ergo Titio dari condictionem indebitæ pecuniæ: quia etsi non solvit suo nomine, suam tamen solvit: Facit comparationem utilitatum: & recte quidem, quia condictio indebiti ex æquo & bono proficiscitur, l. *66.* hoc tit. Ac denique danda est condictio potius ei, cui eam dari benignius & utilius est: quæ ratio etiam efficit, ut nonnunquam detur condictio indebiti non ei, qui solvit, sed alii, *l. 2. & 3. hoc tit.* Non enim semper idem condicit, qui & solvit, sed & alius: & non etiam idem semper condicitur, quod solutum est, sed tantumdem, *l. 7. hoc tit.* Nam indebiti solutio promutuum est: & ut ex mutuo, sic & ex promutuo, non idem, sed tantumdem reddi potest. Ita igitur accommodanda est hæc regula Papiniani in hac *l.* 54. ad leg. præcedentem 53. quæ est Proculi. Et vix est ulla regula in Digestis nostris, quin sit referenda ad præcedentem speciem, & habenda pro ratione superioris responsi. Possent tamen complura alia exempla ad hanc regulam afferri, alioqui non esset regula: sed uno contenti erimus. Heres per errorem solvit certam pecuniam ex legati causa testamento injusto relicti: cognito errore poterit repetere per condictionem indebiti, quia legatum ipso jure non valet: idem si solverit ex test. quod valuit quidem initio, sed rescissum est per querelam inofficiosi, vel per bonorum possessionem contra tabulas: nam ex his causis condictioni locus erit. Causæ, quæ ipso jure non valuerunt, sunt, quæ ab initio non consistunt. Causæ, quæ effectum non habuerunt, sunt, quæ initio quidem valuerunt, sed rescissæ sunt. Nihil ergo refert, causa valuerit ab initio, an postea rescissa sit, & Græci recte in illo loco, τὸ κατὰ βαλλόμενον, &c. Sed exigit regula, ut per errorem solutum sit: Nam qui sciens solvit, quod non debet, donat, nec repetere poterit, etsi dixerit, solvo, non dono, sicut contra, non quicunque dicit, dono, donat, sed transigit, vel solvit, vel quid aliud agit. Exemplum habemus in *l.* 15. §. *Papinianus, locati*. Si uno anno dominus remissionem dederit colono ob sterilitatem, deinde sequenti anno contigerit ubertas, remissio ante facta, domino nihil obest. Nam potest exigere integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit, licet remittendo usus fuerit donationis nomine, quia quod remittit, transactio est potius, quam donatio mera: atque ita non tam verba, quam mens contrahentium spectanda sunt. Qui sciens igitur solvit indebitum, non repetet. Id evidenter apparet in herede, qui interveniente Falcidia integrum legatum solvit: non debetur integrum legatum ipso jure, *l.* 73. §. *ult. ad leg. Falc.* quia lex Falcidia ipso jure minuit legata. Si igitur sciens heres integrum solvit legatum, aut cavit se daturum integrum sine deminutione, condictioni locus non erit, quia donasse videtur. Hæc est ratio communis: sed est in herede propria quædam ratio, qui non vult uti Falcidia, quod scilicet fidem pleniorem defuncto exhibuerit: nam sane defunctus voluit integrum legatum præstari, nec uti heredem Falcidia, quæ lex est contra voluntatem defuncti. Id igitur præstando, heres implet religiose voluntatem defuncti, & fidum obsequium præstat, ut loquitur *l. 45. ad Trebell.* quod idem dici potest citra Falcidiam, si legatum inutile ultro præstiterit heres prudens, sciensque. Nam etsi sit inutile, forte ob non observatam regulam juris, tamen præstando inutile legatum, exhibet plenum obsequium defuncto, qui non voluit tam rationem juris haberi, quam suæ voluntatis, etsi non expresserit testator, quod si expresserit, inutiliter expresserit; nec enim facere potest, ne jus locum habeat in testamento: laudatur tamen heres, qui præstat legata inutilia, quique fidum obsequium & plenam fidem exhibuit defuncto: & ita Plin. 5. Epist. 7. & similiter, si fideicommissum, aut legatum inutiliter relictum heres promiserit se soluturum sciens, explendæ fidei causa, non erit condictio cautionis, ut ea obligatio solvatur, & jam pecunia debebitur non ex testamento, sed ex stipulatione, *l. 62. hoc tit.* quod maxime pertinet ad id quod M. Tullius scribit 2. de LL. de legatario, qui obligatur sacris defuncti: nulla est hereditas sine sacris: heredem sequuntur sacra defuncti, quæ ipse peragere solebat. Sed quæritur, an legatarius quoque obligetur sacris? minime: nisi tantum acceperit legatarius legati nomine, quantum pervenit ad omnes heredes, hoc casu obligatur sacris defuncti. Verum liberatur si quod legatum est legatarius stipuletur, ut id ipsum ex stipulatione debeatur, hoc est, si novet obligationem, si legati caussam transfundat in jus stipulationis. Nam ita interposita stipulatio plerumque novat obligationem, *l.* 8. §. 1. *de novat.* & pro eo est ac si ea pecunia legata non esset, quia jam non debetur, aut capitur jure legati, sed jure stipulationis. Heres igitur liberatus est novatione, vel ut Tull. ait, *per æs & libram:* nam eodem modo fiebant novationes, Livius lib. *6. libraque æreque liberatum emittit*. Ignorantibus igitur tantum vel errantibus, vel etiam dubitantibus (dubitatio ignorantiam imitatur ex Constitutione Justiniani) dabitur condictio indebiti, non scientibus.

Ad L. VII. de Præscript. verb.

Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, & cessaveris, confestim agam præscriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Regula, quam ante exposuimus, est communis omnium condictionum: hæc lex est propria condictionis ob rem dati, quanquam ubi hæc condictio locum habet, habent & ceteræ, & est in arbitrio actoris, ut condicat rem datam, quasi non sequuta causa, vel quasi sit sine causa apud eum, qui accepit: est enim liberrimus usus condictionum, sed proprie erit in hac l. 7. condictio ob rem dati. Finge: dedi tibi pecuniam, ut tabulam pingeres, vel membrum aliquod domus: hic contractus vocatur locatio & conductio: conduxi enim tuas operas, & tu mihi scilicet locasti. Hic contractus habet proprium nomen & legitimum: nam a JC. non sunt inventa propria nomina, sed sunt indita legibus. Ex hoc igitur contractu datur actio, quæ nomen habet, actio ex locato & conducto. Finge: dedi tibi togam, ut tabulam pingeres, an est locatio & conductio? minime: nam locatio & conductio non consistit sine pretio; ut nec emptio & venditio: locatio est instar emptionis: & ideo locator dicitur quoque emptor, sicut & conductor venditor: merces, precium, sunt communia nomina: non ergo hic proponitur emptio & venditio, nec locatio & conductio, sed est contractus similis locationi, qui nomine vacat, & ideo dicitur actio præscriptis verbis, quod non est proprium nomen, quia scilicet datur secundum præscripta verba contractus, quia dum intenditur, recitantur verba contractus, cum

tamen

tamen in actionibus, quæ habent proprium nomen ſufficiat exprimere nomen contractus : & hoc oſtenditur in *l.*5 *§.at cum do*, *hoc tit.* Finge iterum, quæ eſt ſpecies hujus legis: Dedi tibi pecuniam, ut ſervum tuum manumitteres, non eſt locatio & conductio, quia hoc factum locari non ſolet, opera locari ſolet vel conduci, non liberale officium: manumiſſio eſt officium liberale, non opera. In iis igitur, quæ ex officio manant, & in quibus nulla noſtra verſatur opera, non poteſt conſiſtere locatio & conductio: fateor tamen hoc negotium eſſe ſimile locationi & conductioni, & vacare nomine: atque ideo ex hoc negotio datur actio præſcriptis verbis, quæ proprium nomen non habet. Quo fine datur hæc actio præſcriptis verbis? ut ſcilicet præſtetur id, quod intereſt ſervum manumitti, ut impleatur fides contractus, quia forte filius eſt, aut frater, quem cupio manumitti: Verum etiamſi mea nihil interſit, condicam pecuniam quam dedi, quaſi datam ob rem, re non ſequuta. Eſt igitur mihi duplex actio, præſcriptis verbis, ut impleatur fides contractus, vel condictio ob rem dati ut mihi reddatur pecunia: ſed his actionibus non agetur, ut docet Papinianus hoc loco, antequam ceſſaveris in manumittendo Sticho, hoc eſt, antequam moram feceris: moram autem feciſſe videris, ſi cum primum potuiſti manumittere ſervum, non manumiſiſti, maxime interpellatus: nam interpellatione ſane eſt opus: poſt moram autem agam confeſtim, quia non eſt additum tempus manumiſſioni: ſed ita res geſta eſt, *Do pecuniam, ut Stichum manumittas nullo addito tempore*: ſtatim igitur, ut ceſſaveris in manumittendo Sticho, vel agam præſcriptis verbis, ſi mea interſit eum manumitti, vel ſi non interſit, agam condictione ob cauſam dati, *d. §. At cum do*, *l. ſi liber C. de condict. ob cauſ. dat. l.2. §.17. ff. de cond. cau. da.* Imo dices, in hoc caſu non eſt locus iis actionibus, quia ipſo jure ſtatim atque non eſt manumiſſus ſervus, eripitur ad libertatem: lex repræſentat libertatem, quam ille, qui pecuniam accepit, non præſtat: non eſt ergo actionibus propoſitis locus, quia jam eſt ipſo jure liber ex *l.38. §. idem reſpondet, de liber. cauſ. l.4. C. ſi mancip. ita alien.* Dedi tibi pecuniam, ut ſervum tuum manumitteres, non manumiſiſti; fit liber ex ſententia D.Marci & Commodi. Sed diſtinguendum hoc modo : ſi pecuniam dedi veluti pro pretio ut Stichum manumitteres, & ceſſaveris, fiet liber ipſo jure: & ita hanc rem declarant *d. l. 38. & d. l. 4.* quæ ita proponunt, dari pecuniam veluti pro pretio. Hic vero ponere debemus non dari pecuniam veluti pro pretio, ſed ut mercem & rem quamlibet non habita ratione pretii quanti eſt Stichus : pecunia non ſemper pro pretio eſt: nummi peregrini, ut olim, ita hodie mercis loco ſunt, ut refert Voluſius Mætianus in libro de Aſſe, & Plinius Hiſtor. 33. cap. 3. noſtri etiam nummi nonnunquam mercis loco ſunt. Et ita in *l. ult. de cond. cauſ. data.* Dedi tibi pecuniam, ut Stichum dares, an eſt emptio & venditio? ſic videtur: & vero ita eſt, ſi modo pecunia data ſit pro pretio: ſed ſi dedi tibi pecuniam non veluti pro pretio, ut mihi Stichum dares, permutatio eſt quaſi mercis cum merce. Non pecunia ſemper vice pretii fungitur, ſed etiam mercis : quod maxime pertinet ad explicationem illius *l. ult.* quæ negat illud negotium eſſe emptionem venditionem : & adjiciunt Græci recte, eſſe permutationem, quia non eſt data pecunia, veluti pro pretio Stichi, ut etiam in hac l.7. ponendum eſt, non eſſe datam pecuniam veluti pro pretio ſervi : alioquin ſtatim poſt ceſſationem ſervus eriperetur in libertatem ipſo jure, & non eſſet locus his actionibus.

Ad L. I. de Uſuris.

Cum judicio bonæ fidei diſceptatur: arbitrio judicis, uſurarum modus ex more regionis, ubi contractum eſt, conſtituitur, ita tamen, ut legi non offendat.

§.1. *Socius ſi ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaſerit, vel in ſuos uſus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente, præſtabuntur uſuræ.*

§.2. *Nec tamen judex judicii bonæ fidei recte jubebit interponi cautiones, ut, ſi tardius ſententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur uſuræ, cum in poteſtate ſit actoris judicatum exigere.* Paulus notat. *Quid enim pertinet ad officium judicis, poſt condemnationem, futuri temporis tractatus?*

§.3. Papinianus. *Circa tutelæ reſtitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta eſt: nemo enim ambigit hodie, ſive judex accipiatur in diem ſententiæ, ſive ſine judice tutela reſtituatur, in eum diem, quo reſtituit, uſuras præſtari. Plane ſi tutelæ judicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, & pecuniam obtulerit, eamque obſignatam depoſuerit, ex eo tempore non præſtabit uſuras.*

HOdie explicabitur alia regula, quæ proponitur initio h. l. Sciendum eſt, in bonæ fidei contractibus, vel quaſi ex mora, hoc eſt, poſteaquam debitor moram fecerit in eo ſolvendo, quod debetur, deberi uſuras officio judicis, *l. 32. §. in bonæ fidei l. 17. §. ex locato, hoc tit. l. 24. ff. depoſ. l. 13. C. de act. empt. l.2. C. depoſ. l. fructus C. de act. empt.* nulla eſt frequentior regula, cui eſt adnectenda ea, quæ ponitur initio hujus l. Sed ſciendum eſt priorem hanc regulam etiam locum habere in legatis & fideicommiſſis, quamvis actio, qua legatum aut fideicommiſſum petitur, non ſit bonæ fidei : uſuræ legatorum vel fideicommiſſorum debentur ex mora, hoc eſt, ſi heres interpellatus congruo loco & tempore ea non ſolverit. Quod ad uſuras attinet, comparantur ſemper legata & fideicommiſſa bonæ fidei contractibus, *l. 34. hoc tit. l. 3. C. in quib. cau. reſtit. in integ.* & hoc puto eſſe ex conſtitutionibus. Nam ita invenio ſcriptum in *l. 24. de uſufr. leg.* poſt moram heredis legatario reddi uſuras placuit. Et verbo *placuit*, plerumque ſignificantur conſtitutiones principum. At hoc poſito in contractibus bonæ fidei, vel quaſi contractibus ex mora deberi uſuras arbitrio vel officio judicis: quæritur, quæ uſuræ debeantur? nam officium vel arbitrium judicis non eſt liberum aut iniquum arbitrium, non licentia pronuntiandi juris, ſed arbitrium boni viri in *princip. tit. Inſtit. de offic. jud.* ut non aliter judicet, quam legibus & moribus proditum eſt. Quæritur, quæ uſuræ debeantur, quod dum quærimus, quærimus, quas debeat uſuras judex conſtituere : quærimus denique de officio judicis. Et hac de re Papinianus dat nobis initio hujus legis regulam elegantem. *Cum judicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio judicis uſurarum modus ex more regionis, ubi contractum eſt, conſtituitur, ita tamen, ut legi non offendat*: ut ſcilicet in judiciis bonæ fidei uſuræ veniant ex mora arbitrio judicis, quæ in ea regione obſervantur, in qua contractum eſt: officio, inquam, judicis veniant, vel quod idem eſt, arbitrio ſeu arbitratu judicis: ac proinde earum uſurarum modum judex conſtituit & æſtimat, inſpecto & obſervato jure regionis in qua contractum eſt, obſervato more negotiatorum, atque etiam obſervato modo legitimo. Nam leges finem certumque modum dedere, quem non poteſt non ſequi judex : has leges debet obſervare, non minus, quam morem regionis, ſi is mos legibus adverſus non ſit. Poſſunt moribus leviores eſſe uſuræ, quam legibus, nec tamen poſſunt eſſe graviores : poſſunt attingere finem legum, non etiam ſuperare. His igitur ſive moribus, ſive legibus regitur arbitrium judicis : ſed quod ſecundum mores ac leges ſtatuerit hac de re, id tantum poteſt, quantum ſtipulatio. Et hoc eſt, quod dicitur, quod ad uſuras attinet tantum valere officium judicis in actionibus bonæ fidei, quantum ſtipulationem nominatim factam, *l. 7. de neg. geſt. l.24. depoſ.* Hic vero dicimus de uſuris, quæ veniunt ex mora, quæ propter moram debitori infliguntur, ut creditor conſequatur, quod ſua intereſt, debitorem moram non adhibuiſſe, & non deberi, niſi judex pronuntiaverit deberi. Finge, judicem de re judicaſſe, & uſurarum rationem non habuiſſe in bonæ fidei contractibus; an

poſt

poſt rem judicatam apud eundem judicem diſceptari de uſuris poteſt? an apud alium judicem uſuræ peti poſſunt? Minime, quia in bonæ fidei judiciis non eſt alia actio ſortis, alia uſurarum: nec exiſtimavit judex in ea re rationem eſſe habendam uſurarum, *l. 4. C. depoſ. l. 13. C. de uſur.* Aliæ ſunt uſuræ, quæ debentur *ἀπὸ συγχρήσεως* puta cum is, qui alienam pecuniam adminiſtravit, eam convertit in uſus ſuos: *σύγχρησις* eſt converſio in uſum: aliæ, quæ debentur *ἀπὸ ὑπερθέσεως*: quæ ex uſu debentur, illæ debentur, etiamſi de iis nihil pronuntiaverit judex, ex natura ipſius judicii, *l. ult. C. de uſur. rei jud. Natura*, inquit, *rei judicatæ ipſo jure debentur*, ex legibus proprie debentur uſuræ: hæ debentur officio judicis, non debentur proprie, *l. ult. de eo quod certo loc.* Eſt ergo regula, quæ proponitur initio hujus l. de uſuris, quæ veniunt ex mora, non ex abuſu pecuniæ alienæ. Ergo debet judex earum uſurarum, quæ ex mora infliguntur modum conſtituere ex more regionis, ubi contractum eſt: & ita in *l. 7. §. quæ autem, de adm. tut.* dicitur, in actione tutelæ venire uſuras officio judicis, exceptis certis caſibus, quibus tutor debet uſuras legitimas, uſuras maximas, centeſimas: (nam ita ſemper oportet accipere in libris legitimas & maximas) ut puta, ſi tutor pecuniam pupillarem in uſus ſuos convertit: quod eſt, *σύγχρησις*: aut ſi eam apud ſe eſſe negavit, & Prætor contra eum pronuntiaverit, & aliis quibuſdam caſibus: quibus exceptis, ex ceteris cauſis tutor dependit uſuras ſecundum modum provinciæ, veluti quincunces, vel trientes, vel ſi quæ aliæ in ea provincia leviores frequentantur. Idemque obſervandum in actione contraria tutelæ, quæ eſt bonæ fidei: nam ſi quid tutor dependat de ſuo in rem pupilli, id conſequitur cum uſuris, quæ ea in regione currunt, quoad ei omnis pecunia reddatur, namque æquum eſt ne ſit ejus pecunia ſterilis, *l. 3. §. conſequitur, de act. contr. tut.* Idem habemus de contraria actione negotiorum geſtorum, *l. 37. hoc tit.* puta ſi ego pro te ſolvi mea ſponte irrogatus creditori tuo, & ita te liberavero magno incommodo, ne fortaſſe creditor tua pignora diſtrahat, vel in bonorum poſſeſſionem mittatur: debetur mihi ea pecunia cum uſuris, quæ frequentantur in ea provincia. Idque *d. l. 37. & hæc l. 1.* ait, generaliter conſtitutum in omnibus judiciis bonæ fidei, idemque procedere in actione mandati oſtendit *l. 10. §. ſi procur. mand.* Idemque in legatis & fideicommiſſis, *l. cum ſervus 39. §. in uſurarum, de legat.* 1. Igitur ex mora heredis debentur uſuræ legatariis & fideicommiſſariis, & in uſurarum quantitate mos regionis ſervandus erit. Definit quidem uſuras judex, ſed ſecundum morem regionis ejus, ubi ſita eſt hereditas, ubique ſolvi legatum debet aut fideicommiſſum. In uſuris igitur conſuetudo regionis aut provinciæ plurimum valet. Et recte Aſconius Pedianus in librum de Divinatione ait, *eſſe quadrupli actionem pecuniæ gravioribus uſuris fœneratæ, quam pro conſuetudine*, quæ pro lege eſt: ſed potior tamen eſt lex conſuetudine, *l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* Conſuetudinis, inquit, magna auctoritas eſt: ſed non valet tamen uſque adeo, ut legem minuat, aut rationem. Et ideo recte adjicit Papinianus; *ita tamen ut legi non offendat*; id eſt, ita demum ſi mos non adverſetur legi: vel ſi judex dum morem ſequitur non committat in legem: & ſimiliter *d. l. 10. §. ſi procurator, deberi uſuras, quæ legitimo modo*, id eſt, intra modum legis, *frequentantur*; non quæ ſupra modum legis ſunt. Magna eſt quæſtio etiam hodie: utra ſit potior lex, an conſuetudo? quæ paucis ſic dirimenda eſt. Conſuetudo eſt pro lege, ubi lex deficit, vel ſi defuerit, aut conſenuerit, & hoc ait *l. 33. de LL.* diuturnam conſuetudinem eſſe pro lege in iis, quæ ex non ſcripto deſcendunt, hoc eſt, quæ ſcripto comprehenſa non ſunt: Conſuetudo abrogat legem: tacitus enim illiteratuſque conſenſus populi obliterat legem, *l. 32. de legibus* legem, abrogat, non tamen vincit legem: non idem eſt abrogare & vincere legem: in ipſo concurſu legis & conſuetudinis, dum utraque viget, utraque ſuis

A conſiſtit viribus, ſane vincit lex conſuetudinem dum viget, nec conſenuit, non conſuetudo legem. Præterea quæritur, quis ſit modus legitimus uſurarum, quem plus valere vult Papinianus, quam morem regionis uſurpatum contra leges fœneratitias: duplex eſt modus uſurarum, duplum ſcilicet & centeſima: ſemper excipiendæ ſunt trajectitiæ & nauticæ pecuniæ, fœnus nauticum, quod nullum habuit modum, nunc habet ex conſtitutione Juſtiniani: nam ſæpe debebantur uſuræ ex fœnore nautico ſupra centeſimas & ſupra duplum. His igitur exceptis, modus uſurarum eſt duplum, quia non poſſunt deberi uſuræ ultra duplum, id eſt, ſorte tanto amplius. Finge: Cuidam tutori debentur centum: uſurarum nomine tulit centum; ſane uſurarum nomine nihil præterea deſiderare poteſt. Sed ſi quid amplius
B ſolvatur, id imputatur in ſortem: ubi uſuræ æquaverunt ſortem, nihil amplius peti uſurarum nomine poteſt: hic modus uſurarum obtinet etiam hodie. Alter modus, qui obtinuit etiam ante Juſtinianum, eſt centeſima, quæ fere in omnibus aliis negotiis admiſſa eſt, & dicebatur centeſima, quæ in centenos reddit duodenos quotannis, unum nummum quot menſibus: atque dicebatur centeſima, quod ejus pars centeſima ſit uſura menſtrua & legitima, *l. 4. tit. ſeq. l. 8. C. ſi cert. pet. l. 26. C. de uſur.* Et utrumque modum legitimum ſignificavit Papinianus, dum ait, *ita tamen ut legi non offendat*, hoc eſt, ne ſupra duplum aut centeſimam uſuræ æſtimentur. At quæri poteſt, quæ lex hunc modum impoſuerit uſuris utriſque? Lege aliqua impoſitum eſſe neceſſe eſt: varii modi impoſiti fuere duodecim tabulis, uncia in
C centenos quotannis, quæ diu non obtinuit: imo & quibuſdam legibus ſemuncia tantum: ſed obtinuit diu & obtinet etiam hodie in quibuſdam negotiis centeſima. Quæ lex eum impoſuerit modum, non ſatis liquet. Nam quod quidam tentant, modum eſſe impoſitum lege Gabinia, cujus mentionem facit M. Tull. 5. ad Attic. in fin. & alibi, falſum eſt: nam lex Gabinia fuit de verſura, non de uſura. Neſcio, an quiſquam adhuc intellexerit, quid ſit verſura. Eſt ſane improba cum ſit lege vetita, & eſt in verſura quiddam reprehenſione dignum. Jamdiu animadverti verſuram eſſe mutuationem pecuniæ ſub uſuris qua diſſolvebantur uſuræ aliis debitæ: quod lex Gabinia non patitur, ne inopes uſuris obruantur, dum uſuris uſuras cumulant: regula juris eſt, uſuras uſurarum non deberi, & in ſtipulationem deduci inuti-
D liter, ſed ſortis tantum. Hujus regulæ, duæ ſunt fraudes, una appellatur *ἀνατοκισμός*, altera, verſura; & utraque fraus coercetur legibus vel conſtitutionibus. *Ἀνατοκισμός* eſt, ſi uſuræ, quæ debentur interpoſita ſtipulatione fiant ſors, ita ut hujus ſortis, id eſt, uſurarum redactarum in ſortem uſuræ cedant; quod reipſa eſt uſurarum uſuras exigere: & merito prohibetur *l. ult. C. de uſur.* Alia fraus eſt verſura, ut ſi ſumas ab aliquo pecuniam ſub uſuris, qua alii ſolvas uſuras debitas: non poſſis palam eidem creditori uſuras uſurarum dependere, ſed niſi lex proſpiceret, eas clam creditori tuo dependeres, dum ſumeres ab uno pecuniam ſub uſuris, qua ſolveres uſuras alii debitas. Hæc eſt verſura prohibita lege Gabinia; quod etiam eleganter demonſtrat Cic. libro 5. epiſt. ad Attic. epiſt. ult. his verbis: *Salaminii cum*
E *Romæ verſuram facere vellent, non poterant, quod lex Gabinia vetabat, &c.* Non vero dubito, quin verſuræ nomine uti poſſimus in alia ſignificatione: nam & per translationem verſuræ nomen pro uſura accipitur: eſt enim verſura generaliter, repenſatio quælibet, ſeu reciprocatio. Unde & in his regionibus, dos verſura dicitur, vel ut patrio ſermone *verchere*, id eſt, verſura, quaſi repenſatio onerum matrimonii. Nec unquam illud verbum verſuræ audio, quin veniant in mentem verba Marciani Capellæ de dote, dum ait: *utrum repenſatrix data?* id eſt, utrum dos, utrum verſura data. Et hæc de regula. Quæ ſequuntur in hac lege ſunt difficiliſſima & ſcitu digniſſima, eoque pertinent, ut oſtendat Papinianus, aliquando in bonæ fidei contractibus uſuras deberi, etſi

mo-

mora non intervenerit, & sunt utilia quæ sequuntur.

Intelleximus ex initio legis, in bonæ fidei judiciis usuras deberi officio judicis secundum morem regionis, ubi contractum est, qui modo non sit adversus leges, quæ usuris posuere modum: & hoc locum habere in usuris, quæ debentur ex mora. Aliæ sunt usuræ, quæ in bonæ fidei judiciis debentur & veniunt, etsi mora non intervenerit, de quibus nunc tractaturi sumus, ut in actione mandati *l.* 12. §. *usuras*, *mand.* dicitur usuras admitti non tantum ex mora, frustratione, cunctatione debitoris, sed judicem etiam æstimare, si mandatarius, hoc est, procurator exegerit pecuniam sibi debitam a debitore suo cum usuris, ut domini negotia gereret, vel si mutuatus sit pecuniam gravioribus usuris, ut solveret pro domino, eumque liberaret magno incommodo, rei, earumve usurarum rationem habere judicem ex eo tempore, quo mutuatus est pecuniam illam sub gravioribus usuris, vel quo eam pecuniam exegit a debitore suo, ut posuimus. Atque ita in actione mandati non ex mora tantum veniunt usuræ, sed & ante moram. Idem quoque constitutum est in actione depositi, *l.* 3. & 4. C. *depos.* Is apud quem deposita est pecunia, debet usuras ex mora, non tantum si interpellatus eam non reddiderit, sed & si eam pecuniam in usus suos converterit invito domino, cujus custodiendæ domino fidem dederat: ex eo tempore, quo eam pecuniam convertit in usus suos, usuris obligatur sine ulla alia interpellatione. Idem & in §. *socius* in h. l. ostenditur locum habere in act. pro soc. & act. tutelæ: tractemus primum de actione pro socio. Si socius communem pecuniam invaserit, vel in suos usus converterit, præstat usuras ex eo tempore, quo eam invasit, etiamsi nulla mora intervenerit, hoc est, etsi de ea pecunia reddenda, vel in commune conferenda, interpellatus non fuerit. Mora proprie est, si interpellationi debitor non obtemperaverit, hoc est, si non solvat. Et moram proprie creat interpellatio, nec videtur proprie moram fecisse, qui non interpellatus est. Et hoc est quod dicimus, moram fieri in personam, non in rem: moram contrahi ex interpellatione, non ex reipsa, non ipso jure. Aliquando tamen fit mora reipsa, quæ tamen proprie non est mora, ut significat *l.* 87. §. *usuras*, *ff. de leg.* 2. *l.* 32. *hoc t.* mora fit reipsa minoribus 25 annis beneficio Prætoris, hoc est, quid quid debetur minoribus 25. annis, in eo non præstando, moram facere videtur debitor, etsi non interpelletur, ex Constitutione D. Severi, quæ in hoc §. significatur illo verbo, *Hodie*. Mora etiam fit reipsa, si non sit, qui interpelletur, si debitor non compareat, *l.* 32. §. *ult. hoc tit.* ut etiam si solutioni addita sit dies: & est nota vox communis, *diem satis interpellare*, nec alia ratione additur dies, quam ne sit necesse creditori interpellare debitorem. Constat etiam furem semper moram facere reipsa, etsi non interpelletur, *l.* 17. *l. ult. de cond. furt.* fur autem etiam est, qui pecuniam communem invadit, hoc est, qui eam amovet intervertendi animo, ut sibi eam habeat in posterum quasi suam, *l.* 45. *pro soc.* Atque ideo etsi non interpelletur socius nihilominus ejus pecuniæ usuras debet judicio pro socio, quod est bonæ fidei: is autem, qui pecuniam communem in suos usus convertit, non est fur, quia suo jure pecunia communi utitur, sed prope furem est, aut non longe abest a fure, quandoquidem clam & latenter abutitur pecunia communi. Aliud est invadere pecuniam communem, aliud eam convertere in usus suos: nam invadere, est prædonum more versari in societate, deprædari societatem. In suos usus convertere, est clam abuti pecunia communi, non tamen ut non reputaturum, sed tamen hoc est finitimum furto. Et ex utraque causa, id est, invasione pecuniæ communis, & in usum suum conversione, usuræ debentur statim reipsa, etiam non interveniente interpellatione: quia proprie dicitur mora, quam creat interpellatio facta in personam. Et huc valde pertinet *l.* 60. *in princ. pro soc.* Ad quam maxime est advertendum. Finge: Socius aliquid ex societate lucri fecit, in eo reddendo vel conferendo moram fecit, usuras præstat: verum adjicit lex, cum ipse ea pecunia usus sit, id est, socius, qui in eo reddendo quod lucrum fecit moram facit, tunc moram facere intelligitur, cum ea pecunia usus sit. Sunt duo casus. Primus, si socius in eo reddendo quod lucrum fecit, moram fecit. Secundus, si ea pecunia usus est. Nam postea eadem l. adjicit hæc verba: *Sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse*, id est, non præstare usuras, si aut moram non fecerit, aut pecuniam in usus suos non converterit. Et ita Græci, deberi usuras ἀπὸ ὑπερθέσεως καὶ συγχρήσεως, id est, *quod moram fecerit, & pecuniam verterit in rem suam*. Et subjicit, quod eget explicatione, *Eas usuras non deberi ut usuras*, hoc est, ut fœnus: nam si deberentur ut fœnus, deberentur etiam citra moram, *l.* 17. §. *si pupillo*, *h. t.* usuræ, quæ propter lucrum infliguntur, hoc est, fœnus, debentur, & ante moram, imo currunt ex die ipso contractæ obligationis. Alia est usura, quæ infligitur propter lucrum, alia quæ propter moram, sive moram quis faciat ex interpellatione, sive reipsa. In actione igitur pro socio, usuræ non debentur ut fœnus, sed quod socii intersit socium moram non fecisse, vel eam, quæ ex interpellatione creatur, vel eam, quæ reipsa fit.

Concludamus igitur ex hoc §. socium usuras debere etiam non interpellatum, ejus pecuniæ, quam ex societate invasit, vel in suos usus convertit, & currere usuras ex eo tempore, quo invasit, & in usum suum convertit. Non satis est scire, ex quo die debeantur, nisi & sciamus, in quem diem: & significat Papinianus, deberi in diem condemnationis. Nam in jure hoc est ratum: Post sententiam consistere usuras, seu cessare usuras intra tempora judicati solvendi: non ignotum est, judicatis, hoc est, condemnatis dari certa tempora faciendo seu solvendo judicato; quæ in 12. tab. appellantur dies justi. Ergo intra ea tempora usuræ nullæ currunt, *l.* 3. §. 1. *hoc tit. l.* 13. C. *hoc tit. l. ult.* §. *pen.* C. *de usur. rei jud.* Ratio est: quia ea tempora reis humanitatis gratia dantur, *l.* 16. §. *ult. de compens.* ubi a Græcis nominatim ita scriptum est πρὸς παραθάλψιν. Et ideo sunt immunes ab usuris & fructibus dependendis, non quidem a perceptis interim, sed qui percipi potuerunt. Sunt denique expertes omnis inhumanitatis: jure *postulantur, nisi ex causa judicati*. Finitis autem his temporibus, rursus currunt usuræ, non priores, sed novæ, & plerumque graviores sine conventione, aut condemnatione nova, sponte, & ipso jure, ex legibus, & hæ dicuntur usuræ rei judicatæ: & fuere olim ducentesimæ, hodie sunt centesimæ. Ideo quæritur, an judex addictus pro socio, qui condemnat socium in usuras præteriti temporis in diem sententiæ, possit etiam socium cogere ad cautionem interponendam de præstandis usuris futuris post tempora judicati? Et Papinianus ait, posse socium condemnare in sortem, & usuras usque in diem sententiæ, non etiam ab eo exigere cautionem de dependendis futuris usuris post tempora judicati solvendi: Et utitur hac ratione Papinianus, quia actori satis consultum est actione judicati, cum ipso jure insint usuræ legitimæ: & æquum non est reum onerari supervacua cautione: & hæc est ratio Papiniani quam reprehendit Paul. si quis notam recte intelligat, quæ quo obscurior reprehensio est, eo modestior. Paulus non reprehendit palam rationem Pap. sed dum aliam dat, satis indicat se eam non probare: & vero est cur improbet rationem Papin. quia actori est actio judicati, ideo non est necessaria actio ex stipulatu: an quod mihi est actio una, neganda est altera? cur non mihi possim multis cavere rationibus? & per quam utile est cavere multis cautionibus per stipulationem, etiam ei, qui habet actionem judicati: qua de causa ante litem contestatam solet interponi stipulatio judicatum solvi, quamvis certo sit competitura actio judicati, si condemnetur reus. Solet etiam interponi stipulatio de novi operis nuntiatione, ut cui est actio judicati, sit etiam actio ex stipulatu, *l.* 21. §. *habet*, *de nov. op. nunt. l.* 8. §.

idem

idem Celsus, *de novat.* Non est igitur hæc ratio Papin. idonea, & ideo Paulus meliorem adfert rationem, quia ad judicem nihil pertinet tractatus futuri temporis: judex persungitur suo officio, dicendo sententiam, quam ubi dixit, statim desinit esse judex, *l.* 55. *de re jud.* De re gesta sententiam dicit, futurum tempus non attingit. Hoc est, discrimen inter judicem & legem, quod lex statuat de futuris, judex de præsentibus & præteritis. Hæc est elegans ratio Pauli: usuræ rei judicatæ, quæ forte post tempora condemnatis ad solutionem data, cedent, non veniunt in judicium: ergo de iis nihil potest dicere, vel statuere judex. Accursius multa affert in contrarium, ut probet judicem de futuris etiam statuere, quæ ego perstringam breviter, & redigam ad duas objectiones. Una est ex *l.* 1. *C. de sent. quæ sin. cert. quant.* quæ ait; Sententiam eam judicis non esse contra formam juris, qua judex jubet dependi usuras pecuniæ in condemnationem deductæ, usuras scilicet rei judicatæ: Atque ita videtur rata esse sententia judicis, qua statuit de usuris futuris. Sane videtur obstare hæc lex; quia scilicet ad eam non apponitur species congrua. Species est: Judex addictus erat actioni judicati, sententia debet esse certa ex definitione judicis, alioqui litem sereret: usurarum etiam condemnatio debet esse certa *l.* 3. *& 4. eod. tit.* Finge: Judex cum esset addictus actioni judicati, pronuntiavit dependi usuras rei judicatæ, non expressa quantitate, quoad soluta esset pecunia condemnationis jam factæ priore judicio, neque certam sententiam dixit, neque certas usuras, an valeat sententia? Sic sane, quia est jam certa condemnationis summa facta, ad quam se refert, qui de judicati actione pronuntiat, & sunt certæ etiam usuræ rei judicatæ, cum sint præscriptæ legibus certis *in tit. C. de usur. rei judic.* & constat esse centesimas. Igitur certa est sententia, & præterea sic posita specie, Judex non statuit de futuris usuris, sed de iis, quæ jam debentur post tempora judicati. Altera objectio similis est ex *l.* 38. *pro socio*, *& ex l.* 41. *de jud.* quibus ostenditur, plerumque judicem debere interponere cautionem de re futura, veluti prætor jubet interponi cautionem de damno infecto, hoc est, de futuro: vel etiam si quid quis debeat ad diem, postulante creditore, jubet judex in judiciis bonæ fidei cautionem interponi de solvenda ea pecunia, cum dies venerit, quum metus est, ne debitor labatur facultatibus: Facile creditor, cui debetur ex contractu bonæ fidei ad diem, ante diem exprimit cautionem per judicem. Atque ita videtur statuere de futuris: Imo statuit de ea re, de qua jam agitur in præsenti: & de qua aditus est: sed nihil statuit si alia de re aditus sit extra eam rem de iis, quæ extrinsecus accedunt: quo nihil est evidentius. Docet etiam in actione tutelæ usuras venire & deberi citra moram: imo vero plus esse in actione tutelæ, quam in actione pro socio, vel, ut ait, latiorem interpretationem fieri, quo ad usuras in actione tutelæ, quam pro socio, favore pupillorum: quia scilicet tutor usuras debet pecuniæ pupillaris etiam interpellatus, non tantum si pecuniam pupillarem invaserit, vel in suos usus converterit, vel ea quidem non fuerit abusus, sed eam apud se habuerit otiosam. Et hæc est latior interpretatio, quæ fit in actione tutulæ, quoad usuras, nec necesse est interpellari tutorem. Et de hoc hodie nemo ambigit, hoc est, ex constitutione Severi secundum *l. cum vero* 26. §. *apparet*, *de fideicom. libert.* quæ statuit, ut in pupillis, ad justam ætatem usque mora fiat reipsa a debitoribus: atque ita non tutor tantum, sed quicunque debitor his usuris destringitur, etiamsi interpellatus non fuerit. Verum, ut loquamur tantum de actione tutelæ, notandum generaliter, tutorem si agatur tutelæ, si reposcatur ratio tutelæ, usuras debere in diem sententiæ. Hoc enim tantum intendit actio tutelæ, ut reddantur rationes; vel, ut loquitur Papinianus, ut restituat tutelam, hoc est, ut reddat rationes: ergo ex quo tempore habuerit pecuniam pupillarem, in diem sententiæ debet usuras: vel etiamsi tutela reddatur sine judicio: in diem,

A quo reddiderit omnes rationes: quod consentit cum *l.* 7. §. *ult. de administ. tut. l.* 45. §. *quæsitum*, *eod. tit.* qui §. etsi dicat solvi usuras in diem accepti judicii, hoc est, litis contestatæ, tamen sunt producendæ in diem sententiæ, sive judicati: sed notatur dies litis contestatæ, quod eo die plerumque tutores agnoscant bonam fidem, aut saltem debeant agnoscere. Nec est novum, tempus litis contestatæ produci ad tempus sententiæ, in *l.* 29. §. *si heres*, *de legat.* 3. Igitur hæc sit conclusio. Tutor quoquo modo usus sit pecunia pupillari, usuras debet in diem sententiæ, vel in diem, quo redduntur rationes. Sed quid fiet, si pupillus non curet, aut nolit sibi rationes reddi, quid si nolit agere tutelæ judicio illectus dulcedine usurarum, qua ratione consuletur tutori parato rationes reddere? offeret pecuniam, & si quæ sint reliqua, obsignet, offerri debet in folle obsignato, atque ita B deponi: nec enim sufficit oblatio nuda, sed necessaria est depositio, *l.* 7. *hoc tit.* Hæc obsignatio pro solutione est, *l.* 9. *C. de solut.* Et ab eo tempore, quo signavit & deposuit liberatur omnino: Et hoc intelligit M. Tullius 6. ad Attic. Epist. 1. *Consistere usura debuit*, *quæ erat in edicto meo*, *deponere volebant*: nam depositio pecuniæ solutio est. Et etiam aliud, in quo fit latior interpretatio in actione tutelæ, quam in actione pro socio. Sed quod dicetur de tutela, idem etiam pertinet ad actionem negotiorum gestorum. Nam generaliter tutores, curatores, procuratores, magistratus municipales, duumviri, qui alienam pecuniam exercent & tractant, & ut uno verbo dicam, gestores negotiorum alienorum, hi omnes, si alienam pecuniam, quam administrant, in suos usus C converterint, quod est σύγχρησις, præstabunt usuras maximas, si clam & latenter hoc faciant. Nam finge, tutorem accipere pecuniam pupillarem a contutore mutuam, & convertere in suos usus, an ejus pecuniæ debet usuras centesimas? minime. Finge rursus: eam pecuniam accipere a seipso, & rationibus conscribere in eam sibi mutuatam, & hac videtur uti palam & bona fide, non debet usuras maximas, sed solitas, *l.* 9. §. *non tantum*, *l.* 54. *de adm. tut.* Sed si clam quicunque gestor abutatur pecunia aliena, debet centesimas, *l.* 38. *de neg. gest. l.* 1. *C. de usur. pup.* Ex ceteris vero causis præstabit tutor usuras secundum morem regionis & provinciæ, aut quincunces, aut trientes, aut, si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur, *l.* 7. §. *quæ autem sunt*, *de administ. tut.* Verum huic sententiæ obstat *l.* 10. §. *si pro-* D *curator*, *mand.* maxime vexata a nostris: quæ ait, procuratorem, qui administrat alienam pecuniam, vel negotia, si eam pecuniam in suos usus converterit, debere usuras, quæ in regionibus frequentantur. Imo debet centesimas. Hunc nodum, ut dissolvant, dicunt quidam: aliud esse in tutore, aliud in procuratore. Hanc solutionem refellit *l.* 38. *de neg. gest.* quæ ait, eum, qui administrat alienam pecuniam, si eam ad usus suos converterit, maximas usuras debere, id est, centesimas, etiamsi leviores frequententur in regione. Quod vero est scriptum in *d. l.* 10. §. *si procurator*, procuratorem, qui convertit pecuniam in suos usus, cum sit aliena, debere usuras, quæ in regione frequentantur, hoc ita dicunt procedere, si palam usus sit pecunia domini, veluti, si E eam sibi mutuatam scripserit, si rationibus suis eam acceptam tulerit domino, & sane sic non facit improbe, nec debet usuras centesimas. Verum hoc non exprimit §. *si procurator*: nec tamen aliter responderi potest, nisi hoc dicas, manifestam trajectionem verborum in eo §. esse. Ait, procuratorem ejus pecuniæ, quam habet ex negotio domini, ex mora debere usuras, ut in bonæ fidei judiciis est receptum. Hoc etiam addendum, quæ in regionibus his frequentantur. Deinde tractat de usuris, quas consequutus est, cum pecuniam domini fenori collocavit, & tulit usuras, & has debet restituere, quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Sequitur tertius casus, si quam pecuniam in usus suos converterit: hoc semper accipitur in malam partem: Quid fiet? damnabitur in usuras centesimas exemplo tu-

toris. Nam & mox ſubjicit aliud in hoc §. in quo ſimilis eſt procurator tutori. Si procurator pecuniam domini fenori collocavit, & exegerit uſuras, quas mox in uſus ſuos converterit, an debebit uſurarum uſuras? ſic ſane, & quidem centeſimas, quod etiam proditum eſt in tutore, *l. 7. §. ſi uſuras, de admin. tut.*

Ad L. Tutor XXXV. de Admin. & peric. tut.

Tutor ſive curator nomina, quæ juſte putat eſſe idonea, a priore tutore vel curatore ſuſcipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo ſuo facere.

IN hac l. proponitur hæc regula: non cogi tutorem nomina minus idonea ſuo periculo exigere, licet cogatur ea a priore quidem tutore vel curatore ſuſcipere. Finge: tutorem vel curatorem mortuum eſſe, vel remotum ut ſuſpectum, & in locum ejus alium tutorem vel curatorem datum eſſe. Vel finge: poſt pubertatem impuberis, qua finitur tutela, & ſuccedit cura: poſtulante adoleſcente non invito, tutori ſuccedit curator in adminiſtratione: huic curatori tutor reſtituit tutelam redditis rationibus. Cum hoc curatore confert rationes pup. & cogitur curator ſive tutor novus a priore tutore, vel curatore, vel herede ejus ſuſcipere nomina, hoc eſt, cautiones, χρηματεία, ſive debita, quæ is contraxit, quandiu geſſit tutelam vel curam: etiamſi tutor vel curator habeat juſtam cauſam æſtimandi, ea nomina non eſſe idonea, neque approbet; tamen ea ſuſcipere cogitur: denique nomina, quæ fecit prior tutor vel curator, ſive idonea ſint, ſive non, ſequens curator vel tutor ſuſcipere cogitur, ut ſcilicet ea exigat a debitoribus, & perſequatur; ſed exactionem non faciet ſuo periculo, ſed prioris tutoris vel curatoris, qui ea contraxit. Ac proinde, ſi debitores non ſint ſolvendo, periculum nominum pertinebit ad priorem tutorem, vel curatorem, qui nomina fecit, & ſatisfaciet pupillo de ſuo. Idque eſt certiſſimum in jure, nominum periculum pertinere ad eum qui fecit, ſi ea non ſint idonea, vel ſi culpa ejus facta ſint deteriora, dum non ſatis mature interpellavit, *l. 35. de reb. cred. l. ult. §. pen. de admin. rer. ad civit. pert.* Novus igitur tutor cogitur ſuſcipere nomina a priore tutore vel curatore, etiamſi ea nomina improbet, ſed non cogitur ea probare. Et aliud eſt ſuſcipere nomina, aliud probare nomina, *l. 12. §. Idem ait, mand.* Qui probat nomina, agnoſcit periculum: Ideoq. ſi poſterior tutor vel curator probaverit nomina, quæ prior tutor vel curator fecit, eorum nominum periculum in ſe transfert, & priorem tutorem vel curatorem omnimodo liberat. Qui probat nomina, agnoſcit periculum: ideoque ſi poſterior tutor probat prioris nomina, a priore in ſe transfert periculum. Nomina probare, eſt periculum eorum agnoſcere, periculo ſuo nomina eſſe cavere, *l. 44. in princ. hoc tit. l. 36. ad munic. l. 19. de tut. & rat. diſtr.* & exquirere nomina diligenter debet, qui ſuccedit in tutelam aut curationem, ſi probare vult nomina: quæque non probat invitus, licet invitus ſuſcipiat qualia qualia.

Ad L. Statuliberorum XXXIII. de ſtatulib.

Statuliberorum jura per heredem fieri non poſſunt duriora.

NOtiſſimum eſt, ſtatuliberum eſſe ſervum, cui verbis directis, verbis civilibus relicta eſt libertas teſtamento in diem, vel ſub conditione, vel ut ſcribit Feſtus ex noſtris auctoribus, *qui teſtamento certa conditione propoſita jubetur eſſe liber.* Placet illud, *conditione propoſita*: nam noſtri auctores ſic loqui ſolent: quæ enim conditio legato vel libertati adſcribitur, dicitur conditio propoſita legato aut libertati, *l. 112. de cond. & dem.* προσκειμένη αἵρεσις, l. 6. de excuſ. tut. Dixi, *verbis civilibus*, nam quibus relinquitur libertas verbis precariis, his verbis ſcilicet: *rogo te, ut ſervum illum manumittas ſub con-* A *ditione, vel in diem*, non ſunt ſtatuliberi, *l. 14. de nox. act. l. 37. ad l. Falc.* Semper in jure ſeparantur ſtatuliberi ab iis, quibus in diem, vel ſub conditione eſt relicta fideicommiſſaria libertas. Sunt quidem ſimiles in omnibus fere juris articulis ſtatuliberis, ſed non poſſunt tamen dici ſtatuliberi: poſſunt dici ſtatuliberorum locum obtinere, *l. 51. §. cui per fideicom. de fideicom. libert.* quia fere communia ſunt horum & illorum jura. Sed verbum *ſtatuliberi*, eſt ex 12. tab. quibus fuere incognita fideicommiſſa. Nam ante Auguſtum fideicommiſſa infirma erant, vixque quiſquam invitus cogebatur præſtare id, de quo rogatus erat, ut conſtat ex *tit. Inſtit. de fideicommiſſ. hered.* & ex *tit. ad Senatuſc. Trebell.* Quinimo uſque ad Juſtinianum nulla fideicommiſſaria ſuperſerat actio ad id fideicommiſſum petendum, *l. 1. C. com-* B *mun. de legat.* Quod etiam confirmat quædam Trajani epiſtola ad Plin. quæ eſt 80. lib. 10. his verbis: *Julius Largus fidem tuam, quaſi te bene noſſet, elegit. Quid ergo potiſſimum ad perpetuitatem memoriæ ejus faciat, ſecundum cujuſque loci conditionem ipſe diſpice, & quod optimum exiſtimaveris, inſequere.* Ea probaverunt & introduxerunt conſtitutiones principum, non leges veteres: ſed tamen plerumque fideicommiſſarii liberti rediguntur, ut dixi, ad exemplum ſtatuliberorum: ac præterea dixi, ſtatuliberum eſſe ſervum: intellige, antequam venerit dies libertatis: nam interim eſt ſervus heredis, *l. 9. de ſtatuliber.* Idem confirmat *l. 9. §. certe ſi ſub condit. de pecul. l. 11. de legat. 2.* Itaque ratio nominis non hæc eſt, quod ſit ſtatuliber; nam eſt interim ſtatu ſervus. Non licet dividere, quæ ſunt compoſita, & aliud ſæpe C ſignificant diviſa, aliud compoſita: ut apud Homerum: aliud eſt οἰκοφελεῖσθαι; aliud οἶκον ὠφελεῖσθαι. Aliud ὠμογέρων, aliud ὠμός γέρων: & ſimiliter ſi dixeris diviſim aliquem eſſe ſtatuliberum, hominem liberum dixeris. At ſi conjunctim & compoſite ſtatuliberum dixeris, non hominem liberum, ſed ſervum intellexeris, cui tamen ſit ſtatuta vel deſtinata libertas in diem, vel ſub conditione. Adnotandum tamen eſt, in pleriſque cauſis, illum eſſe liberi loco, ut in ponenda ratione legis Falcidiæ: nam cum æſtimatio bonorum ineunda eſt & conferenda cum quantitate legatorum & fideicommiſſorum, ſtatuliberi non computantur numero ſervorum, quaſi jam adepti libertatem videantur, quam ſperant, nec ſunt omnino in bonis, *l. 38. ad leg. Falcid.* Ac ſimiliter in publicis judiciis puniuntur ut liberi, non ut ſervi, hoc eſt, mi- D tius, *l. 14. de quæſt. l. 9. §. ult. de pœn.* ac poſtremo ſervi poſſunt a dominis vendi durioribus conditionibus, veluti ne unquam manumittantur: an & ſtatuliberi? Sic ſane vendi poſſunt, ſed non duris conditionibus. Et ita ſcripſit Modeſt. in *l. 25. hoc tit.* Interim tamen revera ſunt ſervi. Demonſtrat ſcilicet, hac in re ſummam eſſe differentiam inter ſervos & ſtatuliberos, quæ lex pertinet ad hanc regulam. Initio docet ſtatuliberos poſſe vendi ab herede, quia interim ſunt heredis, & ita ait, ſtatuliberos venundari poſſe ex 12. tab. hoc eſt, ex ſententia 12. tab. ita expreſſa, ut ſi quis liber eſſe juſſus fuerit ſub conditione, ſi heredi 10. dederit, & ab herede alienatus ſit, emptori decem dando perveniat ad libertatem, id eſt, ut libertatis conditio poſſit impleri perſona emptoris, l. ſtatuliberi a ceteris §. *ult. hoc tit.* Lex E ſatis demonſtrat ſtatuliberum poſſe venundari, quamvis id non dicat nominatim: *& ita putaverunt*, inquit, *leges 12. tab.* Sic Ulpian. in Fragm. loquitur de Ælia Sentia; Et eodem modo Tull. 4. de Rep. apud Nonium in verbo Jurgium. *Jurgare igitur lex putat inter ſe vicinos, non litigare.* Putat, legis ſententia eſt. Itaque ex lege 12. tab. ſtatuliberi vendi poſſunt. At ſubjicit d. l. 25. non poſſe vendi duris conditionibus: puta, ne unquam manumittantur: quia ſi ſtatuliber manumittatur, ſtatim non impleta conditione libertatis, ſane fiet liber, & citius perveniet ad libertatem, *l. 34. de ſtatulib.* Nec tamen erit libertus manumiſſoris, ſed Orcinus, libertus Charonianus, libertus nullius viventis, libertus Plutonis: neque enim poteſt fieri ejus conditio durior præ-

fe-

festinata manumissione, ut experiatur duriorem patronum, scilicet heredem, qui nullum habiturus est patronum si velit suo jure uti. Dura est conditio venditionis, si statuliber ea lege vendatur, ne intra certa loca serviat, id est, ne certis quibusdam locis moretur, puta, quod heres sibi ab illo timeat, vel quod heredis oculi eum ferre non possint, *l. 1. de serv. exportand.* Igitur debet vendi statuliber bonis conditionibus, non ut servus, duris, ne quid fiat contra voluntatem defuncti, ne præjudicetur speratæ libertati. Et hoc vult Papinianus, dum ait, statuliberorum jura per heredem duriora fieri non posse: & potest hæc regula aptari ad l. præcedentem; est enim semper in libris Pandectar. ordo & series quædam legum, ut jam sup. notavimus ad *l. 38. de pact.* Finge: Si servus sit manumissus sub hac conditione, *si uni ex heredibus decem dederit*, cum essent duo & unus eum vendiderit ea lege, ne emptor ullam pec. acciperet conditionis implendæ causa; nihilominus fiet liber alteri heredi dando quinque, quamvis emptori nihil dederit: quia *statuliberorum jura per heredem fieri non possunt duriora*: & hac interpretatione maxime indiget *d. l. 32.* Et hoc idem dicimus de servo, cui relicta est fideicommissaria libertas sub conditione, quem diximus fere in omnibus causis statuliberi jure censeri; nam & hic ab herede interim vendi potest, sed non duriore conditione, non ut jura patronorum experiatur duriora, non in perpetuam servitutem, *l. 15. l. 24. §. ult. l. 51. §. cui per fideic. de fideic. libert.* Sed necesse est ut ad hanc regulam aliud exemplum apponamus, quod convenit magis scripturæ veterum librorum, in quibus est, *deteriora*, pro *duriora*, & in Basil. *χειρότερα*, duobus locis. Si dominus servum, cui adscripsit directam, vel fideicommissariam libertatem sub conditione, aut in diem, vinxerit pœnæ causa, vincula nocent futuræ libertati, secundum legem Æliam Sentiam. Nam servi vincti, si manumittantur, sunt dedititiorum numero, nec possunt pervenire ad justam libertatem, hoc est, civitatem Romanam. Et ita Suetonius in Augusto: *Augustum statuisse, ne quis tortus vinctusve civitatem adipisceretur.* Vincula igitur nocent libertati, hoc est, statuliberis fideicommissariis, & puræ etiam libertati. Sic quoque Paulus in *l. 43. de fideic. libert. Fideicommissaria libertas non debetur ei, quem dominus postea vinxit.* Quæ verba interpretanda sunt ex jure antiquo, ut scilicet is non possit fieri civis Romanus, sed sit tantum dedititiorum numero: & ita Paulus 4. *sent. de manum.* Nocet libertati non tantum, si dominus vinciat servum, sed etiam, si vincire jubeat ob delictum, aut si vincientis procuratoris factum comprobet. Quid ergo dicemus si heres statuliberum, vel eum, cui relicta est fideicommissaria libertas sub conditione vel in diem, pendente conditione ob delictum vinxerit, an jus statuliberi sit deterius, an facto heredis mutatur libertas, justa scilicet in dedititiam? Minime, *statuliberorum jura per heredem non possunt fieri deteriora*; & si omnimodo Paul. d. loco, fideicommissaria libertas facto heredis non mutatur, si servum, quem manumittere jussus est, vinxerit, & ita commodissime ad hanc regulam aptabitur etiam *l. fratres, de pœnis*, quæ sequitur.

Ad L. Fratres XXXIII. de Pœn.

Fratres Imperatores rescripserunt, servos in temporaria vincula damnatos, libertatem & hereditatem, sive legatum, postquam tempus expleverint, consequi, quia temporariæ coercitio, quæ descendit ex sententia, pœnæ est abolitio. Si autem beneficium libertatis in vinculis veniat, ratio juris & verba constitutionis libertati refragantur. Plane si testamento libertas data sit, & eo tempore, quo aditur hereditas, tempus vinculorum solutum sit, recte manumissus intelligetur, non secus ac si pignori datum servum debitor manumisisset, ejusque post liberatum pignus adita fuisset hereditas.

Male hæc lex explicatur, nisi sumatur explicatio ex jure antiquo legis Æliæ Sentiæ. Species hæc est: servo relicta est libertas sub conditione, sicut & hereditas, vel legatum, quæ relinqui non possunt sine libertate: pendente conditione ob delictum a præside provinciæ in vincula temporaria damnatus, & pœna sua functus est. Quæro, an post tempus pervenire possit ad libertatem, & hereditatem, vel legatum: an vincula impediant libertatem, quasi non possit fieri civis Romanus, qui vinctus fuit, sed sit dedititiorum numero tantum? Et ait, expleto tempore, & solutis vinculis, eum servum pervenire posse ad libertatem, & consequenter capere hereditatem & legatum, *l. 38. §. fratres, ad leg. Jul. de adult.* & utitur hac ratione, quia non est exaggeranda sententia, quæ pœnæ modum fecit, non est pœna sententia determinata ultra finem sententiæ porrigenda, vel *coercitio temporaria, quæ descendit ex sententia, pœnæ abolitio est*, ut ait Papinianus. Ergo ea vincula non nocent futuræ libertati. Sed hoc ita procedit, si eo tempore, quo cedit dies libertatis vel legati, vel quo defertur ei hereditas simul & libertas, servus non amplius fuerit in vinculis, si eo tempore jam expleverit tempora pœnæ suæ, quia dies utiliter cedit, & solutum hominem invenit, non in vinculis. Sed si quo tempore cedit libertas, servus fuerit in vinculis, nec expleverit pœnæ tempus, nunquam competit libertas, & consequenter nec hereditas, nec legatum. Cedit libertas ab adita hereditate ab herede vel coherede, *l. unica, §. libertatibus*, C. *de caduc. toll. l. Julianus* 86. *de condit. & demonstr.* Ergo si tempore aditæ hereditatis, quo cedit dies libertatis & legati, fuerit in vinculis servus, non fit liber, quia inutiliter cessit, & quod semel cessit inutiliter, non convalescit postea, *l. ult. com. præd. l. 76. §. 4. de leg. 2.* Ergo constitutio DD. Fratrum ita procedit, ut vincula præterita, quibus jam solutus est, non noceant libertati, cujus dies jam cedit. Ex quo intelligitur, Catonianam regulam non pertinere ad libertates, in libertatibus non inspici tempus testamenti, sed aditæ hereditatis: si tempus testamenti spectemus, nulla est libertas, si eo tempore fuerit in vinculis: si vero inspicias tempus aditæ hereditatis, sane libertas competit, si tunc non fuerit in vinculis. Regula Catonis hæc est: Quod non valeret, si statim testator vita decessisset, non ideo valet, quod diu vixerit; hoc est, non convalescit postea, quod ab initio non valuit: quæ regula valet tantum in iis, quæ cedunt vel incipiunt deberi a morte testatoris, non ab adita hereditate: & jam pridem docuimus observ. lib. 4. cap. 4. & inf. Quæst. lib. 15. legendum esse in *l. 3. de reg. Caton. Catoniana regula non pertinet ad libertates.* Vulgo pro *libertates*, legitur *hereditates*. Quod confirmat *l. 17. §. ult. qui & a quib. l. 24. §. si servum, de fideic. libert.* Et hoc loco id etiam Papin. voluit probare hoc exemplo. Debitor non potest manumittere servum, quem creditori pignori obligavit. Finge, manumitti testamento, nondum soluto pignore. Si spectemus tempus testamenti, inutilis est manumissio. Sed finge, tempore aditæ hereditatis liberatum fuisse pignus, libertas quæ ab initio non valuit, convalescit postea. Satis est non fuisse pigneratum servum tempore aditæ hereditatis: ut satis est, non fuisse in vinculis eodem tempore ut plenam libertatem adipiscatur: alioquin erit dedititiorum numero, qui erant incapaces. Notandum igitur, Pœnam esse magnam, si damnetur in vincula perpetua, vel temporaria, quia non potest fieri civis Rom. Longe alia est ratio servi damnati in opus publicum in perpetuum, vel in tempus: hoc servo non est pœnæ, & imperite judex damnat servum in opus publicum. Nam primum non mutat dominum, & si manumittatur, fit civis romanus, non dedititiorum numero. Igitur hoc loco nihil est pœnæ opera privata quam dat domino, est illi pœnæ magis, & libentius in opus publicum servit quam in opus domini: & hoc ostenditur in l. seq. imperite damnari servos in opus publicum sive in perpetuum, sive ad tempus.

Ad L. VI. de Vacat. & excuſ. muner.

Hi, qui muneris publici vacationem habent, ad ea, quæ extra ordinem imperantur, compelli non ſolent.

IN hac l. quæritur, quid conceſſum aut remiſſum videatur ei cui princeps dedit vacationem munerum, hoc eſt, immunitatem? an hoc beneficium principis latiſſime interpretabimur, ut ſolent beneficia principum, ut ſi conceſſerit princeps alimenta puero vel puellæ uſque ad pubertatem; pubertatem accipiemus pro plena pubertate, quæ finitur annis 18. non ea quæ finitur 12. aut 14. anno, *l.* 14. *de alim. lega.* nec poſſis aptius exemplum apponere ad id quod dicitur, *beneficia principum latiſſime eſſe interpretanda:* ſed beneficium immunitatis non ita late interpretabimur, quia vetat publica utilitas: hoc quidem beneficio principis ſunt remiſſa onera, quæ a magiſtratu extra ordinem indicuntur, velut munitio viarum vel aggerum vel riparum, flumine ſe effundente; quo exemplo utitur *l.* 12. *de mu. & hon.* intelliguntur enim ei remiſſa munera corporalia, quæ extra ordinem a magiſtratu imponuntur ad tempus ex improviſo, ut loquitur Papin. in *l.* 8. §. *qui muneris, hoc tit.* Græci, pro *ex improviſo* dicunt *ἐξ ἀπρόοπτω*, unde forte Latini ſuum ex abrupto fecere. Ei igitur, qui vacationem publici muneris habet, remiſſa videntur improviſa & extraordinaria munera, ſeu inſueta onera, non etiam ea, quæ legibus, moribus, Senatuſconſultis, Conſtitutionibus injunguntur: Veluti annuæ tributorum indictiones, annonariæ functiones, quæ conferuntur in fiſcum a privatis quotannis, idque certis ſtatiſque anni penſionibus. Non etiam videntur remiſſi canones ſive canonicæ illationes ſolemnes: hæc ſunt ordinaria munera, quæ indicuntur in perpetuum: & eleganter *l.* 4. *C. de ann. & trib. lib.* 10. *ea nec eſſe extraordinaria, nec vocari, quæ ſolemniter a provincialibus conferenda ſunt*: & ita in *l.* 1. *C. de vacat. lib.* 10. eſt conſtitutum, ne immunitas intelligatur de ordinariis & ſolemnibus muneribus: quinimo ea reſcripta, quæ continent nominatim remiſſionem ſolemnium munerum, inutilia ſunt, *l.* 7. *eod.* quia pugnant cum utilitate publica, *l.* 1. *C. de immunitate nemini conced. lib.* 10. Publica utilitas vetat, ne ea reſcripta late interpretemur, quæ concedunt vacationem munerum. Alia igitur ſunt munera ordinaria, alia extraordinaria. Vacatio munerum a principe conceſſa, munera extraordinaria continet, non ordinaria, non ſolemnia, non canonica.

Ad L. CXV. de Verb. obligat.

Ita ſtipulatus; te ſiſti in certo loco, ſi non ſtiteris, quinquaginta aureos dare ſpondes? ſi dies in ſtipulatione per errorem omiſſus fuerit cum id ageretur, ut certo die ſiſteres, imperfecta erit ſtipulatio: nec ſecus ac ſi quod pondere, numero, menſura continetur, ſine adjectione ponderis, numeri, menſuræ ſtipulatus eſſem: vel inſulam ædificari non demonſtrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine. Quod ſi ab initio id agebatur, ut quocunque die ſiſteres, &, ſi non ſtitiſſes, pecuniam dares, quaſi quælibet ſtipulatio ſub conditione concepta vires habebit. Nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi ſiſti non poſſe.

§. 1. Sed & ſi ſtipulatus ita fuero; Si Capitolium non adſcenderis, vel Alexandriam non jeris, centum dari ſpondes? non ſtatim committetur ſtipulatio, quamvis Capitolium aſcendere, vel Alexandriam pervenire potueris; ſed cum certum eſſe cœperit, te Capitolium aſcendere vel Alexandriam ire non poſſe.

§. 2. Item, ſi quis ita ſtipuletur: Si Phamphilum non dederis, centum dare ſpondes? Pegaſus reſpondit non ante committi ſtipulationem, quam deſiiſſet poſſe Pamphilus dari. Sabinus autem exiſtimabat, ex ſententia contrahentium, poſtquam homo potuit dari, confeſtim agendum, & tamdiu ex ſtipulatione non poſſe agi, quamdiu per promiſſorem non ſtetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatæ. Mutius etenim heredem, ſi dari potuiſſet penum nec dediſſet, confeſtim in pecuniam legatam teneri ſcripſit, idque utilitatis cauſa receptum eſt, ob defuncti voluntatem & ipſius rei naturam. Itaque poteſt Sabini ſententia recipi ſi ſtipulatio non a conditione cœpit, veluti, ſi Pamphilum non dederis tantum dari ſpondes? ſed ita concepta ſit ſtipulatio, Pamphilum dari ſpondes? ſi non dederis, tantum dari ſpondes? quod ſine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut ſi homo datus non fuerit, & homo, & pecunia debeatur. Sed & ſi ita cautum ſit, ut ſola pecunia non ſoluto homine debeatur, idem defendendum erit: quoniam fuiſſe voluntas probatur, ut homo ſolvatur, aut pecunia petatur.

DUas hujus l. partes facio ſummas. Priore parte proponuntur quatuor exempla inutilium ſeu imperfectarum ſtipulationum; poſteriore tractatur difficilis quæſtio: quando committatur ſtipulatio pœnalis, ſi quis ſtipulatus fuerit dari aut fieri aliquid, & niſi daretur aut fieret, certam ſummam pœnæ nomine. De priore parte prius dicamus. De te ſtipulatus ſum, te ſiſti certo loco: & ſi non ſtitiſſes, dari certam pecuniam pœnæ nomine; Id agebatur inter nos, ut certo die te ſiſteres illo loco alicujus negotii cauſa: & tamen per errorem dies ſiſtendi omiſſus eſt. Dixi locum, non diem, cum tamen id ageretur ut certo die te ſiſteres, poſt ſtipulationem dicis te ſenſiſſe de uno die, ego de altero. Quid fiet? an agi ex ea ſtipulatione poteſt, in qua dies omiſſus eſt? minime. Hic error vitiat ſtipulationem: nihil agis, niſi & adieceris diem, maxime cum id agebatur inter vos, ut certo die ſe ſiſteret promiſſor: & ratio hæc eſt, quia non poteſt dies, qui omiſſus eſt, haberi pro expreſſo, ſi non appareat, quid actum ſit, quid voluerint, quid ſenſerint contrahentes: quod non actum eſt, id non poteſt haberi pro cauto: & ita accipienda *l.* 99. *hoc tit.* Legendum ut Florentiæ, *quidquid adſtringendæ*, hoc eſt, quidquid conſtituit obligationem, aut obligat promiſſorem, in Baſ. *τὸ συμβαλλόμενον τῇ συστάσει τῆς ἐνοχῆς*: id ſi palam non ſit expreſſum, omiſſum intelligitur. Porro quod omiſſum intelligitur, non ſuppletur, *l.* 64. §. *pen. ſol. mat.* Sed hoc ita procedit, ſi etiam non appareat actum eſſe tacite id quod palam verbis non eſt: nam ſi conſtat de voluntate contrahentium, verba non valde deſiderantur. Quum apparet quid actum eſt, id quod actum eſt, pro cauto habetur. Et hæc eſt vera definitio *l.* 3. *de reb. cred.* & id confirmatur *l.* 94. *hoc tit. l.* 219. *de verb. ſign.* Contra id quod actum es, pro cauto non habetur, ſi non appareat quid actum ſit, ſi in eo diſſentiant contrahentes, & unus una de re, alius de alia ſe ſenſiſſe dicat: ut in hac ſpecie, ſi aliter ſpectari non poteſt, de quo die ſenſerint, inutilis eſt ſtipulatio, non quia defuit voluntas contrahentium: id enim agitur, ut certa die ſe ſiſteret promiſſor, ſed quia deficit probatio, non jus *l.* 30. *de teſt. tut.* Inopia probationis ſæpe facit ut ſit contractus inutilis: ut datio tutoris eſt inutilis, ſi Titium tutorem defunctus dederit, & duo ſint Titii amici teſtatoris, & non apparet, de quo ſenſerit: non jus deficit, ſed probatio, *d. l. duo.* Concludamus ergo inutilem eſſe ſtipulationem ſi dies omiſſus ſit, quando id agebatur ut certo die ſe ſiſteret. Huic ſententiæ objicitur primum ſtipulatio damni infecti, quæ ita concipi ſolet inter vicinos: ſi quod damnum intra diem illum vitio tuarum ædium mihi contigerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Certum eſt ſtipulationi damni infecti præſcribi diem certum: ſed quid ſi omittatur & ſtipuler: ſi quid mihi damni contigerit ruina, aut labe ædium tuarum, eam mihi pecuniam dari, an eſt inutilis ſtipulatio? Minime, *l.* 15. *in princ. de damno inf.* Et ratio eſt, quia in eum diem cautum intelligitur, in quem ceteri ſolent ſibi cavere & proſpicere damni infecti nomine. Itaque, etiam ſi ſit dies omiſſus; tamen appoſitus is intelligitur, qui ſolet vulgo apponi huic ſtipulationi: ac propterea omiſſio diei non vitiat ſtipulationem illam, tamen vitiat eam, de qua

agi-

agitur in hac lege. Objicitur etiam ſtipulato judicio ſiſti, cui etiam ſolet apponi dies certus: hincque illa formula: *in quem diem locumve vadimonium ſiſtere promittive jubes*. Nam vadimonium promittere, ut loquuntur veteres, noſtris auctoribus eſt cavere judicio ſiſti: & deſerere promiſſionem judicio ſiſtendi cauſa, *l.* 4. §. *quæſitum*, *l.* 5. §. 1. *ſi quis caut. l. ult. qui ſatiſd. cog.* eſt, quod alii dicunt, *deſerere vadimonium*. Sed quid ſi ſtipulationi judicio ſiſti, non apponatur dies, an valet ſtipulatio? ſic videtur, quia dies eſt in poteſtate ſtipulatoris, hoc eſt, in eum diem cautum intelligitur, quo ſtipulator agere voluerit, *l.* 8. *qui ſatiſd. cog.* Hanc igitur ſtipulationem judicio ſiſti, ſicut nec ſtipulationem damni infecti, omiſſio diei non vitiat, cum tamen illam vitiet, de qua hic agitur. Sed non eſt difficile reſpondere. Si quis ſtipulationem damni infecti, vel judicio ſiſti objiciat, quæ non vitiantur die omiſſo; objiciam contra, has ſtipulationes eſſe ſolemnes ſeu prætorias, nullæ ſunt frequentiores, imo ſunt propoſitæ edicto prætoris, & ideo etiam diem ſolemnem habent, ut ſtipulatio damni infecti, puta ſi quid damni contigerit intra annos decem, ut in caſu *l.* 15. §. 1. *de damno inf.* Poſſet alius dies inſeri ex conventione contrahentium, ſed & plerumque inſeritur, ſi quid damni contigerit intra certos dies: ſtiputio autem judicio ſiſti ſolemnem diem habet eum in quo actor vel ſtipulator agere voluerit, qui dies eſt ſolemnis, & is pro adjecto habetur ſemper: conſuetudo ſemper oſtendit diem, ut ſæpe etiam oſtendit pœnam, *l.* 4. *de cuſt. & exh. reor.* Si quis ſatisdederit pro alicujus criminis reo, & promiſerit, ſe eum exhibiturum, niſi exhibeat eum, plectitur pœna pecuniaria, quam præſes arbitratus fuerit, ſcilicet, ſi cautione vel decreto judicis non ſit comprehenſa certa quantitas, in quam ſe obligarit, qui promiſit ſe reum exhibiturum: vel etiam ſi in ea regione conſuetudo non ſit, quæ certam formam habeat. Nam ſi ex conſuetudine regionis ſoleant cavere certum, tot caviſſe is, qui promiſit, intelligetur: conſuetudo oſtendit quantitatem & pœnam: & ita etiam oſtendit diem: & quæ ſunt igitur moris & conſuetudinis, omiſſa non intelliguntur. Quæ res admittit nonnunquam tacitas ſtipulationes, ſed opus eſt lege, quæ admittat tacitam ſtipulationem. Exempli gratia, hodie dos debetur ex ſtipulatione, etiam ſi non intervenerit ſtipulatio, hoc ſolo nomine, quod ſoleret plurimum interponi: & ponitur aliud exemplum in *l.* 19. *de adopt.* Leges ideo introducunt vel admittunt tacitas ſtipulationes, quod ſolerent plurimum interponi: noſtris interpretationibus non poſſumus inducere tacitam ſtipulationem: Stipulatio non fit, niſi verbis inter præſentes: ſtipulatio autem, de qua agitur hoc loco, Romæ ſiſti, non eſt ſolemnis & prætoria, ſed conventionalis, & fortuita, quæ certi negotii illo loco explicandi cauſa inter duos interponitur: hæc non poteſt habere diem ſolemnem, cum non ſit ſolemnis, nec ſoleat interponi paſſim: & ideo inutilis eſt ſtipulatio, ſi dies per errorem omiſſus ſit, cum nulla ſit lex, quæ ſuppleat diem. Sequitur aliud exemplum in hac lege inutilis ſtipulationis: Si ſtipuler ea, quæ numero, pondere, menſurave conſtant, non adjecta certa quantitate: inutilis eſt ſtipulatio, *l. triticum* 94. *hoc tit.* quia hæ res valent quantitate, non corpore: ex quantitate æſtimantur, non ex corpore. Igitur prætermiſſa quantitate nihil agitur, ſi ea deducantur in ſtipulationem: aut enim debes quantitatem ſtipulari, aut nihil videris ſtipulatus: adjecta quantitate utcunque valet ſtipulatio, etiamſi non ſit adjecta qualitas, veluti ſi ſtipuler vini amphoras tot, nec adjiciam cujus vini, optimi an medii generis, an iſtius vel illius regionis: utcunque valet ſtipulatio, quia vel peſſimum, mihi dare promiſſor cogitur, *l. fidejuſſorem* 52. *ff. mand.* peſſimo ſe liberare poteſt: quod tamen ſic intellexi ſemper ut non poſſit ſe liberare deterrimum dando, ſed dando quod eſt peſſimo propinquius. Nam & ſi quis promiſerit certum numerum nummorum (quod pertinet etiam ad legata) nec adjecerit qualitatem: exiguiores dando liberatur, *l.* 75. *de leg.* 3. non liberabitur, plumbeos, id eſt, viliſſimos quadrantes dando, ſed puto præſtari debere ſeſtertios, quia non debet munificentiam teſtatoris eludere heres, qui id minime ſenſit. Verum nummis indiſtincte legatis, puto præſtari debere ſeſtertios, quia cum nummi dicuntur, in jure plerumque intelligimus ſeſtertios, ut nummo uno vendere, eſt ſeſtertio uno: atque ita Varro in drachmis, denariis, victoriatis nummis, id eſt, ſeſtertiis. Tertium exemplum inutilis ſtipulationis eſt, ſi ſtipuler, inſulam ædificari non adjecto loco, quo ædificetur, inutilis eſt ſtipulatio. Nam & ſtipulor ſuperficiem, ſine qua non poteſt ſtare ædificium, *l.* 2. §. *ſi quis, de eo, quod cer. lo. l.* 95. *hoc tit.* citat & Accurſ. *l.* 43. *de jud.* quæ nihil pertinet ad hanc rem. Ultimum exemplum eſt, ſi ſtipuler fundum, non adjecto nomine, aut eo, quod nominis vice fungitur, ſtipulatio inutilis eſt, ſi promiſſor nullos fundos habuerit. Si promiſerit domum, & domum nullam habuerit, deriſoria eſt potius quam utilis ſtipulatio, *l.* 17. *de leg.* 1. *l.* 6. *de aur. & arg. leg. l.* 60. §. *gener*, *de jur. dot.* nam ſi urgeat ſtipulator, liberabitur vel minimum dando, quando fundus eſt glebula quælibet: nam fundus eſt quidquid funda emitti poteſt: Si vero fundos habuerit promiſſor, utilis eſt ſtipulatio, & compellitur exiguiorem dare. Et ita in *l.* 75. *de verb. obligat.* inter utiles ſtipulationes ponitur ſtipulatio fundi ſine nomine, quæ dicitur eſſe incerta ſtipulatio, quia demonſtratus non eſt fundus, ſed non eſt inutilis ſtipulatio: nullum eſt exemplum in d. l. 75. inutilis ſtipulationis. Igitur ponendum eſt in ea eum, qui fundos habebat, promiſiſſe fundos ſine nomine. Omnes igitur hæ ſtipulationes inutiles ſunt. Subjicit Papin. idem eſſe, ſi quis ſtipuletur de te pecuniam certam ſub hac conditione, *ſi Capitolium non aſcenderis*, vel, *ſi Alexandriam non ieris*: hoc caſu non ſtatim committitur ſtipulatio, id eſt, non ſtatim ex ea ſtipulatione agi poteſt, atque Capitolium aſcendere potuiſti, nec aſcendiſti: ſed tum demum, cum declaratum fuerit te conditionem implere non poſſe, quod ſola mors tua declarare liquido poteſt. Denique hæ conditiones, quæ conſiſtunt in non faciendo, veluti, *ſi non ſteteris*, *ſi non aſcenderis Capitolium*, *ſi non iveris Alexandriam*, finiuntur morte promiſſoris, nec ante committitur ſtipulatio, quam is vita functus ſit: quandiu enim conditionem implere poteſt promiſſor, ceſſat pecuniæ in ſtipulationem deductæ petitio. Objicies, nec immerito, quod eſt in *l.* 17. §. 1. *de manum. teſt.* de libertate data hoc modo: *Stichus liber eſto, ſi Capitolium non aſcenderit*. (Noſtri auctores frequentiſſime utuntur iſtis conditionibus, *ſi Capitolium aſcenderis, non aſcenderis*: nec tamen in eorum ſcriptis ubique eſt integrum *Capitolii* verbum. Uno loco, cum eſſet ſcriptum per compendium nomen *Capitolii*, hoc modo, CAP. ex eo compendio fecere *cauſam publicam*: & manet adhuc hodie error a Budæo non animadverſus in *l.* 2. *ff. de in jus voc. qui equo publico in cauſa publica* pro *in Capitolium*: quod quiſque intelligeret, ſi ad Budæum heic adjiceret quod ſcripſit Plin. de Fab. Rutilliano, eum ſtatuiſſe, ut Idib. Quintilibus equites Romani ab Æde Honoris in Capitolium tranſirent equo publico inſidentes. Ulpian. in Fragment. *tit. de jur. donat. int. vir. & ux. Si quis equo publico honoratus fuerit*, hoc eſt, ſi ſit factus eques Romanus. Et eam tranſvectionem equitum Halicarnaſſeus vocat pompam habentium equum publicum. Dum fit ea tranſvectio ſive pompa, non poteſt eques Romanus extrahi inde, & in jus duci ex conſtitutione Auguſti. Verum quod attinet ad *d. l.* 17. §. 1. *de man. teſtam.* Si ita ſit data libertas, *Si Stichus Capitolium non aſcenderit*, an hanc conditionem interpretabimur, ut in ſtipulatione propoſita hoc loco, ſi certum erit Stichum Capitolium aſcendere non poſſe? Minime: ſed ita accipiemus, ſi cum primum Stichus potuerit aſcendere Capitolium, non aſcenderit, ſi data aſcendendi occaſione non uſus fuerit. Longe igitur aliter hæc verba accipiemus quam in ſtipulatione, de qua hic agitur. Cur tam varie? Dicam eam interpretationem fieri favore libertatis,

tis, ut valeat potius libertas, quam pereat: eſſet enim inutilis, ſi ea verba interpretaremur de mortis Stichi tempore: ut ſolemus ea interpretari in ſtipulationibus, in quibus mors attenditur; libertas enim conferretur in tempus mortis ſervi, quo modo dari non poteſt, *d. l. 17. in princ.* ut ſi dicas: *Stichus cum morietur liber eſto*. Ridiculum id eſt: & quæ in teſtamentis ſcribuntur ridicula, pro nullis habentur. In ſtipulationibus aliud erit: hæ poſſunt conferri in tempus mortis. Aliud & in legatis, quæ & in tempus mortis legatarii conferuntur recte, *l. 79. §. 1. de cond. & demon.* & utique legatum videtur collatum in tempus mortis legatarii, ſi datum ſit ſub hac conditione, *ſi non aſcenderis Capitolium*: nec enim ita interpretabimur hanc conditionem, ſi certum eſſe cœperit eum non aſcendiſſe, & præſtabitur legatum vivo legatario, ſeu repræſentabitur, ſi modo caveat ſe redditurum legatum, ſi defecerit conditio legati, hoc eſt, ſi aſcenderit Capitolium, *l. 7. eod. tit.* quæ appellatur cautio Mutiana, quod propoſita a L. Mutio & introducta quidem in legatis, ut præſtita cautione repræſentetur legatum, ſed non introducta eſt in ſtipulationibus. Sequitur in hac l. eandem interpretationem eſſe faciendam, ſi quis ita ſtipuletur, *ſi Pamphilum non dederis, centum dari ſpondes*? Nam Pegaſus exiſtimat, non aliter committi ſtipulationem, quam ſi Pamphilus deſinat dari poſſe, ut ſi mortuus eſſet Pamphilus, eſſet pœnæ petitio: quandiu enim Pamphilus dari poteſt, ceſſat pœnæ petitio. Verum in hac ſpecie diſſentit ab eo Sabinus diverſæ ſcholæ auctor, qui exiſtimat eam ſtipulationem committi ſtatim atq; promiſſor Pamphilum dare potuit, nec dedit: nec expectandam Pamphili mortem, ſi modo & promiſſor interpellatus fuerit: neceſſaria eſt mora, neceſſaria interpellatio ex *l. 24. quand. dies leg. ced.* Ergo hæc ſtipulatio; *ſi Pamphilum non dederis, centum dare ſpondes*? committitur ſtatim atq; Pamphilum dare potuerit, nec dedit, cum interpellaretur. Nam ſi promiſſor moram non faciat in dando Pamphilo, nondum ab eo decem peti poſſunt. Et circumſcribendum eſt quidquid hac de re dubitans ſcribit Accurſ. ad hanc l. 24. in verbo *interpellatus*. Eſt igitur hac in re ſumma diſſenſio inter Pegaſum & Sabinum, ſcilicet cum ſtipulationis dies præfinitus non eſt. Nam ſi ita ſim ſtipulatus: *Si Calendis Juliis Pamphilum non dederis, decem dari ſpondes*? Eſt ſane hoc caſu inter utrumque ſumma conſenſio: uterq. enim putat ſtipulationem committi ex die Kalend. *l. 8. hoc tit.* ſed die non præfinito diſſentiunt inter ſe. Pegaſus ſpectat verba ſtipulationis, *ſi Pamphilum non dederis*, quæ proculdubio ſignificant, ſi Pamphilum quandoque non dederis. At Sabinus ſpectat mentem contrahentium, quæ hæc videtur eſſe, ut pecunia præſtetur, ſi promiſſor moram fecerit in præſtando Pamphilo, ſi interpellatus non præſtet Pamphilum: videntur ſtipulantes alterutrum voluiſſe mox præſtari, vel Pamphilum, vel pecuniam. Et Sabinus hoc comprobat exemplo penus legatæ, deducto ex ſcriptis Mutii. Finge: Quidam ita legavit: *Heres meus illi penum meam dato, ſi penum non dederis, centum dato.* Q. Mutius ait confeſtim centum peti poſſe: & hoc quoque admitteret Pegaſus in hac ſpecie: nam hoc ait Q. Mutius eſſe receptum utilitatis gratia ex voluntate defuncti (licet hanc interpretationem non ferant verba legati) & adjicit ex natura rei legatæ; adjuvatur conjectura voluntatis ex natura penoris legati, quod diutius ſervari non poteſt. Eſt enim penus proprie omne id, quod eſui potuique eſt, & cellarium vocatur: Julius Firmicus *omne*, inquit, *quo veſcuntur homines penus dicitur*. Idem & M. Tull. 1. de Nat. D. hinc penaria cella. Ergo JC. omnes facile admittent, ſi non præſtetur penus, centum præſtari ob voluntatem defuncti, & naturam rei legatæ. Et ait Papinian. *confeſtim*, aut ſtatim penum eſſe præſtandam interpellato herede, ut præſtet, aut eam pecuniam *peti poſſe*: quæ verba maxime indigent interpretatione, nec ſic accipienda ſunt, *etiamſi moram non fecerit heres, aut interpellatus non fuerit, ut penum præſtaret*: hæc vitioſa interpretatio eſt. Nam non aliter peti poſſunt 100.

A quam ſi moram fecerit in præſtando penore *d. l. 24.* ſed ſic accipienda, *etiamſi penus adhuc præſtari poſſit, ſi exſtet, ſi corrupta non ſit*: & ita etiam articulum *ſtatim* accipere oportet, *l. 19. quan. dies leg. ced.* Et Paulus in *d. l. 24. eo. tit.* addit idem eſſe, ſi teſtator fundum legaverit, & ſi fundum heres non præſtiterit, pecuniam certam dari: nam ea pecunia ſtatim peti poteſt, ſi heres moram fecerit in præſtando fundo. Ergo idem dicemus ſi hominem legaverit, & ſi non præſtaretur homo ab herede, 100. daret: nam 100. ſtatim peti poſſunt, ſi moram fecerit in præſtando homine legato. Nec ſeparabimus res ceteras a penore legato. Natura penoris legati id facile admittit. Sed tamen idem admittemus in ceteris rebus, ut ſi ita dixerim: ſi Pamphilo eum fundum non dederis, 100. dato. Verum pugnare videntur hæ duæ leges *d. l. 19. & d. l. 24.* Si te-
B ſtator ita dicat, ſi penum intra Kalendas non dederis 100. dato, l. 24. ait, duo eſſe legata, l. 19. ait, unum eſſe legatum, quod magni intereſt ſcire. Sed controverſia facile ſic dirimi poteſt: ante moram heredis, antequam interpellaretur, duo ſunt legata, unum purum, alterum conditionale pecuniæ certæ. Poſt moram heredis unum eſt legatum, hoc eſt, pecuniæ, non penoris; pecunia ſola eſt in obligatione: penus vero eſt in conditione, imo & in ſolutione, vel præſtatione, quia heres ſolvendo penum liberatur obligatione dandæ pecuniæ, & in jure certiſſimum eſt, moram emendari, ſive purgari obligatione ſeu præſtatione ejus, in quo præſtando moram traxit uſq. ad litem conteſtatam *l. 84. hoc tit.* nam poſt litem conteſtatam, ut in hoc caſu poſt petitam pecuniam, ſera eſt emendatio moræ, & nihilominus lis de pecunia pera-
C gitur. Poſt moram heredis, legatum penoris transfunditur in legatum pecuniæ, quæ translatio ademptio dicitur *d. l. 24.* ademptio eſt prioris legati: atque ita modo tranſlatum, modo ademptum dicitur in *d. l. 24.* Ergo concludamus: Ante moram heredis duo eſſe legata; poſt moram vero unum eſſe. Ante moram unum capi jure legati, ſi ultro eam ſolvat heres, quia duo intelliguntur eſſe legata: poſt moram heredis, penum non capi jure legati, ſed mortis cauſa: quod maxime intereſt ſcire, quia lex Falcidia locum non habet in mortis cauſa capionibus: fuit enim tantum de legatis minuendis, quæ abſumerent hereditatem ſupra dodrantem: ſed porrecta etiam eſt lex Falcidia ad fideicommiſſa teſtamento relicta ex Senatuſconſulto Pegaſiano, vel codicillis teſtamento confirmatis. Quinimo ex conſtitutione D. Pii porrecta eſt etiam
D ad fideicommiſſa relicta ab inteſtato, & poſtremo ex conſtitutione D. Severi, ad donationes cauſa mortis: nondum vero eſt porrecta ad mortis cauſa capiones, neque porrigi ſine conſtitutione poteſt. Mortis cauſa capio eſt adquiſitio, quæ obvenit ex morte alterius, ſive per cauſam mortis: quæ proprio nomine caret: nam non eſt hereditas, non legatum, non fideicommiſſum, non donatio cauſa mortis. Exempli cauſa, ſi quid detur conditionis implendæ cauſa, puta, *Liber eſto ſi Titio decem dederis*, Titius non capiet ea decem jure legati, vel fideicommiſſi, ſed mortis cauſa. In mortis cauſa capionibus non eſt legi Falcidiæ locus, *l. 93. ad l. Falc. l. 1. §. item ſi, eod.* Ergo multum intereſt ſcire, utrum quid capiatur jure legati, an fideicommiſſi, an mortis cauſa capionis: ſi ante moram heres præſtat penum, deducet Falcidiam: ſi poſt
E moram, præſtabit integram non deducta Falcidia. Et hoc obtinet, ſi penus non ſit legata, ſed dixerit ſimpliciter teſtator: *Heres meus, ſi illi penum non dederis*, 10. *dato*, pecunia ſola eſt in obligatione, penus in ſolutione; Non igitur intelligitur legata penus, & ſi præſtetur, integra præſtabitur, *l. 1. de pen. leg. d. §. item ſi*. Oſtendemus id fruſtra non dici. Finge, teſtatorem ita dixiſſe: *Heres penum dato, & niſi dederis, centum dato*. Finge mori legatarium, an tranſmittet legatum in heredem? conſtat legatarium puta tranſmittere in heredem, non conditionalia. Ergo ſi ante moram legatarius deceſſerit, heres ejus habet penoris petitionem, quia legatum purum tantum in eum tranſmiſſum eſt, legatum pecuniæ, quod erat conditionale, in eum tranſmitti non potuit. Quod ſi poſt mo-

moram legatarius decesserit, non erit heredi ejus petitio penoris, quia translata est in legatum pecuniæ, atque ita adempta est penus legatario, sed erit tamen petitio pecuniæ heredi, quia extitit conditio legati, antequam moreretur legatarius, quod demonstrat *d. l. si penum* 24. secundum quæ hæc verba: *si penum non dederit*, sic interpretamur, *si moram fecerit*, *si interpellatus non dederit*: nam post moram unum est legatum conditionale: ante moram duo sunt legata. Verum quid tandem statuemus de illa dissensione, quæ est inter Pegas. & Sabinum? componit eam Papinianus adhibita distinctione, & ostendit, suo casu veram esse sententiam Pegasi, & item suo veram Sabini, neutram explodendam: sed utramque suo casui aptandam. Stipulationem ita conceptam: *si Pamphilum non dederis* 100. *dare spondes*? Pegasus dicebat non committi quandiu viveret Pamphilus: Sabinus committi statim post moram promissoris, hoc est, si interpellatus congruo loco & tempore Pamphilum non dederit, quod confirmabat exemplo penoris: si heres penum dare jussus sit, & si non dederit, centum dare damnatus sit, constat inter omnes statim atque heres moram fecerit in danda penu 100. deberi, & peti posse jure legati licet penus extet. Cur ergo non idem in stipulationibus admittemus? non esse hac in re cur separemus stipulationes a legatis. Est enim frequentissima comparatio legatorum & stipulationum: non est etiam cur separemus penum a ceteris rebus, quamvis in ea propria quædam natura sit. Magna est igitur Pegasi & Sabini dissensio: eam composuit Papinianus suo cuique casui applicando: & huic dissidio quasi se medium interposuit, vel ut utar nostris verbis, erciscundum, id est, medium: quo verbo Servius significat eos, qui se medios dirimendis litibus interponunt. Igitur vera est Sabini suo casu: vera itidem Pegasi suo casu. Dicamus primum de sententia Sabini, quæ vera est, si ponas, ut posuit penum legatam pure, pecuniam sub conditione, si penus non daretur. Etiam hoc in casu ita ponas Pamphilum in stipulationem deductum hoc modo: *Pamphilum dabis, si non dederis tot dabis?* Re ita gesta, si moram feceris in dando Pamphilo, pecuniæ petitio erit adversum te, nec expectabitur mors Pamphili: optima ratione, quia apparet contrahentes Pamphilum voluisse dari quum eum pure deduxerunt in stipulationem: Itaque si interpellatus promissor Pamphilum non dederit, statim committitur stipulatio pecuniæ: nec expectatur cum Pamphilus dari non possit. Nec tamen idem dicemus in stipulatione, de qua actum est initio hujus legis, *te sisti certo loco, & si non sisteres tot dari*, quia ea stipulatione id agitur, ut quandocunque, & quocunque die volueris, te sistas eo loco, alioqui inutilis esset stipulatio: hic non id agitur, ut quandocumque velis Pamphilum des, quod etiamsi non agatur, stipulatio valet. Ergo sic statuamus in specie proposita: stipulatio pœnalis committitur statim atque moram fecerit in dando Pamphilo, cum Pamphilus initio pure deductus fuit in stipulationem, ac deinde pecunia sub conditione, si Pamphilus non daretur. Et hoc elegantissime summus juris auctor ait esse verum indistincte, id est, sive id actum sit ut Pamphilo non dato, Pamphilus & pecunia peteretur: quæ conventio valet, *l.16. sup. de transf.* & solet exprimi hac formula, *rato manente pacto, hoc sensu: Pamphilum dabis, & si non dederis, & Pamphilum, & pecuniam dabis*. Et idem ait verum esse sine dubio, quia evidens est, quod voluerint contrahentes Pamphilum dari, quem iterato in conventionem deduxerit, quod iterum deduxerint in stipulationem: sed adjecit, idem dicendum, si actum sit ut Pamphilo non dato, sola pecunia petatur: nam quod semel sit Pamphilus deductus in stipulationem, hoc demonstrandæ voluntati contrahentium satis abundeq; est. Ergo sive hoc, sive illud actum sit, stipulatio pecuniæ committitur statim ubi mora facta est in dando Pamphilo. Et hæc ait de Sabini sententia. Ex quibus satis intelligitur, quando sit locus sententiæ Pegasi, quæ potest recipi, si stipulatio cœperit a conditione hoc modo: *Si Pamphi-*

A *lum non dederis, tot dare spondes?* id est, si Pamphilus non fuerit in stipulatione, sed in conditione tantum, quia hoc casu contrahentes non omnino enixe aut districte voluerunt Pamphilum dari, quem non deduxerunt in stipulationem, sed hoc potius senserunt, ut promissor se posset liberare obligatione pecuniæ dando Pamphilum cum vellet: atque ideo quandiu promissor dare potest Pamphilum, pecunia peti ab eo non potest, quia est ei integrum implere conditionem, & Pamphilum dare: atque ita non alligari dationi pecuniæ. Et idem omnino dicendum in legatis, si testator ita dixerit, *si penum, fundum, vel Pamphilum non dederis* (nihil refert, quid ponatur in conditione) *centum dato*: nec enim poterunt peti statim centum, quamdiu res, quæ in conditione est, dari potest. Et rectissime idem Pegasus etiam ante Pa- B pinianum docuit locum habere in iis stipulationibus, quæ incipiunt a conditione, *si Capitolium non ascenderis*, *si Alexandriam non iveris, tot dari spondes?* & quia incipiunt a conditione ascendendi, aut eundi, non a stipulatione, hæ stipulationes non committuntur statim, nec antequam declaratum fuerit conditionem expleri non posse. Ergo concludamus: Id quod est in conditione tantum, est etiam in solutione, in petitione vel obligatione non est. Huic definitioni opponitur *l. 9. l. qui Romæ* §. *Flavius, hoc tit. l. nuda, C. de contr. stip.* ex quibus efficitur, id, quod est in conditione etiam esse in petitione. Species l. 9. hæc est. Primus & secundus separatim de te stipulati sunt hoc modo: si illi fundum non dederis, mihi dabis. Vel sic: Duo de te fundum separatim stipulati sunt. Primus sic: si secundo fundum non dederis, mihi dabis; & C retro secundus: si primo fundum non dederis, mihi dabis: quid fiet? quis potior erit in obtinendo fundo? Is, inquit, qui agere occupaverit, actio alterius, erit finis dandi alteri, & qui prior petierit fundum, is excluserit alterum & fecerit, ut videatur impela conditio, id est, non datus fundus alteri, cum agere occupavit. Fundus fuit in conditione, & est etiam in petitione: sed & nominatim fuit fundus in obligatione. Et male Accurs. non aliter ab eo se explicat, quam dicendo, conditionem eam vel stipulationem esse inexplicabilem, & ideo non subjicitur regulis juris. Falsum vero hoc est, eam esse inexplicabilem: inexplicabilis conditio est, quæ existere non potest, vel quam extitisse constituere non potes, quin inveniatur non extitisse: & e contrario, ut in *l. 16. de condit. instit.* testator ita dixit: si Primus heres erit, Secundus D heres esto, si Secundus heres erit, Primus heres esto, Primus non potest heres existere, quin Secundus existat, & contra: non potest Secundus heres existere, quin existat Primus. Res est inexplicabilis: atque ideo inutilis institutio: non enim possis constituere, quis sit heres, consultusque nihil potes respondere, nisi quod Celsus, quodam loco uno verbo respondit, *ἀπορῶ, subsisto: ἀπορία* vitiat institutionem, vitiat omnia negotia. Sed tamen in *d. l. 9.* nulla est *ἀπορία*, talis: nam occupat alter, & agendo existit conditio, &, ut ait Pompon. in *d. l. 9.* finis dandi alteri est, quoad agat alter, id est, intelligitur non posse alterum agere, cum agit alter. Sed tamen valde placet quod ibi adnotavit Accursius, quia repeti videtur ab eo, quod scribit M. Tullius in Lucullo: quanquam id didicerit potius ex Boetio: & verum est quod ait; *Inexpli-* E *cabilia non subjici regulis juris*: utitur exemplo Dialecticorum, quorum axioma est: *omne aut verum esse, aut falsum*, notum non tantum M. Tullio, sed & nostris auctoribus; nec etiam id condemnat disciplina Stoicorum: excipiunt inexplicabilia; nam nec vera, nec falsa esse possunt, *l. qui quadringenta, ad l. Falc.* & utitur exemplo accommodatissimo Marc. Tull. de loco: *Si te dicis mentiri, & non mentiris, mentiris igitur*: cui simile est, quod Accurs. subjicit, *Si sancte juras te pejerare, & non juras, sancte pejeras*, inquit. Contra: *si sancte juras te pejerare, & juras sancte, non pejeras igitur*. Hæc sunt quæ dicuntur inexplicabilia, *ἄπορα*. Sed in *d. l.* nulla est inexplicabilitas. Altera lex est l. qui Romæ §. Flavius *hoc tit.* species hæc est. Donavi servum, ut manumitteres, & si

non

non manumitteres, stipulatus sum pœnam: an possum agere, ut servum manumittas omissa pœnæ petitione? sic sane, & quod est in conditione, est etiam in petitione, quod, inquam, fuit in conditione & stipulatione, est etiam in petitione, & agam de manumittendo servo. Sed respondendum: id quod est in hac specie, non est in stipulatione, sed est in conventione, quia donavi ea lege ut manumitteres, ex qua est actio præscriptis verbis. Difficilior est *l. nuda, de contrah. stip.* Certum est, ex pacto nudo non nasci actionem, vel si non animo stipulandi ita convenerit inter nos, Dabis? dabo, non conceptis verbis: nam stipulatio fit solemniter, & a JC. definitur conceptio verborum, qua oratione significatur solemnitas stipulationis. Sed si quibuscunque verbis convenerit, ex eo pacto nudo non nascitur actio, sed exceptio tantum. Finge: convenisse inter nos pacto nudo, ut dares mihi aliquid, & mox: si non dares, stipulanti mihi te promisisse quanti ea res esset dari. Quod convenit pacto nudo, fuit tantum in conventione, non in stipulatione, nec fuit etiam in alia obligatione, quia ex nudo pacto non nascitur obligatio. Et tamen *d. l. nuda* ait, agi posse de eo quod stipulatione comprehensum est. Id igitur, quod est in conventione, est in petitione: dicamus breviter, in specie *l. nuda*, id, quod est in conventione, non est in stipulatione, non est in obligatione. Fateor: sed est in conventione nuda, ex qua non nascitur quidem actio, sed agi tamen ex ea potest reo patiente: quod si non patiatur, tum incidit in pœnam stipulatione expressam. Ergo brevius ita respondendum. Imo non est nolente reo, ac simul volente reo est. Hæc dixisse sufficiebat ad hanc *l.* 115. Sed necesse est ut de vexata illa quæstione inter interpretes dicamus aliquid. Quæstio est, an stipulatio pœnalis novet priorem stipulationem: vel, an ita perimat ac tollat priorem, ut ea sola valeat, nam novatio peremptio est. Quæritur inquam an possit solum agi ex posteriori stipulatione pœnali? Nihil est certius, stipulatione pœnali non novari priorem stipulationem, *l.* 28. *de act. empt. l. si quis, & l. seq. pro soc. l.* 14. *C. de pact.* & ratio est evidens, quia nunquam fit novatio, nisi id agatur: sed in dubio non fit. Agi cum dicimus, tacitam voluntatem, non expressam intelligimus, *l.* 3. *de reb. cred.* nisi adjiciamus agi nominatim, ut in *l.* 9. *de in diem addict.* Agi enim verbo significatur tacitus intellectus, & ei opponitur verbum caveri. Jure veteri non fit novatio, nisi id agatur tacite: jure novo ex constitutione Justiniani non fit novatio, nisi id agatur nominatim & diserte, *l. ult. C. de novat.* Alioqui res procedit, ut ait Justinianus *ἀνοβατεύτως*, ut pridem restitui. Ergo liberum est stipulatori utra maluerit agere, priori, an posteriore tantum. Obstat *l.* 44. §. *ult. de oblig. & act.* In ea lege proponitur hæc stipulatio, *si fundum non dederis, centum dari*, & ait eleganter sola 100. esse in stipulatione, fundum in solutione. Deinde proponit aliud genus stipulationis, de quo tamen idem statuemus, quod de priore: *stipulor navem ædificari, nisi ædificaveris, centum.* Quæritur, an duæ sint stipulationes, una pura, altera conditionalis? Sane ante moram promissoris duæ sunt stipulationes, ut dicebamus nuper de penu legata: post moram promissoris, hoc est, postquam noluit navem ædificare, & exiit tempus, quo fieri potuit, an etiam sunt duæ stipulationes? Videntur quodammodo. Sed magis est, ut dicamus, priorem quasi transferri in stipulationem pecuniæ, & quasi novationem fieri: ac proinde solam pecuniam in petitione esse. Ergo stipulatio pœnalis novat priorem. Est vitiosa collectio. Nam multum differunt inter se, fieri aliquid, & quasi fieri. Et in jure modo dicunt juris auctores, fieri aliquid absolute, modo quasi fieri. Non fit igitur novatio cum dicat Paul. *quasi novationem fieri.* Quinimo ex hoc potius colligas, non fieri novationem. Sed cur fit quasi novatio? quia superest solius pecuniæ petitio, nec jam agi potest de nave facienda. Cur tamen non fit novatio hodie? quia non eadem res venit in utramq; stipulationem. Nam in una venit navis, in altera pecunia, & fit novatio duobus tantum modis: aut cum mutatur debitor, ut cum alius pro alio principalis assumitur, qui dicitur expromissor, non ut fidejussor, qui dicitur adpromissor. Item fit novatio cum mutatur causa debendi, ut cum quod debetur ex testamento, convertitur in causam stipulationis, ut deinceps debeatur ex stipulatione, non ex legato. Et in summa fit novatio per mutationem debitoris, vel causæ debendi. Novatio non est si mutetur res, ut si convenerit, ut pro nave detur pecunia, sed tantum quasi novatio est post moram debitoris, quam fecit in nave ædificanda, quia solius pecuniæ petitio superest.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. III. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VIII. de Statu homin.

Imperator Titus Antoninus rescripsit, non lædi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti.

ANTONINUM Pium Papinianus refert rescripsisse, non lædi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti. Tenor instrumenti male concipitur, si quid falsum scriptum sit errore vel simulatione, ut in *l.16. C. de liber. cau. & in l. ult. C. de ingen. man.* si liber homo sponsaliorum, id est, arrarum nomine quasi servus datus sit, ait utraque lex, eam rem nihil officere libertati, nec lædi statum capitis, hoc est, ex ea re liberum non fieri servum; quod utique verum est etiam si volente libero homine, & sciente, vel patiente conscriptum instrumentum fuerit: nam etsi palam edixerit in jure, se servum esse, non fit propterea servus: nemo fit servus nuda voluntate, confessione, vel scriptura nuda, aut nuda conventione, *l.37. de lib. caus. l.6. l. parentes, l. liberos, l. interrog. C. de lib. caus.* Servi enim aut nascuntur, aut fiunt, & non quovis modo, sed certis tantum, bello, pretio seu præmio, ut est in l. 2. C. Th. ad SC. Claudian. Bello, si capitur ab hostibus liber homo, quæ est jurisgentium servitus: præmio vel pretio fiunt servi (his enim nominibus præmii & pretii promiscue utimur) cum liberi homines se vendunt, vel etiam se venire patiuntur ad pretium partiendum, prodita scilicet libertate sua, §. *servi autem, Inst. de jur. pers.* Servi etiam fiunt connubio, quod est e Senatusconsulto Claudiano (ut & illud de pretio, quod diximus) ut puta, si mulier libera junxerit se servo alieno, nolente domino servi, *l. si apud, C. Th. de lib. cau.* quod tamen hodie sustulit Justinianus, §. *ult. Inst. de suc. sublatis, &c. l. un. C. de SC. Cl. toll.* Item fiunt servi, si liberi homines actum domini gerant, id est, si venundari se patiantur, ut actum ejus qui emit gerant, *l. si quis, §. irritum, de injust. rupt. & irr. fac. test.* Et id fit hac puto ratione, quod actorem esse tantummodo ad servos pertineat; & inde nomen servi actoris, qui est columen totius familiæ. Postremo servi fiunt in censu, id est, cum liberi homines censeri nolunt, quod descendit ex lege Regia, seu ex 12. tabulis: quod enim est ex lege Regia, id etiam est ex 12. tabulis: nam leges Regiæ translatæ fuerunt in 12. tabulas. Ut servus censu fit liber: sic contra liber fit in censu servus, id est, sicuti servus, si permissu domini nomen in censum detulerit, liber efficitur: soli enim cives Romani censentur: sic contra, si quis liber census non fuisset, pro servo habebatur, & a populo vendebatur. His igitur modis fiunt servi, non scriptura nuda, vel errore male concepti instrumenti. Hi non sunt legitimi modi mutandæ conditionis, seu adquirendi dominii servi; sicut nec cujuslibet alterius rei dominium nuda conventione nobis adquiritur. Et in summa, nuda voluntate, aut nudo pacto non fit servus. Hæc igitur non mutant statum capitis, vel ut ait

l. 27.

l.27.C.de liber.cau. hæc non mutant statum veritatis, vel nomen substantiæ ejus hominis, qui vult fieri servus. Quod est patrimonium, non fit peculium, non mutatur nomen bonorum & substantiæ in nomen peculii, nam in servo non nomen tantum sed & conditio & substantia mutatur, eumque in cujus potestatem redigitur servus effectus, bona sequuntur & accipiunt nomen peculii novum. Posset etiam quis rescriptum D.Pii referre ad instrumentum manumissionis, quod qui servum manumittit præstare cogitur, *l.sicut datam, de lib.caus.* & satis antiquum manumissionis exemplum ita fere scriptum legi: *Ille civis Romanus esto, ita ut ab hodierna die ingenuus, atque ab omni servitutis vinculo securus permaneat, tanquam si ab ingenuis fuisset parentibus procreatus. Eam denique pergat partem, quamcunque elegerit, ut deinceps nec nobis, nec successoribus nostris, ullum debeat noxiæ conditionis servitium, sed omnibus diebus vitæ suæ sub certa plenissimaque ingenuitate, sicut alii cives Romani per hunc manumissionis atque ingenuitatis titulum, semper ingenuus & securus existat.* Hæc verba demonstrant servum manumissione ingenuum fieri, non libertinum. Quod jure novissimo obtinuit. Sed finge, esse in instrumento manumissionis errorem in nomine manumissi, an ejus læditur status si modo de corpore constet? minime, *l.qui habebat, de manu.test.* Possis etiam rescriptum Pii referre, ut facit Accurs. ad professionem natorum liberorum, quæ a parentibus solebat fieri apud acta, ad quem respicit *l.2.C.si min.se maj.dixerit:* ubi proponitur minorem 25. annis ætatem probasse ex tabulis professionum, *παιδογραφιῶν* ibidem in Basil. appellantur *ἀπογραφαὶ τῶ πατρὸς*, quæ etiam possunt fieri a matre absente marito, vel ab avo absente patre, *l.16.de prob. l.2.de excus.* Modest. ait, ex iis, nempe *ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων* probatur ætas. Hæc est præcipua causa instituendarum harum professionum, ut ex iis probetur ætas hominum, quæ probatur etiam ex professione censuali, *l.3.de censibus.* Denique probatur testibus & obstetricibus, & ex aspectu corporis, *l.3.C.si min.se maj. l.32.de min.* nam & pubertatem ex aspectu verecundioris partis in masculis olim dijudicabant: in feminis vero ex anno 12. qua in re fuit controversia inter Cassianos & Proculianos: In maribus erat dissentio: Cassiani ex habitu illius partis æstimabant, Proculiani ex annis. Priscus Javolenus ex utroque aspectu & annis. Verum Justinianus Proculianorum sententiam probavit, ut ætas in maribus probaretur ex annis. Sed de professione natalium tantum loquamur. Si mulier, quæ erat gravida repudiata sit, & post repudium filium enixa, odio mariti, eum filium absente marito, ut spurium, actis professa sit: nihil ea res lædit statum filii, veritati locus superest: ideoque mortua matre intestata poterit filius hereditatem matris adire jussu patris: quæ est species *l.29.§.ult.de prob.* Et hanc solam legem annotari vellem ad hoc rescriptum Antonini Pii non lædi statum liberorum, id est, *τῶν παίδων*, ut accipit Accurs. ob professionem natalis male conceptam.

Ad L. Pen. de Negot. gest.

Ignorante quoque sorore, si frater negotium ejus gerens, dotem viro stipulatus sit: judicio negotiorum gestorum, ut virum liberet, jure convenitur.

FRater pro sorore dotem dedit, ut debet, quod maxime notandum est, videlicet si sit consanguinea, & si aliter nubere non possit, *l.cum plures 12.§.pen.de adm. tut.* qui locus singularis est, ut frater cogatur exhibere sorori paternum officium. Finge igitur: Frater cum esset animi paterni erga sororem, pro ea dotem dedit, & ignorante sorore animo gerendi negotia sororis a viro stipulatus est soluto matrimonio sibi dotem reddi. Papinian. ait, fratrem sorori teneri act. neg. gestorum quamvis ipse dotem dederit, in hoc ut virum accepto liberet, si velit soror virum sibi obligatum, non fratri, vel etiam teneri negotiorum gest. judicio, ut cedat sorori actio-

A nem ex stipulatu, vel maritum deleget sorori: denique emolumentum ejus stipulationis perveniet ad sororem, non ad fratrem, cum nec stipulando sui negotii gerendi animum habuerit, sed sororis: locus est actioni negotiorum gest. si ignorante sorore stipulatus sit. Quid si sciente & mandato sororis ita stipulatus sit frater in eadem causa, quam diximus? tenebitur actione mandati. Idem erit si mater pro filia dotem dederit & stipulata sit, *l. idemque 10. §. si cui mandavero, ff. mand.* in qua citatur Papin.

Ad L. Si filius XXX. de Minorib.

Si filius emancipatus contra tabulas non accepta possessione post inchoatam restitutionis quæstionem, legatum ex testamento patris major 25. annis petiisset, liti renun- B *tiare videtur, cum etsi bonorum possessionis tempus largiretur, electio judicio defuncti repudiatum beneficium prætoris existimaretur.*

HÆc l. est de filio emancipato præterito testamento patris. Filius præteritus est, qui in testamento patris silentio omissus est, id est, qui neque heres institutus est, neque exheredatus. Sed quid si ei aliquid legatum sit relictum, aut fideicommissum, an præteritus videbitur? Sic sane, quia omissus est in parte principali testamenti, id est, in institutione, quæ est caput testamenti. Differentia autem est inter suum & emancipatum filium: Nam si filius suus testamento patris præteritus sit, testamentum est ipso jure nullum: Quod si filius emancipatus testamento patris præteri- C tus sit, valet quidem testamentum, sed rescinditur beneficio Prætoris, data bonorum possessione contra tabulas, quæ tamen intra annum petenda est: post annum rescindi non potest per bonorum possessionem contra tab. Filius igitur emancipatus potest judicium patris intra annum rescindere per petitionem bonorum possessionis contra tabulas: quam tamen si intra annum legatum vel fideicommissum, quod ei, vel servo ejus relictum est, elegerit, videtur repudiasse, quia agnovit judicium defuncti, *l.3.§.ult.de bon. poss.cont. tab.* idemque est, si quocunque alio modo agnoverit judicium patris, *l.15.si. præteritus, eod. tit.* nam & filius suus, si approbavit judicium defuncti, testamentum ex æquo & bono sustinetur quamvis sit ipso jure nullum, *l.17. filio præterito, de inju. test.* Amittit quoque filius eman- D cipatus bonorum possessionem contra tabul. tempore sive omissione. Nam in jure amittere latius patet, quam omittere: nam amittere est tempore excludi, ut si intra annum non petierit bonorum possessionem, eam amisit. Sed si cum esset minor 25. annis, bonorum possessionem omiserit intra annum beneficio ætatis, quia lapsus est lubrico ætatis, post annum per restit. in int. rursus admittetur ad bon. possessionem contra tabulas. Verum hæc restitutio datur causa cognita, vocatis scilicet iis quorum interest, *l.13.§.causa. l.29.§.ult.de minor.* Et ideo in hac *l.20. & in l.6. si intra, C. de in integ. restit.* causa restitutionis dicitur lis, & qui eam postulat, quive de ea controversiam movet, dicitur agere. Itaque non male dixeris causam restitutionis in integrum esse litem: nam quod inter partes duas disceptatur causa E cognita, lis est, actio est: & vera definitio actionis est, inter partes duas disceptatio causa cognita, si quidem velis litem, aut actionem non accipere latissime. Finge nunc: pendente lite restitutionis in integrum, is, qui petiit restitui, qui litem fecit, jam factus major 25. annis legatum agnovit, an & hic rursum amittet bon. poss. cont. tab. Amiserat eam jam ante anno elapso, sed desiderat se restitui in integrum, quia minor lapsus esset lubrico ætatis, & cum nondum desiderium suum explevisset pendente lite legatum agnovit, quid fiet? videtur inquit petitionem bonorum repudiasse, ut in *l. Papin. 20. hoc tit.* quia minori etiam ex hac causa possit subveniri. Concludamus, sive post annum pendente lite restitutionis in integrum minor 25. annis agnoverit ju-

dicium defuncti, hoc est, legatum acceperit, vel fideicommissum ei relictum; sive intra annum minor aut major illud fecerit, amittit bonorum possessionem contra tab. Et ita omnino videtur argumentari Papin. in hac l. si intra annum electo legato amittitur bonorum possessio: & post annum multo magis, licet ad restitutionem in integrum lis contestata fuerit. Ex hoc loco intelligitur minori 25. annis currere tempora, sive dies petendæ bonorum possessionis; minorem excludi tempore a prætoris beneficio non minus quam majorem: male hic Accurs. in verbo prætoris, putat emendari in *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. est necess.* quæ lex generaliter definit, exceptiones temporum minoribus non nocere; ex quo efficitur, non currere ullum tempus minoribus, nec eis necesse esse, ob eam rem petere restitutionem in integrum, quandoquidem ea minoribus non exeunt nec pereunt.. Sed ita respondendum. Fateor exceptiones temporales minoribus non nocere, nec omnia, quæ tempore majoribus pereunt, etiam minoribus perire: quædam tempore pereunt per exceptionem, non ipso jure: hæc non pereunt minori. Quædam pereunt ipso jure, non opposita exceptione temporali: hæc pereunt minori: & ita dicamus, annum petendæ bon. possessionis currere minori ipso jure, eumque repelli, nisi eam petierit, quæ anno definitur. Similiter quoque annus currit minori, qui est præfinitus ad implendam voluntatem defuncti, *Novell. 1. de hered. cap.* 4. Item minori currunt tempora interponendæ appellationis, si forte condemnatus sit, *l. 7. ait prætor, §. item si, hoc tit.* Currunt minori etiam tempora præfinita finiendis litibus, puta tempus triennii in caussis civilibus, ac nisi triennio peragat, ipso jure lite cadit, *l. properandum, §. ult. C. de jud.* Sæpe nostri auctores utuntur ea *lege ult. C. in quib. caus. in integ. rest.* ut scilicet ex ea ostendant pleraque jura emendari: sed quæcunque emendant, accipienda sunt restricte. Hæc igitur *l. ult.* stricte est accipienda de iis scilicet, quæ minori tempore pereunt per exceptionem.

Ad L. Denique si emptor XIX. ex quibus caus. maj. 25. ann.

Denique si emptor prius, quam per usum sibi adquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia hæc sine possessione non constitit: possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio.

HÆc lex cum præcedente & cum sequente ita connexa est, ut sine illis explicari non possit. Sciendum est, ex hoc edicto subveniri majoribus 25. annis per restitutionem in integrum, absentibus scilicet ex causa justa, veluti reipub. causa, aut studiorum. Subveniri etiam captis ab hostibus aut aliis, qui in servitute, aut vinculis, aut custodia, aut sub fidejussorum satisdatione fuerunt, ne scilicet suæ rei damnum faciant, ne justa absentia, ne captivitas, ne servitus, ac vincula, ne cetera eis noceant: ut si interim res eorum usucapta sit, ex eo edicto usucapio rescindatur restituta utili actione in rem, perinde ac si res eorum usucapta non fuisset: & subveniri etiam ne lucrum perdant, quod fecissent interim sine damno alterius, si ab hostibus capti non fuissent, vel alia justa ex causa peregre non abfuissent, ut si hereditatem vel legatum, quod interim adquirere potuerunt, propter absentiam aut captivitatem, perdiderunt, id postea reversi recipiant, restituta eis utili actione ex testamento, vel utili hereditatis petitione, *l. 17. 27. l. 41. si quis Titio, hoc tit.* Duo sunt genera lucrorum: quædam obveniunt sine damno alterius, ut hereditas, fideicommissum, legatum: hæc recipiunt beneficio hujus edicti, si ea perdiderunt: exempli causa, si testatoris mortis tempore Italia procul abfuerint, cum tamen relictum fuisset legatum sub hac conditione, si mortis tempore in Italia essent, *d. l. si quis Titio.* Quædam lucra obveniunt cum

A damno alterius, ut ea, quæ adquiruntur per usucapionem, quæ usucapio lucrosa est ei, qui usucapit, & damnosa ei, cujus res usucapitur, admissa tamen legibus, & probata propter commune bonum, ut sit finis litium *l. ult. pro suo, & l. 1. de usucap.* Ad lucra ejusmodi recipienda, hoc edicto non restituitur major 25. annis. Et hoc est, quod eleganter definit Paulus in *l. præcedenti*, majoribus 25. ann. hoc edicto subveniri in damnis amittendæ rei suæ, non cum alieno detrimento. Et notandum maxime, quod ait, *ex alterius damno vel pœna, &c.* Inde intelligitur hoc edicto restitui actiones eas, quæ rem persequuntur, non pœnam, si interim earum dies exierit, cum temporales essent. Odiosæ actiones non restituuntur: denique, quæ rem persequuntur familiarem, quæ abest, non, quæ rem alienam cum alterius detrimento.

B Hujus rei exemplum subjicit Papinianus in hac *l.* 19. Finge. Titius a non domino rem alienam bona fide emit, & priusquam eam usucepisset, captus est ab hostibus. Captivitate interrumpitur usucapio: quod naturalem rationem habet: nam possessio sane captivitate interrumpitur: non enim potest sibi possidere is, qui ipse possidetur ab aliis. Captus ab hostibus possidere desinit, & usucapere igitur: nam usucapio sine possessione contingere non potest. Denique captivitate interrumpitur possessio, & usucapio. Videamus tamen, an eo reverso ab hostibus, restituatur usucapio jure postliminii, ut scilicet fingatur medio tempore possedisse, quod præcipue definitur in hac *l. 9.* Deinde videamus si usucapio non restituatur fictione postliminii, an restituatur beneficio hujus edicti: quod definitur in *l. seq.* Sed ante omnia

C accurate fundare oportet, quod supra diximus, usucapionem captivitate interrumpi, & proponitur in *l. 15. si is, qui pro emptore, de usur. & usuc. l. 12. in bello, §. facti, de capt. & postlim.* Papin. hoc loco, emptore, priusquam usucaperet, capto ab hostibus, ait, interruptam esse possessionem: Græci *δεσποτείαν*, idest dominium, quod scilicet usucapione adquiritur, *l. ait prætor, §. 1. hoc tit.* Ergo possessionem hic Papinian. accipit pro usucapione. Et recte Accurs. interruptam possessionem, hoc est, usucapionem, & ita in *l. cum miles 30. hoc tit.* possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, &c. quod ex hoc loco hodie in tota Gallia obtinet, ut possessio, id est, usus rei, a defuncto in heredem transeat, etiamsi ab herede non apprehendatur possessio: id sane summo errore obtinet: nam error hujusce consuetu-

D dinis desumptæ ex *d. l. cum miles, le mort saisit le vif son plus procbain lignager habile a luy succeder ab intestat sans apprehension de faict*, commissus est ab iis, qui non animadvertebant possessionem accipi illo loco pro usucapione, non pro usu rei: nam possessio re vera est usus rei, quæ definitio tradita est ab Ælio Gallo, nec in suum heredem transit, nec in extraneum, nisi naturaliter apprehendatur, *l. 23. in prin. de adquir. possess.* Dominium quidem in suum heredem ipso jure transit, vel potius continuatur, *l. in suis 11. de liber. & post.* In extraneum vero, ante aditam hereditatem dominium non transit. Usucapio autem cœpta a defuncto, necdum impleta, in heredem descendit ipso jure, & perficitur non adita hereditate, nec apprehensa possessione: & hoc est, quod ait *l. cum miles*, ad quam adde, *& nondum apprehensa*

E *possessione.* Quæ igitur cœpit a defuncto, completur per se etiam jacente hereditate & possessione vacua, hoc est, nullo extante possessore, ac deinde proficit heredi ea usucapio quasi perfecta, postquam adiit hereditatem, *l. nunquam, §. vacuum, l. 44. justo, §. nondum, l. 40. cœptam, de usuc. l. 6. qui eum, §. ult. pro emp.* Idque est receptum & constitutum jure singulari: nam rigor juris desiderat continuationem possessionis secundum usucapionis definitionem, quæ est, adeptio dominii per continuationem possessionis, &c. Est igitur in hac l. 19. *πλοκὴ* cum dicitur, possessionem sine possessione non consistere: neque enim initio idem significat verbum, possessionis, quod post. Initio est usucapio, post, usus rei. Et sensus hic est, possessio non consistit sine possessione:

sione: usucapio non consistit sine usu rei. Verum quoniam usucapio captivitate interrumpitur, quid fiet, si decesserit, qui captus est ab hostibus, & non possit ad suos reverti? medium tempus proderit heredi ad usucapionem complendam, quamvis nemo possideat eo tempore, idque per l. Corneliam, perinde ac si nondum pervenisset in hostium potestatem, *d.l.15. si is qui pro empt. ff. de usurpat.* Quod si revertatur, an dicemus, ei medium tempus proficere ad usucapionem complendam, ut fingatur usucepisse medio tempore, quamvis revera ipse non possederit? minime. Et hoc voluit dicere Papinian. in hac *l.19. interruptam usucapionem non restit. postliminio*, hoc est, jure postliminii adimpletam esse medio tempore usucapionem non fingi. Et utitur elegantissima ratione: *quia*, inquit, *usucapio sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet*, hoc est, in facto consistit: puta cum corpore insistis, & rei incubas: *causa autem facti non continetur postliminio*, ut Græci ὑποστροφῆς δικαίῳ οὐ περιέχεται *d. l. in bello, §. facti, de capt. & postli.* Facti causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt, hoc est, facta (puta possessiones) possidere autem, aut non possidere, non possunt reddi infecta fictione postliminii. Non potest postliminium efficere, ut videatur quis fecisse aut non fecisse, possedisse aut non possedisse, quæ secus sunt, & consequenter, ut videatur quis usucepisse, qui non usucepit. Efficit igitur postliminium, ut jura, quæ amisisti captivitate recipias, puta, dominium, patriam potestatem, libertatem, civitatem, actiones, & cetera jura omnia: non etiam ut videaris fecisse, quod non fecisti, puta, possedisse, quod non possedisti. Exponamus latius quod ait Papin. in hac l. 19. possessionem plurimum facti habere: nam etiam possessio plurimum juris habere dicitur in *l.49. de adquir. vel amitt. poss.* Permixta igitur est possessio ex utroque, ex jure, & ex corpore seu facto possessoris, sed magis ex facto possessoris, ut indicat *l.3. §.1. de bonor. possess.* & hoc distat possessio a bonorum possessione: quæ plus ex jure habet, quam ex facto; plus juris est, quam corporis, ut ait lex 3. *de bon. poss.* sive ut nostri auctores loquuntur, detentationis, aut corporalis apprehensionis. Cur vero dicimus magis esse ex corpore? quia possessio initium sumit a facto, vel a corpore, id est, a naturali apprehensione, quæ duobus Digestorum locis detentatio dicitur: & hæc est proprie possessio naturalis. Facto seu corpori postea accedit animus, opinio, jus dominii: & ita perficitur possessio civilis, quæ dicitur constare tum corpore, tum animo, id est, ψυχῇ καὶ σώματι δεσπότου, ut loquitur Theoph. *l. possessionem 29. de adq. vel amitt. poss.* & quæstio hæc, an possessio sit facti, an juris, sic definienda est: utriusque est, sed factum videtur in ea præponderare, id est, magis in ea factum, quam jus inspicitur. Quod si possessio magis est facti quam juris, non continetur postliminio, & consequenter nec usucapio, hoc est, qui postliminio redit, medio tempore non intelligitur possedisse, nec igitur usucepisse. Constat igitur jure postliminii non restitui usucapionem. At quæramus, quod supra attigimus, an usucapio restituatur beneficio edicti restit. in integrum. Pertinet ad hanc quæstionem *l.20. & l.23. ait prætor, §.1. hoc tit.* Et observandum maxime quibus gradibus procedat. Ulpian. in *d.l.23.* ponit primum, captivum non posse inchoare usucapionem: deinde, non posse cœptam ante captivitatem in captivitate implere: tum addit non posse fingi adimpletam usucapionem, quæ cœperat ante captivitatem, a quibus causis semper sunt excipienda ea, quæ servi captivorum, qui in civitate manserunt, possederunt interim, dum dominus fuit apud hostes, ex causa peculiari. Nam reversus dominus etiam apud hostes medio illo tempore possedisse ac usucepisse intelligitur: quod quidem est receptum jure singulari, nec trahendum ad consequentias, *d.l. si is qui pro empt.* Ea tamen, quæ possedit captivus per se ante captivitatem: nec possedisse intelligitur nec usucepisse jure postliminii, sed adjicit in *d.l. ait prætor, §.2.* succurrendum esse captivo, qui ad suos

A rediit, si per captivitatem possessionem amiserit, aut quasi possessionem. Et recte definit, quid distet possessio a quasi possessione. Possidemus rem corporalem, ut fundum, quasi possidemus rem incorporalem, veluti usumfructum. Dices, ergo possessio restituitur reverso postliminio? sic sane ea quam habuit ante captivitatem: qui redit ab hostibus, redit in possessionem rerum suarum; sed non intelligitur medio tempore quicquam possedisse. Atque ita verum est postliminio possessionem restitui & non restitui. Restitui, id est, reverti eum in possessionem earum rerum, quas ante possedit: non restitui, id est, non fingi eum quidquam medio tempore possedisse, licet fingatur interim sua omnia jura retinuisse. Verum, quod quæsivimus ante explicemus. An beneficio prætoris per restit. in integr. hoc consequi po-
B terit, ut intelligatur medio tempore usucapionem implevisse? minime: & hoc est, quod ait l. seq. nec utilem actionem esse dandam, nec igitur postliminio restitui usucapionem, nec utilem actionem, id est, restitutoriam atque si usucepisset. Et utitur eleganti ratione: quia iniquum est auferre domino, quod usus, id est, usucapio non abstulit. Ergo qui non usucepit, non habet actionem vel directam, vel utilem, qua rem domino abstrahat: nam & vicissim dominus non intelligitur amisisse, quod ei ablatum non est. Nec ergo domino auferre possum, quod ei usucapio non abstulit, aut sane injuria aufero. Unum tantum adhuc objicitur ei, quod diximus usucapionem sive possessionem non restitui postliminio. Multa objiciuntur, sed ex his quæ diximus facile dirimi possunt. Restat unum ex *l.1. §. si quis, de*
C *itin. act. priv.* Iterdictum illud, quod est prohibitorium, datur ei, qui hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario usus est illo actu. At finge eum non esse usum hoc anno, idque per vim vel hostium, vel prædonum contigisse, non sua culpa: vis hostium, vel alia justa causa fecit, ne hoc anno uteretur, cum tamen usus fuisset superiore anno, & usus fuisset hoc anno, nisi prohibitus fuisset, an hoc interdicto utetur? ipso jure videtur non esse dandum, quia hoc anno usus non est, sed tamen ex bono & æquo restituetur in integrum repetita die, quasi superior annus hic sit annus. Et sane summa est ratio dandæ restitutionis, nec eadem ratio intervenit in proposita usucapionis quæstione. Itaque mihi videor submovisse ea omnia, quæ objici poterant in hanc legem.

D Ad L. cum Furiosus XXXIX. de judic. & ubi quisque.

Cum furiosus judex addicitur, non ideo minus judicium erit, quod hodie non potest judicare, ut scilicet suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit. Neque enim in addicendo præsentia vel scientia judicis necessaria.

§.1. *Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fidejubere potest, cum privilegio suo, cum sit in Italia contractum, uti non potest.*

JUdex, qui datur a magistratu, non tantum dari dicitur a Jurisconsultis, sed reddi, *l.3. C. arb. tut.* itemque addici, ut hoc loco. Sicut in *l.46. & l. 80. hoc tit. & l.4. de eo quod certo loco, l.59. §. ult. ad Trebell. l. 30. fam. ercisc.* Et ita semper legendum; *judex addictus*, non *adjectus* vel *additus*: Et ita omnino legendum in *l.7. &*
E *l.10. C. fam. ercisc. & §.1. Instit. de off. jud.* & in Val. Max. veluti *l.8. cap. 2. arbitrum Claudio addixit, & formulam quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona.* Hæc Valer. apud quem male legitur, *arbitrum adduxit ut daret formulam*; nec legendum quoque *addixit formulam*: Nam & apud eundem judex addictus non additus: & apud Ciceronem *Arbitrum addicere*, non *adjicere*, vel *adigere*. Non tamen sic legi velim in *l.1. C. de recept. & qui arb.* ut quidam volunt. Lex ait, *Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse.* Rectissime in *d. l.1.* legitur *aditi*, non *addicti*. Nam non addicuntur arbitri, sed adeuntur & sumuntur: & ita recte dicitur additus arbiter ex compromisso, ut Græci πρὸς αἵρεσιν δεξάμενος, hoc est, *aditus*. Sic nostri aucto-

auctores, *& judicem addicere* dicunt pro *dare*, sive judicium addicere. Sic Trebatius apud Macrob. judicia addicere ait. Varro: *addicere judicium* pro eo, quod dicitur actionem dare. Et ita in 12. tab. *Addicere litem*, est secundum aliquem dare litem seu sententiam: apud Tacitum, *addicere convivium*, unde forte *addiciales epulæ*, non *adjiciales*, sic *addicere bonor. possessionem*, est dare bonor. possessionem. Hic igitur quæstio est de furioso addicto judice. Primum tractemus de homine sano, qui judex datus est, vel addictus a magistratu, an furore superveniente judex esse desinat? minime: sed mutari debet, si furor perpetuus, aut longior erit, *l.46. hoc tit.* alioqui si brevis sit furor, est enim plane furor, futurus dies tantum diffinditur, ut in 12.tab.ob morbum sonticum judicis addicti: est enim plane morbus sonticus, furor, *l.66. de re jud.: l. 2. §. si quis caut.* Sed an etiam recte ab initio judex datur, qui furiosus est? an recte judicium constitutum sit? Et ait, judicium esse: & judicem igitur recte addictum esse: scilicet si per intervalla judex addictus furore corripiatur. Et quemadmodum qui alio quolibet morbo animi laborat, recte judex addicitur: Sic & qui furore laborat, postea intermisso furore fungitur suo munere judicandi, id est, in suis induciis, dilucidis intervallis furoris, recte judicare potest, in quibus induciis testamentum etiam facere potest, *l. 9. furiosum, qui testamen. fac. poss.* & nostri auctores, cum tractant, qui judex dari possit, & quis possit facere testamentum, utuntur argumento a nomine *d. l. cum prætor hoc tit.* perpetuo furiosus & pupillus judicio carent, *Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* Ergo nec impubes, nec furiosus possunt facere testamentum, quod nihil aliud est, quam ultimum judicium defuncti, *l. 19. de inoff. test.* Furiosus igitur in his intervallis, in quibus judicio non caret, recte testamentum facit, & judicium exercet recte, etiamsi cum judex addiceretur, animo consederit furor. Utitur autem Papinianus eleganti ratione, *Judex*, inquit, *datur invitus*: nam judicandi munus publicum est & civile: & certum est omnia civilia munera in invitos conferri. Si invitus judex datur: ergo & ignorans, & absens, ut in *l.26. de reg. jur.* quæ possunt me invito alienari, multo magis me absente & ignorante; & si judex recte addicitur absens, & ignorans: igitur & furiosus. Nam furiosus in jure per omnia, & ut ait *l. 2. §. penul. de jure cod.* absentis loco est & ignorantis, *l.12. si a furioso, de reb. cred.* Sic argumentatur Pompon. Si condictio potest adquiri ignoranti: ergo & furioso, *l.209. coram, de verb. sign. l.224. de reg. jur.* Verum in contractibus furiosus non potest haberi absentis loco, *l.5. de reg. jur.* quia natura negotii id non patitur: requiritur enim consensus utriusque: Sunt quidam contractus, qui fiunt inter absentes, sed sanos: datur procurator absens per epistolam, qua accepta si ratum habeat mandatum, perficiuntur contractus. Sed an furiosus etiam recte procurator datur, quia absens? minime, quia non potest confestim ratum habere, ideoque imperfectus erit contractus, *l. 2. de procur.* Ergo contractus inter absentes recte habetur, vel cum absente, non tamen cum furioso. Sequitur alia sententia Papiniani in §.1. Certum est legatis provincialibus Romam missis hoc dari, ut si Romæ conveniatur de eo, quod contraxerunt ante legationem, vel Romæ, vel alibi, ut possint uti privilegio revocandi domum, nec cogantur accipere judicium, *l. 2. §. legatis; hoc tit.* Sed si tempore legationis Romæ contraxerint, de eo recte conveniuntur Romæ, nec possunt revocare domum, *l.32. non distinguemus, §. item si, de recept.* quia Romæ contrahendo in ipsa legatione, videntur suo privilegio renuntiasse. Et hoc est, quod ait Papinianus: eum qui legationis causa Romam venit ex quolibet contractu fidejubere pro aliis posse, & ibi conveniri ubi contraxit: *cum*, inquit, *privilegio suo, cum sit in Italia contractum, uti non possit.* κατὰ πλοκήν: nam in principio dictio *cum* ponitur pro ὅτι, *quia*; in fine autem ponitur pro ὅταν, *quando*. Nemo pro seipso fidejubere potest, sed constituere potest. Constituimus nos soluturos, vel quod ipsi debemus, vel quod alii debent: fidejubemus tantum pro aliis. Videamus, quid dicendum, si legatus se constituerit Romæ se soluturum, quod debebat ante legationem, an Romæ conveniri potest? cum principale negotium non contraxerit Romæ, sed constituit se soluturum, de eo est magna quæstio. Nam in l.8. definitur non posse, inspicit enim causa, & origo constitutæ pecuniæ, ut in *l. 33. de don.* causa autem cœpit ante legationem non in ipsa legatione: nec ex ea causa posset Romæ conveniri: ergo nec ex accessione, seu sequenti causa, quæ accessit priori, Romæ conveniri poterit: atque ita definit *d. l. 8.* Sed longe alter definitur in *l. 5. eum qui, §. 1. de const. pec.* & nullum est ἐναντιοφανές, de quo magis certent Interpretes. Legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat, Romæ conveniri debere, inquit Ulpian. ex Juliano in *d. l. eum qui*. Gajus vero in *d. l. 8.* ait, Legatum non cogi judicium pati propter constitutum. Hæc maxime videntur contraria. Sed videamus, quid dicat *d. l. eum qui, §.1.* duas ibi proponit species. Prior hæc est. Legatus, qui in provincia contraxit ante legationem, & in legatione Romæ constituit se soluturum quod debet, Romæ poterit conveniri. Posterior species hæc est: legatus, qui in provincia contraxit, atque etiam in provincia constituit se soluturum Romæ, non poterit Romæ conveniri actione de constituta pecunia, quamvis constituerit se Romæ soluturum. Quod definitur in priore specie, plane pugnat cum *d.l.8.* Fuerunt itaque quidam, qui in *d. l. eum qui, §.ult.* voluerunt negationem addere, non demere, quorum sententia mihi non probatur, licet non caruerit ratione. Nam si potest Romæ conveniri, debuit dicere Ulpian. *putat conveniri posse, non conveniri debere*: Si affirmat Julianus, cur non ait conveniri posse: Si negat, recte ait conveniri non debere: deinde posteriorem speciem, in qua legatus Romæ conveniri non potest, subjungit his verbis (*sed etsi*) quæ oratio conjunctiva est, non discretiva. Et ea est summa eorum ratio, qui in priori specie negative putant legendum, ut scilicet in utraque specie legatus Romæ conveniri non possit. Non carent igitur illi ratione: sed moveor, quia Græci legunt affirmative, ut habent omnes libri, ὁ πρεσβευτὴς ἐν ῥώμῃ ἐνάγεται ἀντιφωνῶν ὅπερ ἐν ἐπαρχίᾳ ἐδέξατο. Non placet etiam, quod quibusdam videtur in *d.l.8.* legatum contraxisse in provincia: deinde Romæ constituisse se soluturum, cum legatione fungeretur: & tunc Romæ conveniri non posse, quia principale negotium gessit in provincia: at in *l. eum qui*: dicunt legatum non plene contraxisse in provincia, sed tantum accepisse in provincia, veluti accipere mutuam pecuniam, non sit negotium perficere. Hoc est subtile nimis, ergo falsum: nam in utraque specie legatus plene negotium gessit in provincia. Quod autem Ulpian. in *d.l.eum qui*, ait, DEBERE, in eo non est insistendum: nam auctores nostri promiscue utuntur verbis *Posse*, *&* *Debere*: sicut & alii: idem enim utrumque significat. Et in libris nostris, quod velim notetis, articulus, *Sed*, non est semper discretivus: & similiter, *Sed etsi*, non est semper conjunctivus: ideoque in *d. l. eum qui*, quamvis Ulpian. dicat posteriore casu, *sed etsi non cum Romæ esset, &c.* non propterea inferes, etiam in priori specie legatum non posse Romæ conveniri: ideoque in dicta priori specie supplendam esse negationem. Res ita mihi potius videtur esse definienda liquido. Si nominatim Romæ constituerit se soluturum, Romæ conveniri potest: sed si in provincia constituat se Romæ soluturum, non potest Romæ conveniri. Et hæc est sententia Ulpiani in *d. l. eum qui, §. 1.* At si Romæ constituat se Romæ soluturum simpliciter, quod in provincia contraxit, non poterit Romæ conveniri, ut in *d. l. 8.* quia non dixit nominatim se soluturum Romæ: sed simpliciter Romæ constituit: duo requiro, ut Romæ conveniri possit, ut & Romæ constituat, & ut nominatim constituat se soluturum Romæ. Est & alius casus in hanc rem notandus, ex Africano in *l. 3. de legationib.* qui est diversus.

Finge;

Finge: quod in provincia contraxit legatus, constituit in provincia se soluturum, non Romæ nominatim, sed legationis tempore, an Romæ poterit conveniri? sic sane, quia palam renuntiavit privilegio suo revocandi domum, dum scilicet non Romæ dixit se soluturum, sed solutioni tempus legationis designavit.

Ad L. XLIX. de Petit. hered.

Si bonæ fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut qui res hereditarias occupaverint, consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. Petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit. Quid enim si possessor hereditatis negligat? quid si nihil juris habere se sciat?

QUæstio legis 49. *de petitione hereditatis*, est: An is, qui bona fide possidet hereditatem, existimans se heredem, cum non sit verus heres, aut non jure heres, quippe qui controversiam hereditatis ab alio patitur, an interim possit, quamdiu lis non contestatur, cum eo consistere, cum debitoribus hereditariis actione in personam, & æs hereditarium reposcere, vel etiam consistere, cum iis, qui res hereditarias possident actione in rem? Et recte Græci consistere interpretantur προκατάρχεσθαι: quod est litem contestari. Quod quidem verbum in jure nostro esse frequentissimum quidam rectissime observavit. Sed idem perperam illic adjecit apud Ulpianum in *l.adulter* 19. §. *ult. ad l.Jul. de adul.* ubi ita legitur vulgo: *proinde si per collusionem cum adultero constiterit*, rectius ita esse Florentiæ scriptum: *proinde si per collusionem cum accusatore constiterit*: perperam, inquam: primum, neque Florentiæ, neque vulgo scriptum est: *cum accusatore*, sed legitur: *cum adultero*. Et recte quidem, quia reus cum accusatore, vel cum actore non consistit, sed actor, vel accusator dicitur consistere, ac litem contestari cum reo. Idque demonstrat Ulpianus in *l.*11. *de jud.* Præterea vulgo in *d.§.ult.* ita legitur: *si cum adultero constiterit*, non ut ille ait: *si cum accusatore constiterit*. Imo etiam Florentiæ legitur: *si cum adultero constituerit*. Nec tamen mutanda est lectio Florentina, quia modo veteres dicebant constituere, modo consistere, pro litem contestari. Sic Papinianus noster, secundum lectionem Florentinam, loquitur in *l.Imperator* 70. §. *si centum, de leg.*2. his verbis: *si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse*, id est, constitisse. Et sic etiam loquitur Venulejus in *l.procurator* 8. §. *si quis, rem rat.hab.* his verbis: *cum de libertate ejus constituerit*, id est, constiterit, id est, judicatum erit. Sic denique loquitur Celsus in *l.*11. *de custod. & exh.re.* his verbis: *ut cum cognovit & constitit*, id est, cum ei constitit & apparuit de crimine. Et sic etiam locutus est Sallustius in Jugurth. *agmen constitit*: verum quod ad præsentem quæstionem attinet; Bonæ fidei possessor, cui fit controversia hereditatis, lite nondum contestata, interim potest uti actionibus hereditariis, vel in rem, vel in personam, sed repelletur exceptione præjudiciali, quod præjudicium hereditati non fiat, *l.*5. *in fi.h.t.* magna est auctoritas centumviralis judicii, ut nihil in ejus præjudicium fieri possit: petitio autem hereditatis est centumvirale judicium, ut nihil in ejus præjudicium fieri possit: *l.ult.C.eod.* Hoc cum ita esset, Papin. ostendit hoc loco, aliquando ex causa denegari exceptionem præjudicialem, & citra metum hujus exceptionis utiliter bonæ fidei possessorem, quamvis fiat ei controversia, interim consistere, vel cum debitoribus hereditariis, vel cum possessor. rerum hereditariarum, ex causa, si res urgeat, si sit periculum, ne pereant actiones temporales, vel ne debitores pauperiores fiant, vel si sit metus ne res usucapiantur quæ possidentur ab aliis: loquitur de bonæ fidei possessore. Nam malæ fidei possessor, id est, prædo nullam habet actionem, vel ante controversiam motam, vel post *l.*31. §. *pen.h.t.* Porro post litem contestatam omnes possessores pares sunt, *l.sed etsi* 25. §. *si ante, h.t.* etiam poss. bonæ fid. post litem contestatam prædones fiunt. Ergo post litem contestatam nullam possunt intendere actionem hereditariam. Itaque posui litem nondum contestatam fuisse, quod Papinian. demonstrat his verbis: *Si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant*: inter moras, id est, ante litem contestatam: dum expectatur ut lis contestetur. Ita in *l.tutor* 28. *de administ. tut.* Tutor pupilli in jus vocatus est, & cavit se judicio sisti inter moras pupillus pervenit ad pubertatem, hoc est, antequam lis contestaretur, an est lis contestanda cum tutore, qui in jus vocatus est? minime, sed cum pupillo, qui factus est pubes inter moras. Ergo ponendum in hac specie fecisse aliquem controversiam bonæ fidei possessori, & vocasse possessorem in jus, exegisse etiam cautionem judicio sisti, sed litem nondum esse contestatam. Nec debuit moveri Accurs. quod Papin. eum, qui facit controversiam, vocet petitorem: Nam petitor dicitur, non tantum qui litem contestatur, sed etiam qui in jus vocat, & qui controversiam facit; quique satis accipit judicio sisti, alioquin non posset possessor bonæ fidei quasi prædo post litem contestatam movere actiones hereditarias, *d.l.si quid*, §. *sicut autem, h.t.* Et hoc est, quod proponit Pap. in prima parte hujus l. quæ est de bonæ fidei possessore hereditatis. Altera pars, quæ sequitur, est de petitore, in qua Græci pro petitor autem hereditatis, rectius legisse videntur, petitor etiam hereditatis, citra metum exceptionis in rem agere poterit. Supererat hæc inspectio; an etiam petitor hereditatis possit interim agere cum his, qui res hereditarias occupaverunt, id est, res singulas vindicare, quas alii possident? Hoc in possessore hereditatis absolutum est: quæritur id ipsum in petitore hereditatis. Et licet hic agatur tantum de actionibus in rem, tamen idem paulo post de actionibus in personam statuemus. Ait autem petitorem hereditatis ex causa posse in rem agere, nec ei agenti obstare exceptionem præjudicialem, quia maturius agendi justa causa subest. In petitore hanc affert causam, si possessor negligat agere, si sinat res hereditatis ab alio possideri, & sit periculum ne usucapiantur: quæ causa congruit bellissime bonæ fidei possessori; non congruit prædoni, cui imputatur, si negligat res, quæ sunt ex hereditate quam possidet; bonæ fidei possessori nihil imputatur; quia res eas negligit, quas suas, *d.l.si quid*, §. *pen.hoc t.* Ergo justissima est causa dandi actionem petitori, negligente possessore res hereditarias, nec interrumpente usucapionem. Adfert & aliam causam, si possessor nihil juris habere sciat. Quæ verba accipit Accurs. de malæ fidei possessore, quem etiam prima specie demostrat. Quid aliud est quam si diceret: si malæ fidei possessor sit? Verum non est existimandum eum qui initio & tota lege egit de bonæ fidei possessore, in extremo agere de prædone, ac malæ fidei possessore. Quare ita sunt accipienda hæc verba: *Quid si nihil juris habere se sciat?* in ea re scilicet, quam petitor vindicat: vel ut dicam apertius: si nesciat eam rem esse hereditariam. Et hæc verissima est interpretatio, cui conveniunt Basilica: *τί γὰρ ὅτι*, inquiunt, *ἀμελεῖ ὁ νομεὺς, ἢ μὴ γινώσκειν ἀνήκειν αὐτῷ, quid enim si possessor negligat, aut nesciat ad se pertinere?* & in latiori interpretatione id evidentius exprimitur: *τί δὲ εἰ καὶ ἐνόμιζε μὴ κληρονομιαῖον πρᾶγμα τὸ παρ' ἑτέρου κατεχόμενον, καὶ μὴ διαφέρειν αὐτῷ· ἢ δύνασθαι περὶ αὐτοῦ κινεῖν τὴν ἰν ῥέμ, quid si existimet eam rem non esse hereditariam, quam alius possidet, nec ad se pertinere, aut posse ejus nomine actionem in rem intendere?* Est tum justa causa dandæ actionis in rem etiam petitori. His ergo casibus, sive agat possessor, sive petitor, quod interveniat justa causa, quod res urgeat, cessat exceptio, quod præjudicium hereditati non fiat: & hoc est quod voluit Papin. in posteriore parte hujus l. & quamvis dicat, petitorem citra metum exceptionis agere posse actione in rem: tamen est addendum, & in personam agere posse, quod adjecit Accurs. sed non probat: probatur *l.*27. §. *ult. de leg.* 3. In qua l. pro-

po-

ponitur, fiſco petente hereditatem juſſiſſe procuratorem Cæſaris, fiſco ſolvi pecuniam. Reſtat ut videamus modo e contrario, an etiam poſſeſſor aut petitor hereditatis a creditoribus hereditariis conveniri poſſint? agere uterque poteſt citra metum exceptionis præjudicialis, ſed, an etiam uterque citra hunc metum conveniri poteſt? Et conſtat hodie poſſe, nec eſſe exceptioni præjudiciali locum, ſi pendente lite creditores ſuum repetant, quod defunctus debuit, *l.ult. C.de petit.here.* quæ docet eſſe in arbitrio creditoris cum quo agat. Sed ſi egerit cum poſſeſſore, & exegerit, ac deinde vincatur poſſeſſor, quod ſolverit recipiet, ac repetet poſtea à petitore. Et idem dicendum in contrarium de petitore. Videtur autem Tribon. in d.ſua conſtitutione reſpexiſſe ad id, quod proponit Paulus in *l.4. §.1. ſi cui pluſq. per leg. Falcid.*Nam ante dict. *l.ult.* pendente lite hereditatis ſuſpendebantur actiones creditorum: & qui agebant repellebantur exceptione præjudiciali, propter auctoritatem centumviralis judicii: ex cauſa tamen audiebantur; puta, ſi res urgeret, ſi actio eſſet peritura tempore, niſi ageretur interim, quod confirmatur exemplo legis 49. *ad Trebellian.*

Ad L. XLIX. Ad Senatuſconſ. Trebell.

Cum hereditas ex Trebelliano Senatuſc. reſtituitur, ſi res urgeat, & metus erit, ne per abſentiam forte fideicommiſſarii dies actionis exeat, heres judicium ſuſcipere cogitur.

§. 1. *Similique modo filio de poſſeſſione contra tabulas deliberante, ſcriptus heres a creditoribus hereditariis convenitur.*

IN hac lege duo caſus proponuntur a Papiniano, quibus re urgente datur actio creditori hereditario in heredem ſcriptum, ne res ſua ei pereat, quæ alioqui non daretur. Sciendum eſt heredem rogatum reſtituere hereditatem, ſi eam reſtituat, transferre actiones utiles ex Trebelliano, tam activas, quam paſſivas, ut loquuntur interpretes, in fideicommiſſarium, obligationes civiles, imo & naturales, & poſt reſtitutionem hereditatis ſi heres conveniatur a creditoribus hereditariis, eos repellet exceptione hereditatis reſtitutæ, quæ dicitur Trebelliani, *l.28. de judic. l.Stichum, §. aditio, ff. de ſolution.* & ita ſe jus habet. Verum ex cauſa citra metum exceptionis Trebelliani, etiam poſt reſtitutam hereditatem, creditores hereditarii recte agent in heredem, qui rem non habet. Sciendum eſt, recte hereditatem reſtitui abſenti per nuntium, vel per epiſtolam, *l.reſtituta, hoc tit.* Finge igitur heredem reſtituiſſe hereditatem fideicommiſſariam abſenti: creditoribus vero hereditariis non eſſe cum fideicommiſſario abſente experiundi copiam, & temporalem eſſe eorum actionem, remque urgere ut agant, cur non eis licebit experiri cum herede ſcripto præſente? Imo vero licebit, & denegabitur ei exceptio Trebelliani: nam adivit hereditatem: nec enim potuiſſet eam reſtituere non aditam. Eadem æquitas intervenit in alio caſu, qui in eadem lege proponitur. Finge: Heres ſcriptus eſt teſtamento, in quo filius eſt præteritus, teſtamentum in ea cauſa eſt ut poſſet reſcindi petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſi eam agnoſcat filius præteritus. Finge: heredem ſcriptum conveniri a creditoribus hereditariis; repellet eos hac exceptione, ſi non in ea cauſa ſunt tabulæ teſtamenti, ut contra eas dari poſſit bonorum poſſeſſio, *l.2. de except. rei judic. l.is qui cum herede, de obligat. & actio.* Ita jus ſe habet. Verum ex juſta cauſa hæc exceptio denegabitur heredi ſcripto, nec quidquam obſtabit creditoribus hereditariis. Finge: filium deliberare de bonorum poſſeſſione contra tabul. amplectenda, vel repudianda, & nimis diu deliberare, & interim periculum eſſe, ne actiones creditorum tempore intercidant: æquiſſimum eſt conſervandarum actionum cauſa, heredem ſcriptum interim pati eas actiones, & judicium in eum dari purum ſine ulla exceptione. Et hoc eſt, quod proponitur a Papiniano in

A hac l. 49. cujus quidem legis argumento, etiam dicimus poſſeſſorem hereditatis, cui ſit controverſia, vel cum quo lis conteſtata eſt de hereditate, citra metum præjudicialis exceptionis conveniri poſſe a creditoribus hereditariis, ex cauſa, ſi res urgeat, & periculum ſit, ne actiones tempore pereant; & vel poſſeſſorem, vel petitorem, prout libuerit creditori hereditario. Denique ita concludamus: ex cauſa denegari heredi, vel poſſeſſori hereditatis exceptionem præjudicialem, exceptionem Trebelliani, exceptionem in factum, ſi non in ea cauſa ſunt tabulæ, &c. Nec in poſteriore caſu hujus legis, mirum eſt, ſi conveniatur heres ſcriptus. Nam ponendum eſt, eum adiiſſe hereditatem, vel petiiſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. Quod tamen negat Accurſius in verbo *conveniatur*; licet enim tabulæ te-
B ſtamenti in ea cauſa ſint, ut peti poſſit bonor. poſſeſſio contra tabulas, tamen, dum deliberat filius præteritus, poterit dari ſcripto ſecundum tabulas, quod tamen male negavit Accurſius? Et ſane omnia, quæ in eam legem ſcripſit, circumſcribenda ſunt. Bonorum poſſeſſio ſecundum tab. datur cuilibet: datur enim de plano, & ſine cauſæ cognitione, quaſi de jure, ſine edicto ſcilicet. Verum ſi ab herede ſcripto bonorum poſſeſſio ſecundum tab. petita fuerit & agnita, poſtea ſane conſtituetur ſine re, filio præterito agnoſcente bonorum poſſeſſionem contra tabul. vel cum re, eodem filio bonorum poſſeſſionem contra tab. repudiante. Hæc verba, *cum re, & ſine re*, ſunt Juriſconſultorum, *l.25. C. de inoffic. teſt.* & videndus omnino Ulpianus in Fragm. *tit. 28. de poſſeſſionibus dandis, §.ult.* Sic tamen locutus eſt
C Vellejus Paterculus; *Tribunitia*, inquit, *poteſtate eum exuit, cujus etiam imaginem ſine re Sylla reliquerat.* Et ita D. Ambroſ. lib. 9. Epiſt. *Hereditas cum re, & ſine re dicitur.* Et quod Ovidius de Cupidine 3. Amor. ſcripſit, eſt etiam noſtrum. *Aut ſine re Deus eſt nomen fruſtraque timetur.* Ergo non eſt dubitandum, quin deliberante præterito poſſit adiri hereditas, vel bon. poſſeſſio ex teſtamento, in quo eſt filius præteritus:

Ad L. Cum Militi XVI. de compenſat.

Cum militi caſtrenſium bonorum alius, cæterorum alius heres extitit, & debitor alteri heredum obligatus vult compenſare quod ab alio debetur, non audietur.

§.1. *Cum intra diem ad judicati executionem datum,*
D *judicatus Titio, agit cum eodem Titio, qui & ipſe pridem Judicatus eſt, compenſatio admittetur; aliud eſt enim diem obligationis non veniſſe, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis.*

COmpenſatio eſt debiti, & crediti inter ſe contributio, vel apertius; compenſatio eſt per æris ſui computationem ab ære alieno liberatio. Fit hodie compenſatio ipſo jure ex conſtitutionibus Imp. Olim fiebat tantum in judiciis bonæ fidei ipſo jure: in ſtrictis non admittebatur. Poſt ex conſtitutione D.Marci, ut eſt in Inſt. admiſſa eſt compenſatio etiam in ſtrictis Judiciis, non quidem ipſo jure, ſed beneficio exceptionis doli mali. Et ad extremum placuit generaliter in omnibus judiciis tam ſtrictis, quam bonæ fidei compenſationem fieri ipſo
E jure, *l.4. l.8. l.21. & ult. hoc tit. l.4.5. & 6. & ult. C.eod.* Moribus Galliæ non fit ipſo jure, ac ne remedio quidem exceptionis, ſed ex reſcripto principis nominatim, *par lettres de chancellerie*, non poteſt uti compenſatione is unde petitur, niſi id princeps nominatim concedat. Jure noſtro, id eſt, Romanorum, compenſatio in omnibus judiciis fit ipſo jure. Et hoc eſt quod ait Papinianus *l.36. de adminiſt. tut. æquitatem, merum jus compenſationis inducere*, hoc eſt, compenſationem fieri ipſo jure, mero jure. Et ideo, ſi ego a te acceperim 100. ex aliqua cauſa, & tu mihi debeas 30. ipſo jure non debeo 100. ſed 70. tantum, quia æs tuum minuit æs meum ipſo jure, & ex 70. tantum uſuræ debebuntur ex mora in bonæ fidei judiciis: vel ex ſtipulatione in ſtrictis, *l.11. & 12. hoc tit.*

Item

Item si per errorem 100. solvero, condicam 30. quasi ipso jure indebita: ac propterea, si petas 100. plus petis, & causa cadis, quia compensatio ipso jure minuit obligationem, vel, ut ait eleganter *l.4.h.t.* si totum petis, male petis. Male petere in jure, est plus petere vel summa, vel causa, vel tempore, vel loco, his modis plus petitur. Et minus recte Alciatus, & quidam alius, male agere dici eum, qui utitur ea actione, quæ exceptione elici potest: nam hic agit perquam bene cum ipso jure actionem habeat, nec sane ob id quod agat actione, quæ exceptione elidi potest, incidit in pœnam, quoniam potest omitti exceptio a reo, atque ita actor ad id quod intendit pervenire: male agere semper, est plus petere, & in litis amittendæ pœnam incurrere, *l.4. hoc tit.* Et ita etiam, qui ante diem agit, male agit, *l.1. Quando dies ususf. leg. ced. & l.36. de reb. cred.* Nihil autem agere dicitur cui nulla actio ipso jure competit, quæ res ei non est fraudi: si quis male agat, fraudi est actori: si quis nihil agat, res est extra periculum & pœnam. Sciendum etiam est compensationem fieri non cujuslibet debiti, non debiti incerti, ut in *l.22. hoc tit.* non debiti controversi: quo jure etiam utimur hodie, sed debiti confessi & certi, ut si quis in certam summam condemnatus sit vel confessus sit eam debere se: nam hoc casu liquidum est debitum, de quo videlicet constat sententia judicis aut confessione debitoris. Et hoc etiam ostenditur in *l:3. de tut. & rat. dist. l. ult. C. de compens.* Item sciendum est compensationem tantum fieri ejus, quod actor debet, ut si mecum agas, compensabo tantum quod mihi debes, non quod alii, puta Titio debes, etiamsi id maxime Titius velit, *l. in rem, §.ult.h.t.l.9.C. eod.tit.* Sciendum & hoc: si mecum agas, ut procurator Cæsaris in Asia; id tantum compensabo, quod Asiana statio fisci mihi debet, non quod mihi debet Africana statio, aut quod etiam alii debet Asiana, *l.1. Cod. h.tit.* Erant diversæ stationes, seu procurationes fisci, & quidem quæque regio suam stationem fiscalem habebat, & procuratorem suum seu rationalem: & ideo videbantur plures esse fisci, etsi redirent omnes ad unum Principem, *l.1. C. ne fiscus*, *l.2. C. de solut.* ubi pro *rationibus*, leg. est *stationibus*. Si igitur Africana statio mihi debeat, & fiscus agat, compensabo quod illa mihi debet, non quod alia, quia sunt veluti duo fisci: & publice interest non confundi rationes principis, & stationes procuratorum Cæsaris. Ac similiter si mecum agas, ut heres militis ex castrensibus bonis, cum alius sit heres in bonis paganis: id tantum compensabo quod defunctus mihi debuit ex causa castrensi, & non quod ex pagana. Finge, militem habuisse alia bona castrensia, alia pagana. Alium fuisse heredem castrensium bonorum, alium paganorum. Duæ sunt hereditates, castrensis & pagana; atque adeo duo quodammodo homines, paganus & miles, unus homo duorum vicem sustinet: duas hereditates fecerunt constitutiones principum, quæ sunt editæ de privilegiis militum, separando scilicet bona castrensia a bonis paganis, *l.25. §.1. fam. erc. l.19. §.1. de test.mil. l.2. C. eod.* Quia igitur duo quodammodo sunt patrimonia, paganum & castrense: paganus & miles; debitor castrensis si velit compensare, quod sibi debetur ex causa pagana, non audietur, quod in h.l. dicitur: non possum compensare cum actore, quod non actor, sed alius mihi debet, & hic utique alius mihi debere intelligitur quod mihi debetur ex alia causa, quam ex qua convenior, puta, ex causa pagana, cum convenior ipse ex causa castrensi.

Ad §.1. Sciendum est, compensationem tantum fieri præsentis debiti ac puri: nam quæ debentur in diem, debentur quidem, etiam si nondum sit nata obligatio, sed illud debitum nondum peti potest, & ideo ante diem non compensatur, quamvis illud sua die dari oporteat, *l. quod in diem, hoc tit.* necesse autem est, ut dies sit appositus obligationi ab initio: nam si obligatio pure contracta fuerit primum, & deinde humanitatis gratia datus sit dies debitori ad solvendum, sane etiam ante hanc

A diem, ejus quod debetur recte fit compensatio, quoniam inspicimus initium obligationis, quæ quidem obligatio pura fuit ab initio, & dies, qui postea debitori ad solvendum datus est, humanitatis tantum gratia datus est. Finge nunc: Titius mihi condemnatus est: judicati quidem faciendi certa sunt tempora: olim fuere justi dies 30. ex duodecim tabulis, qui dies dicebantur tempus modicum, hodie tempus est immodicum: nam dantur quatuor menses ex Justiniani constitutione. Qua de causa moribus nostris nulla hodie servantur tempora judicati faciendi, & nisi judex diem judicati faciendi dixerit, fit statim judicati executio, potestque statim conveniri reus. Et sane Justiniani constitutio relata in *l.2. C. de usur. rei jud.* ab æquitate 12. tab. abhorret, quæ scilicet hæc erat, quia nihil erat damni in mora modici tem-
B poris 30 nempe dierum, qui quidem dies 30. non erant judicato invidendi, quod nulla videretur creditoris esse frustratio. At ex Justiniani constitutione secus est, & videtur in ea esse quædam inhumanitas, cum maximum sit damnum creditoris in mora quatuor mensium. Quod si dixeris esse humanitatem, eam immodicam dicas necesse est. Qua ex causa nulla hodie servantur tempora judicati faciendi, nec usu recepta Justiniani constitutio, imo nec jus 12.tab. nam si sequendæ essent hac in re leges, sane Iustiniani constitutio, quæ postrema est, sequenda esset, quæ cum ab æquitate abhorreat, merito respuitur ac rejicitur. Sed ad legis speciem redeamus, & ita fingamus: Titius mihi condemnatus est in certam summam, & ago cum illo eo nomine: post tempora judicati, ego quoque Titio aliquid vicissim debeo ex
C causa judicati, sed mei gratia nondum exierunt tempora judicati faciendi: an intra ea tempora Titius mihi poterit compensare, quod vicissim ei debeo ex causa judicati? Et eleganter in hoc §. definit Pap. etiam ante diem judicati faciendi recte fieri compensationem, quoniam ab initio pura fuit obligatio, & tempus, quod indulgetur judicati faciendi gratia, id leges indulgent humanitatis intuitu, & ut Græci dicunt, φιλοςόργως συγχωρῦσιν. Idem omnino dicendum est, si pura fuerit obligatio, & humanus creditor laxiorem diem ad solvendum debitori suo dederit: nihilque refert, an lex, an creditor humanitatis gratia post contractam puram obligationem, ampliorem diem reo ad solvendum dederit: nam ante eum diem utique semper admittetur compensatio. Atque ita ex facto contingit in quadam lite cui ego interfui,
D ex qua intelligitur quemadmodum sit utendum legibus nostris. Species talis est: Centum mihi debes ex causa judicati (nulla servantur hodie judicati faciendi tempora) itaque judicatum statim exequi possum confestimque ea 100. quæ mihi debes exigere: sed tamen rogatus distuli petitionem in biennium. Interim vero ego ex novo aliquo negotio debeo tibi aliquid, puta 40. idque ex causa judicati, quæ quidem 40. tu confestim petis tibi solvi: impetro libellum compensationis a principe: an ex eo uti possum compensatione? Tu dicebas, biennium nondum præteriisse, atque ita nondum venisse diem, quodque in diem debetur non venire in compensationem. Ego vero contendebam, aliud esse, non venisse diem, qui fuit ab initio in obligatione, aliud vero esse, non venisse eum diem, quem ego rogatus
E tibi humanitatis gratia dederam, indulseramque, cum pura esset præsensque obligatio; nam hoc casu ante eum diem, quem scilicet ipse humaniter indulsi, recte me uti posse compensatione. Et hæc est Papiniani nostri in hoc §. ult. sententia, cujus quidem auctoritate vicimus, hancque controversiam terminavimus. Superest ut interpretemur *l.36. de adm. & peric. tut.* quæ opponitur sententiæ *d. l.16.* quæ tamen est ejusdem Papiniani, & ex eodem libro.

Ad L. XXXVI. de Administ. tutor.

Inter tutores divisa tutela est: æquitas, quæ merum jus compensationis inducit, propter officium agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelæ, quæ non juris, sed ju-

risdi-

riſdictionis eſt, modum adminiſtrationi facit, & inter ipſos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obſtare debet.

FInge: Duo ſunt tutores pupilli: unus rerum urbanarum, alter rerum provincialium: Ita diviſit judex adminiſtrationem inter tutores, ut alter res urbanas adminiſtraret, alter provinciales, & agit mecum tutor rerum urbanarum: id ſane compenſabo, quod debet mihi pupillus ex cauſa contractuque urbano. An etiam compenſabo quod mihi debet ex contr. provinciali? ſic videtur: quia eſt propria quædam ratio in pupillo, quæ non eſt vel in procuratore Cæſaris Aſianæ Diœceſeos, vel in militis herede caſtrenſium bonorum aut paganorum. Primum enim nulla conſtitutione bona pupilli ſunt ſeparata: unum eſt patrimonium pupilli: conſtitutionibus ſeparantur bona caſtrenſia a paganis, quæ quidem ad unum militem pertinent: ſed non ſeparantur bona pupilli urbana a provincialibus. Una eſt hereditas: & natura non fert ſine conſtitutione ſpeciali, ut unius hominis ſint duo patrimonia: ac præterea non ſunt diverſæ ſtationes pupilli, non diverſæ procurationes, non etiam ſunt duæ tutelæ, etſi ſint duo tutores; una eſt tutela ipſo jure indiviſa: diviſio tutelæ non fit ipſo jure, ſed a magiſtratu, ut commodius res pupilli adminiſtrentur. Et hoc eſt, quod ait Papinianus in *h.l.* diviſionem tutelæ non juris eſſe, ſed juriſdictionis, hoc eſt, fieri a magiſtratu, non ipſo jure: hoc eſt certum. Diviſio quidem nominum inter coheredes fit ipſo jure ex 12. tab. pro portionibus hereditariis: & ideo nomina non veniunt in judicium familiæ erciſcundæ, quia ipſo jure diviſa ſunt, *l.ea quæ, C.fam.erc.* Diviſio autem tutelæ non fit ipſo jure inter tutores. Concludamus igitur: diviſio tutelæ, quæ non fit ipſo jure, non poteſt impedire compenſationem, quæ fit ipſo jure: & ideo ſi agat tutor rerum urbanarum, is, cum quo agit nomine pupilli, recte compenſabit, quod ſibi a pupillo debetur ex cauſa, & ex contractu provinciali: imo id ipſum jus merum compenſat: & hoc eſt quod ait Pap. *inter tut. &c.* Sequitur, *Propter officium*, id eſt, quod tutor qui agit, ſit tantum ex diviſione tutelæ adminiſtrator urbanarum rerum, hoc non impedit compenſationem, id eſt, hoc non efficit, ut non compenſetur ipſo jure quod pupillus ei cum quo agit debet ex cauſa provinciali. Et eleganti ratione utitur hic Papin. Nam *diviſio tutelæ, quæ non juris, &c.* id eſt, diviſio tutelæ modum adminiſtrationis facit, hic eſt effectus diviſionis tutelæ, quæ fit a magiſtratu, ut ſciatur quod quiſque adminiſtrare debeat, & hunc modum adminiſtrationis a magiſtratu præfinitum obſervant tantum inter ſe tutores, non etiam alii, puta, creditores vel debitores pupilli. Et ideo hæc diviſio experiri cum pupillo volentibus non obſtat. Experiri commune eſt reo & actori. Et ideo reus cum quo agit tutor rerum urbanarum propter diviſionem tutelæ, non prohibetur compenſare quod ſibi debetur ex contractu provinciali. Non porrigitur hæc diviſio ad alios, qui rei non interfuerunt: atque ideo recte ei ſolvit tutor rerum urbanarum, & quod ſolverit pupillo reputat recte, *l.Titium, §.ult. h.t.* Eſt igitur aperta lex, quæ prima ſpecie videtur obſcura. Nec eſt quod objicias *l.2. C.ſi ex plur.tut.* quæ ſola lex objicitur. Finge: Inter tutores diviſa eſt tutela. Agitur cum tutoribus hujus provinciæ, vel etiam tutores hujus provinciæ agunt cum debitoribus pupilli nomine: an ceteri omnes tutores de aliis provinciis in judicium producendi, ut liti ſubſiſtant? Pone pupillum habuiſſe plures tutores in provinciis pluribus, & uni res Italicas, alteri Syriacas commiſſas eſſe. An ſi creditor pupilli cum tutore Italicæ rei agat, etiam alter tutor rei Syriacæ in judicium producendus erit, ut cogatur liti ſubſiſtere? Minime. Et nihil eſt præterea in *d.l.2.* hoc vero non obſtat iis, quæ a Pap. proponuntur in h. l.36. nam fateor quidem non omnes tutores liti ſubſiſtere debere, quam ſcilicet patitur tutor unius provinciæ: ſed an ideo ſequitur tu-

A torem unius provinciæ non poſſe conveniri nomine pupilli ex cauſa ſeu contractu alterius provinciæ? Minime, nec ſane hoc dicit lex, ſed hoc vult tantum, cum agitur de bonis pupilli, ſatis eſſe, ſi lis inſinuetur tutoribus ejus provinciæ, ubi agitur: non omnes producendos eſſe ad judicium, nec litem inſinuandam eſſe aliis provinciis: Sed ſi tutor unius provinciæ agat ex obligatione alterius provinciæ, quæ non pertineat ad ipſius adminiſtrationem, jure quidem agit, ſed repelli poteſt exceptione, quod immiſceat ſe rei ad ſe non pertinenti, *l.4. h.t.* ſed ſi cum eo agatur, veluti cum tutore urbano ex cauſa provinciali; non poterit uti tutor ulla exceptione adverſus creditorem provincialem, quia non creditores provinciales, ſed ipſi tantum tutores adſtringuntur diviſioni tutelæ.

B Ad L. I. de Probat.

Quotiens quæreretur genus vel gentem quis haberet, nec ne eum probare oportet.

IN controverſia aut lite hereditatis legitimæ incidit ſæpe quæſtio de genere, aut dum hi, qui gentis jure ſibi vindicant hereditatem, negantur eſſe ex ea gente, vel dum negantur genus & gentem habere. Servi neque genus neque gentem habent: liberti vel ab iis orti gentem non habent: nam gentem hi ſoli habent, quorum majores nemini ſervitutem ſervierunt. Et in ea quæſtione Papinianus ait, ei incumbere onus probandi, qui dicit ſe genus vel gentem habere: dicit gentem vel genus, ut T. Livius I. de patriciis, *nos ſolos gentem habere, &c.* Objicies huic definitioni Novellam 36. quæ
C ab utraque parte admittit probationes, & ab ea, quæ negat, & ab ea, quæ dicit ſe gentem vel genus habere, ſive agat, ſive conveniatur: Nam, ut eſt in l. 2. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat:* quo loco addendum, *ſive agat, ſive conveniatur*, ex *l. in excep. hoc t.* Sunt negationes quædam, quæ vim affirmandi habent, quarum etiam incumbit probatio; ut ſi quis neget emancipationem filii jure factam *l.8. h.t.* vel neget adverſario licere procuratorem dare *l.5. h.t.* ſi quis neget ſe Lutetiæ fuiſſe eo tempore, quo cædes facta, *l. pen. C.de cont.ſtip.* ſi quis neget teſtatorem fuiſſe ſanæ mentis, *l. 5. C. de codic.* negationes, inquam, quæ vi ſua affirmationes ſunt, ut ſi nego te gentem aut genus habere, vi ipſa affirmo te ſervum eſſe: dum nego jure factam emancipationem, vi ipſa affirmo te in alterius eſſe poteſtate, & ideo
D etiam ex parte tua non improbe admittetur probatio. Sed ſi quis rurſus objiciat d.Novel. ad id objiciam, probationem potiſſimum exigi ab eo, qui dicit ſe gentem vel genus habere: ſed non ideo minus exigi probationem ab adverſa parte, ſi quidem pleniorem habeat: & novum non eſſe ut probationes ab utraque parte afferantur, *l.fallaciter, C.de abol.* Objicies *l. 15. h. t.* quæ onus probandi confert non in eum, qui dicit ſe gentem vel genus habere, ſed in adverſarium, qui negat, & proponit vafrum hominis ingenium, qui dicit ſe Titii filium, atque ita ejus hereditatem invaſit, & in crimen falſi incidit, quod genus & parentes finxit, teneturque pœna l. Corneliæ de falſis, *l.falſi, ad l. Corn. de falſ.* Paul. v. Sent. tit. eod. utque magis fraudem occultaret fratribus defuncti ad quos redibat hereditas, quaſi ex mandato
E patris fideicommiſſum ſolvit, & ab iis apocham ſoluti fideicommiſſi extorſit, cum exiſtimarent eſſe verum filium fratris. Qua fraude cognita agunt petitione hereditatis in eum, idque merito, quia pro poſſeſſore poſſidet: ſed ut ait *l. 15.* neceſſe habent probare, eum non fuiſſe filium defuncti; nec ab eo exigitur probatio ſe fuiſſe filium. Et hoc ideo fit in ſpecie *d. l.* quia apocha, ſeu profeſſio fideicommiſſi ſoluti, præſumptionem pro eo facit, qui finxit ſe filium Titii, & in jure ſemper obſervatur, ut præſumptio, quæ pro uno facit, transferat onus probandi in alium, *l. 24. §.ſi petitum, de fideic.libert. l. ult. in princ. quod met. cauſ.* Placet autem quod ait *d. l. 15. quaſi mandatu defuncti fideicommiſſum ſolviſſe:* nam *mando* verbum eſt fideicommiſſi precarium, non dire-

directum, *l.* 2. *C. comm. de leg.* & ſane perficitur fideicommiſſum his verbis, *Rogo*, *mando*, ſicut & mandatum, *l.* 2. *mand. l.* 16. *C. de neg. geſt. l. quidam, de hered. inſtit.* Virgil.

---- orans mandata dabat.

in quo Virgilium admiror, quod ambiguitatem verbi *oro*, ſuſtulerit addens, *mandata dabat*: nam *oro* modo pro mandato eſt, modo pro hortatione accipitur, *l. ſi ſervi mei, de neg. geſt.* ubi hujus verbi duplex ſignificatio apprime declaratur. Objicies, quod ait Accurſius, impoſſibile eſſe probare genus, ſe eſſe filium illius: & adduces *l. Lucius* 83. *de condit. & demonſt.* Filius ſuus pure eſt inſtitutus, aut ſub conditione poſſibili. Nam ſi filius ſuus inſtituatur ſub conditione, quæ in poteſtate ejus non eſt, inutilis eſt inſtitutio, & nullum teſtamentum. Finge: filium inſtitutum eſſe ſub ea conditione, ſi filium ſe probaret: non valet inſtitutio, quia non eſt in poteſtate ejus hoc probare. Hinc colligit Accurſ. non eſſe in poteſtate noſtra probare genus: perperam: nam non quodcumque non eſt in poteſtate noſtra eſt impoſſibile; ut ſi navis ex Aſia venerit, non eſt impoſſibile, etſi in noſtra poteſtate non ſit: Neque vero diſtinguo inter patrem & matrem: ut tentat Accurſius, nec una probatio altera difficilior eſt. Probare eſt perſuadere judici: adverſario nunquam probarèmus. Sed non contingit ſemper, ut volumus. Conditio igitur, quæ injungit probationem, non eſt in noſtra poteſtate, eſt tamen poſſibilis: eſt autem generis ſeu gentis nomen ambiguum: nam genus eſt vel a loco, vel a patre, uti memini me legiſſe in Inſtitutionibus Porphyrii. Poſſit & genus a matre me non refragante deduci, *l.* 6. *C. de reb. cred.* Gens igitur a loco, vel a majoribus eſt. Et inde ſimiliter gentilis dicitur mihi, qui eodem loco eademque patria ortus eſt, qua ego ſum: & ita Gellius *l.* 17. *cap.* 17. duas & viginti linguas Mithridatem percalluiſſe non minus, quam ſi gentilis fuiſſet, hoc eſt, ex eadem patria. Item gentilis eſt, cui nomen familiæ idem eſt, quod mihi: veluti Marco Tullio, Tullius Hoſtilius, Julio Cæſari, Julus Æneæ filius. Agnatio ex una ſtirpe manat, gens vero ex pluribus. Ideoque proximiores nobis ſunt agnati, quam gentiles, qui ulteriores ſunt, nec adeo certi atque agnati: agnatio enim ex una familia conficitur, gens ex pluribus & innumeris: atque ideo 12. tabulæ prius vocant ad curationem furioſorum agnatos quam gentiles, *l.* 53. *ſæpe, de verb. ſignific.* & iiſdem legibus ad legitimam hereditatem primum vocantur agnati, deinde gentiles. Si inteſtatus moritur, cui ſuus heres nec extabit, *agnatus proximus familiam habeto, ſi adgnatus nec erit, gentilis proximus familiam habeto.* Jus igitur agnationis, quod & ſtirps dicitur, gentilitatis jure proximius eſt. Jus autem cognationis leges 12. tab. non novere: Prætores vero illud noverunt, ſed ei gentilitio jure ſublato, gradum locumque poſtremum poſt agnatos, dederunt. At Juſtinianus Novella ſua 118. c. 4. parem eundemque gradum dedit agnatis & cognatis, voluitque ut proximior cognatus ultimum agnatum a ſucceſſione legitima excluderet, & retro proximior cognatus, ulteriorem cognatum. De differentia igitur generis & gentis, ita conſtituamus: agnationem ex una ſtirpe ſeu familia: gentem ex pluribus venire: Item agnationem proprio jure familiæ ſuæ contineri: gentem communi jure ſanguinis, petita ex longa annorum & ſanguinis ſerie. Cornel. Fronto: *gens majorum ſeriem quærit*. Item agnationis eſt communis familia, non etiam ſtirpis. Et ineptiſſimi ſunt, qui hoc in loco gentis nomen referunt ad cognationem: nam gentilitas amittitur quacumque capitis deminutione: cognatio vero non omni capitis deminutione amittitur: §. *ult. Inſtit. de legitima agnat. tutel.* Poſſis rectius generis nomen referre & ad agnationem, & ad cognationem, id eſt, ad lineam virilem, muliebremque.

Ad L. XII. de Vulg. & pupill.

Si filius, qui patri ac poſtea fratri ex ſecundis tabulis

A *heres extitit, hereditatem patris noluſſet, fraternam autem retinere malit; audiri debet: juſtius enim prætorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit. Etenim jus dicenti propoſitum eſt liberos oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non invitos ab hereditate removere. Præſertim quod remotis tabulis ſecundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex ſecundis tabulis præſtari debent, habita ratione facultatum in Falcidia, non patris, ut alias ſolet, ſed impuberis.*

LEx 12. de vulg. & pupill. multas res ſingulares complectitur. Hoc primum ſcire oportet: filiumfamilias patri ſuum heredem eſſe ex teſtamento, vel ab inteſtato, hoc eſt, αὐτοκληρόνομον: quaſi, non tam patris quam
B ſui ipſius heres ſit, quod vivo patre quaſi dominus intelligatur, ideoque mortuo patre continuat dominium in bonis relictis a patre, ſibique ipſi videtur ſuccedere: & eodem modo dicimus ſuum aſſentatorem, quaſi ſui ipſius aſſentatorem: Item ſuum fratrem, quaſi fratrem ſui ipſius, Seneca lib. 5. de benef. Ergo filius ſtatim atque obiit pater, heres exiſtit mero jure, ipſo jure etiam clauſis tabulis teſtamenti, etiam invitus & ignorans, *l. in ſuis, de liber. & poſt. l.* 1. §. *qui ſunt, ſi quis omiſſa cauſ. teſt.* §. *ſui autem, inſtit. de hered. quæ ab inteſt.* Exiſtere eſt repente apparere, quod Græci ἀναφαίνεσθαι. Sui heredes exiſtunt confeſtim: Itemque neceſſarii heredes: Extranei vero heredes, non ita ſubito exiſtunt, ſed mortuo eo, de cujus bonis agitur, poſtquam deliberaverunt & fecerunt etiam aliquid, quo declararent ſe heredes
C eſſe velle: neque enim tam jure fiunt, quam facto, ut cretione, aditione, vel geſtione pro herede. His modis extranei adquirunt hereditatem: ſui hoc ſolo, quod extiterint ſtatim a morte teſtatoris, id eſt, quod apparuerint heredes, & ſtatim a morte teſtatoris apparuiſſe intelliguntur, etſi ignoraverint mortem parentis. Exiſtentia igitur, ut interpretes noſtri loquuntur, ſui heredis, ſeu ἀνάφανσις illa quæ juris intellectum habet, & contingit ignoranti & invito, ſpecies eſt adquirendæ hereditatis. Hoc genere adquirunt ſui heredes hereditatem, etiam quieſcentes aut dormientes. Ceteri autem, nonniſi actu interveniente aliquo. Etiam illud addendum eſt, filium non tantum patri heredem exiſtere ipſo jure, ſed etiam fratri impuberi, ſcilicet, ſi & a patre ſubſtitutus ſit ſecundis tabulis, & eveniat caſus ſubſtitutionis, hoc eſt, ſi
D frater ante pubertatem deceſſerit. Nam qui patri ex inſtitutione invitus heres exiſtit, exiſtit etiam fratri ex ſubſtitutione pupillari, *l.* 2. §. *prius*, *l. ſed ſi plures*, §. 1. *hoc tit. l. Julianus*, §. 1. *de adquir. hered.* dum ait, *utique, ſi frater a patre fratri impuberi ſubſtitutus ſit, ſine dubio ei neceſſarius heres erit*, hoc eſt, invitus hereditati fraternæ alligabitur, & utitur παραλληλισμῷ, utique ſine dubio, ut id magis confirmaret. Et hæc quidem ita ſe habent jure civili. Jure Prætorio ſive Prætoris beneficio hoc datur filiofamil. ſi velit, quamvis jure civili ſit neceſſarius heres, tum patris ex jure, tum fratris ex ſubſtitutione pupillari, ut ſe abſtineat utriuſque hereditate. Jure civili non poteſt: jure præt. poteſt ſe abſtinere. Hujus autem abſtentionis hic erit effectus ut ſcilicet liberetur per exceptionem. Nam Prætor neminem liberare
E poteſt ipſo jure, ſed ut liberetur per exceptionem, a creditoribus hereditariis, a legatariis, a fideicommiſſariis, & ceteris oneribus. Prætor ex æquo & bono liberat eum, qui ſua ſponte heres non extitit, *Lex neceſſariis, de adquir. hered.* ait, eos jure civili creditoribus hereditariis teneri, ſed ſi velint abſtinere, non dari actionem. In jure ſæpe non dari dicitur actio, quæ non datur efficaciter, quæ datur cum exceptione peremptoria. Hic eſt effectus abſtentionis, ut liberetur ab omnibus oneribus, poſita hac exceptione, *ſi non me abſtinui bonis*, ſed illud etiam non efficit abſtentio, ut deſinat eſſe heres. Obſtat definitio ſeu regula juris in *l. ei qui ſolvendo, de hered. inſtit.* quæ vult, ut qui ſemel heres extitit, non deſinat heres eſſe. Obſtat & modus juriſdictio-

nis Prætoriæ. Prætor non facit heredem, non dominum: & non efficit igitur, ut qui heres extitit, heres esse desinat data facultate abstinendi, & ideo quia abstinuit se hereditate, nihilominus heres manet, *l. cum quasi*, §. *sed & si*, *de fideicomm. libert. l. 6.* §. *si filius*, *de bon. liber. l. 2.* §. *sed si sint*, *ad Tertull.* Est igitur heres nudo nomine, sine re, sine emolumento, sine onere etiam ullo: & nullum tamen illud nomen heredis non caret effectu suo: sustinet enim secundas tabulas. Si nemo sit heres defuncti ex primis tabulis, nec re ipsa, nec nomine nudo, non valent secundæ tabulæ: sed si aliquis vel nomine nudo sit heres defuncto ex primis tabulis, valent secundæ, valent legata relicta secundis tabulis, quod hæc lex confirmat, & *l. filius*, *& l. Julianus*, *de adquir. hered.* Valent igitur & tutelæ, & libertates, & omnia, quæ vel in primis, vel in secundis tabulis sunt: denique nudum nomen heredis sustinet, corroborat testamentum: quæ est communis opinio ac verissima. Miror Antonium G. dissentire, & huic legi non respondere, respondere tantum *l. Julianus*, in qua pupillus scriptus heres abstinuit se, atque ita tantum nomen retinuit, non rem; & tamen consistunt secundæ tabulæ, & comminiscitur in ea specie quod non extat in tenore legis pupillum, qui se abstinuit miscuisse se bonis ab initio, mixtionem hanc confirmare secundas tabulas, non nudum nomen heredis, quod relinquitur post abstentionem: nihil debemus temere comminisci, supplenda sunt quædam, nobis, quæ scripta non sunt. Sed hoc totum quod hic scribit commentitium esse ex eo apparet, quod non possis in concordiam adducere *l. Julianus*, cum *l. paterfam. de reb. auctor. jud. possid.* nisi in *l. paterfamil.* dicas abstinuisse eum, qui ab initio miscuerit se bonis: in *l. Julianus*, qui se ab initio non miscuerat. Sed nec illud ferendum, quod adjicit suum heredem ex testamento non esse: qui hoc scribunt deducendi sunt ad Institutiones, *ad* §. *sui autem & necessarii*, *de hered. qual. & diff.* nihil est certius. Etiam illud non fero, ex *l. sed si plures*, §. *si ex asse*, *hoc tit.* liquere nudum nomen heredis non confirmare tabulas pupillares. Videamus ut liqueat, quod dicit Jurisconsultus: non sufficere ad vim secundarum tabularum, id est, non confirmari secundas tabulas, si ita factum sit testamentum, ut ex eo hereditas adiri possit, sed necessariam esse aditionem ex eo ait liquere, nudum nomen heredis non confirmare secundas tabul. vobis, ut puto non liquet, neque definitum est: nam de extraneo herede loquitur, qui hereditatem repudiavit, vel omisit non adeundo intra tempora: hic non retinet nudum nomen heredis: & ideo non consistunt secundæ tabulæ, quia nemo heres est nomine vel re: si quis nomine esset, utique consisterent secundæ tabulæ. Videtur nimium studium reprehendendi Bartolum, hic eum induxisse in errorem, sed nihil est verius quam quod ajunt nostri: existentiam sui heredis confirmare secundas tabulas, id est, nudum nomen heredis confirmare omnia, quæ scripta sunt & in primis, & in secundis tabulis. Id satis ostendit l. *nostra*. Primas tabulas dicimus testamentum patris, quo sibi heredem instituit: secundas testamentum filii impuberis, quo pater heredem ei substituit in hunc casum: si antequam pubes existat, vita decesserit, si eo tempore decesserit, quo sibi testamentum facere heredemque in eo instituere non potest: & alii quidem, quam filio impuberi nemo recte testamentum facit: nec potest quidem pater filiofamilias puberi facere testamentum, cum possit sibi ipse facere pubes. Et moribus tantum receptum est, ut pater testamentum facere possit filio impuberi, quod valeat tantum ad pubertatem usque: & hoc testamentum appellamus secundas tabulas, vel substitutionem pupillarem. Et licet videantur esse duo testamenta, tamen ex Sabini sententia quæ ostenditur in *d. l. paterfamilias*, pro uno habentur. Atque ita duo testamenta, quodammodo in unum confunduntur: & ideo in ponenda ratione legis Falcidiæ legata primarum & secundarum tabularum, relicta utroque testamento, quasi uno relicta confunduntur, con-

A tribuuntur, communi calculo subjiciuntur, & ex his una Falcidia deducitur, si superent dodrantem hereditatis paternæ. Bona tamen paterna, & bona pupillaria non confunduntur, unum enim est testamentum, sed duorum bonorum, duarum hereditatum, duarum causarum, §. *igitur*, *Inst. de pupill. subst.* Et ideo in ponenda ratione legis Falcidiæ computantur bona paterna tantum, non pupillaria, quæ bonis paternis non miscentur in quantitate patrimonii excutienda, sed spectatur tantum, quanti sint bona paterna, nulla ratione habita bonorum pupillarium, & si legata contributa superent dodrantem ejus quantitatis, cujus sunt bona patris, uni duntaxat Falcidiæ locus est. Igitur, ut dicam apertius, si omnibus legatis exsolvendis sufficiant bona patris, ut si omnia legata in unam summam redacta efficiant trecenta, B & in bonis patris mortis tempore fuerint quadringenta, cessat Falcidia, etiamsi iisdem forte legatis exsolvendis non sufficiant bona pupillaria. Et contra si his legatis solvendis non sufficiant bona paterna, ut si legata paterna excedant dodrantem, vel assem bonorum patris, locus est Falcidiæ, hoc est, substitutus impuberis detrahit Falcidiam ex legatis relictis primis, vel secundis tabulis, & præter Falcidiam habet etiam bona pupilli integra & illibata. Falcidia igitur detrahitur tantum ex bonis paternis, sive primis, sive secundis tabulis relicta sint legata, quia de suo præstari legata voluerit: & non spectatur quid sit in bonis pupilli, sed tantum quid in bonis patris: & legata relicta secundis tabulis videntur relicta in primis in ponenda ratione legis Falcidiæ, ut sola bona paterna æstimentur, & ut quanti- C tas sola bonorum patris conferatur cum legatis primarum & secundarum tabularum: quæ est definitio *l. in ratione*, §. *quod vulgo*, *ad l. Falcid. l. coheredi*, §. *coheres*, *hoc tit.* Et hæc regula juris demonstratur in hac l. his verbis: *ut alias solet*. Sed non servatur in specie hujus legis. Nam hic legata relicta secundis tabulis præstantur ex hereditate pupillari, & in ineunda ratione legis Falcidiæ computatur hereditas pupillaris, non paterna. Hujusce autem legis facio duas partes: una est de secundis tabulis, an ex eis hereditatem possit obtinere is, qui renunciavit primis? Altera de legatis relictis secundis tabulis, an debeantur, & si debeantur, an præstentur de pupilli bonis, & an in ponenda ratione Falcidiæ habeatur ratio hereditatis paternæ? Explicabo hodie priorem partem. Finge: Sempronio duo sunt filii, unus D pubes, alter impubes: puberem heredem instituit ex asse, vel ex parte, adjecto coherede extraneo: filium vero impuberem exheredavit, eique secundis tabulis substituit filium puberem, si impubes ante pubertatem vita decederet: licet substituere etiam hoc modo exheredato, quia possunt ei esse aliqua bona adventitia: deinde pater eundem filium sibi, & filio impuberi heredem fecit, filium scilicet puberem, qui mortuo patre ei heres extitit statim: deinde fratri impuberi mortuo, etiam heres extitit statim: posset quidem utriusque bonis se abstinere beneficio Prætoris, at non vult utriusque, sed patris tantum. Quæritur an possit? Papinianus ait, Prætorem, ex cujus jurisdictione manat abstinendi facultas (neque enim est hæc facultas ex jure civili) justius facturum, si id ei permiserit: ut relinquat bona paterna, E & amplectatur fraterna. Nam, ut ait, edicto, quo Prætor abstinendi potestatem facit, hoc ei propositum est, ut liberos solvat oneribus, quæ inviti susceperant, quasi heredes necessarii, dum repente heredes existunt, non etiam, ut removeat eos ab hereditate, quam amplecti desiderant. Atque ita in hac specie filius pubes non removebitur invitus ab hereditate fratris impuberis, id est, non removebitur a secundis tabulis, quamvis exoneratus sit primis, nec quo minus patris repudiet hereditatem impedietur. Obsequi Prætor vult voluntati liberorum, non ei obsistere: quinimo ei propositum est obsistere incommodis eorum, non etiam commodis, & abstentionis beneficio eos exonerare, non onerare aut lædere. Et hoc est, quod ait in primore parte hujus leg.

dein-

deinde ait, in filio ſive fratre eſſe præcipuam quandam rationem, ut etiamſi ſpreverit paternam hereditatem, retineat fraternam, quia omnimodo habiturus erat fratris hereditatem ab inteſtato. Omnimodo, id eſt, etiam deficiente voluntate patris, ſeu pupillari ſubſtitutione. Unde ita concludamus: Qui ſpernit paternam hereditatem, non ideo protinus removetur ab alia hereditate, quæ ei delata eſt judicio & voluntate patris, ſi & citra voluntatem patris habiturus eam fuerit: & fruſtra removetur a ſubſtitutione pupillari, qui mox ipſo jure ad eam hereditatem eſt perventurus. Et ſane non invidemus commodum ſubſtitutionis pupillaris ei, cui non poteſt ea res eripi, qui non poteſt non eſſe heres fratris impuberis. Et hujus prioris partis velut brevis ſumma eſt in *l. filius, de adquir. heredit. Filius*, inquit, *qui ſe paterna hereditate abſtinuit, ſi exheredati fratris hereditati ſe immiſcuerit, & pro herede geſſerit, poterit ex ſubſtitutione hereditatem obtinere*. Hæc lex, inquam, definitio eſt prioris partis hujus legis. Ideoque poſui filium puberem ſubſtitutum filio impuberi exheredato, ſicut *l. filius*, quæ, ut jam dixi, hujus l. brevis comprehenſio eſt. Alii ponunt puberem filium inſtitutum ex una parte, ſubſtitutum filio impuberi ex altera parte inſtituto, id eſt, coheredem coheredi ſubſtitutum fuiſſe: ſi intra pubertatis annos deceſſiſſet, & ab eo bona ſeparari poſſe, ita ut recuſet paterna, & retineat fraterna, ſi locus ſit ſubſtitutioni. Id vero ratio non patitur: neque igitur ita ſpecies apponi poteſt ad hanc legem. Nam ita poſita ſpecie, non poteſt recuſare hereditatem patris, quin & recuſet fratris, quia portio hereditatis paternæ quam recuſavit adcreſcit impuberi fratris: atque ita in perſonam impuberis confluunt omnia bona patris, & commiſcentur ceteris bonis pupilli, ut ſubſtitutus, qui non vult bona paterna, non poſſit etiam habere fraterna: confuſa enim ſunt bona in una perſona; & unius perſonæ hereditas ſcindi non poteſt, ut pro parte habeatur, pro parte non habeatur. Nam nec legatum quodlibet ſcindi poteſt, non poſſumus honorem, quem nobis moriens reliquit, faſtidire ſuperbe; aut totum amplecti oportet, aut totum recuſare. Et ita in extraneo herede ſubſtituto filio impuberi heredi inſtituto ex aſſe aperte definitum eſt in *l. ſed ſi plures*, §. *filio*, *hoc tit.* & definiendum idem in fratre coherede, quia eadem ratio in utroque intervenit, quod junctæ & coadunatæ ſint hereditates in perſonam filii, & jam una eſt, quæ ſcindi nequit. Et illi etiam cenſent non diſtinguendum eſſe in hac re inter extraneum, & fratrem: quod probo: ſed illud non probo: ut hoc accipiatur de filio impubere, qui pro parte patri heres extitit: eſt enim intelligenda, ut dixi, de impubere exheredato; & ideo inanem duco eſſe laborem illorum, dum quærunt rationem conciliandæ hujus *l.* eum §. *filio*: neque etiam ſpecie ulla pugnant invicem: non enim eſt utraque de ſubſtituto coheredis, ſed ille §. de filio tantum, hæc autem l. eſt de ſubſtituto exheredati. Subſtitutus coheredis nullo modo poteſt inducere ſeparationem bonorum; ſubſtitutus exheredati faciliime, quoniam hereditas patris, qua ſe abſtinuit, non adcrevit exheredato, ſed bona venierunt a creditoribus, *l. paterf. de priv. cred.* Videamus tamen quam conciliationis rationem adinvenerint, nulla cum eſſet. Diſtinguunt abſtentionem a ſeparatione bonorum, & dicunt in hac l. agi de ſeparatione: at in d. §. *filio*, agi de abſtentione: hunc eſſe modum concordiæ. Perperam: nam abſtentio, quæ ab eis fingitur fuiſſe in *d.* §. *filio*, in eod. §. palam dicitur ſeparatio: &, ut breviter dicam, ait, *ſi filio impuberi heredi ex aſſe inſtituto ſubſtitutus quis ſit ſecundis tabulis, hic ſubſtitutus non poteſt ſeparare hereditatem*: & ſubjicit, *idem eſſe ſi coheres coheredi impuberi ſubſtitutus ſit*: idem igitur eſſe, ut non poſſit ſeparare hereditatem, & nihil eſt præterea in *d.* §. *nihil*, de abſtentione, totus §. eſt de ſeparatione. Si verum amamus, nullum eſt diſcrimen inter ſeparationem & abſtentionem: Nam ſeparatio nihil aliud eſt, quam horum bonorum abſtentio, & illorum retentio. Qui abſtinet ſe bonis paternis & am-

A plectitur fraterna, utique ſeparat bona, ſicut qui repudiat hereditatem paternam, & adit fraternam, id eſt, pupillarem hereditatem. Nam qui apprehendit fraterna, averſatur paterna, quid aliud facit quam ut his abſtineat, illa apprehendat? Igitur diverſa illi faciunt, quæ ſunt plane eadem. Sed demus eſſe diverſa, juvat ſcire quam conſtituant rationem differentiæ. Horum differentia hæc eſt: is, qui ſe abſtinuit bonis paternis removetur a pupillaribus, ne videatur partim improbare judicium defuncti, partim approbare, & ſcindere; quod eſt abſurdum, *l. 7. de bon. lib.* Et ita accipienda eſt ſecunda pars *d.* §. *filio*. Altera eſt: is, qui impetravit ſeparationem bonorum, non improbat judicium defuncti, & ideo non removetur a ſubſtitutione pupillari, ut in hac l. & abſtentio & ſeparatio impetratur a Prætore: & ſive abſten-
B tionem impetres, ſive ſeparationem, quid aliud agis, quam, ut partim probes, partim improbes judicium defuncti: non minus id agis, ſi ſepares bona, quam ſi te abſtineas a bonis paternis? Hæc igitur ratio differentiæ non eſt idonea: in ea igitur non eſt inſiſtendum: res eſt clariſſima: non eadem eſt ſpecies hujus legis, quæ §. *filio*. Hæc lex eſt de ſubſtituto exheredati, qui ſi ſe abſtinuit paternis bonis, non removetur propterea a fraternis, quæ omnimodo habiturus eſſet, etiamſi non fuiſſet ſubſtitutus. In *d.* §. *filio*, agitur de coherede ſubſtituto coheredi, qui ſi omittat hereditatem paternam, nec pupillarem habebit, ne eandem unius perſonæ pecuniam ſcindat. Verum ut nihil ad hæc deſideretur, nobis ſunt diligentius explicandi tres caſus, qui proponuntur in *d.* §. *filio*, & in §. *ſeq.* Hi tres caſus ſunt diverſi a caſu hujus
C legis, ideo diſtinguendi accurate, ne quid nos perturbet. Prior eſt, filio impuberi inſtituto ex aſſe quidam ſubſtitutus eſt ſecundis tabulis: nihil refert hoc caſu quis ille fuerit, extraneus, aut frater. Nam quiſquis fuerit, ſi pupillus ſe non abſtinuerit ab hereditate patris, a quo fuit inſtitutus ex aſſe, & obierit impubes, ſubſtitutus ejus non poteſt ſeparare hereditates, ut patris habeat, fratris non habeat, ſed utriuſque hereditatem, aut neutrius habere debet, quia in una perſona juncta eſſe cœpit hereditas. Et hoc ut dixi, ſi filius impubes non abſtinuerit ſe bonis paternis. Quæro quid ſit dicendum ſi inſtitutus ex aſſe abſtinuerit ſe bonis paternis, & alia habeat bona, ſi moriatur ante pubertatem, an ſubſtitutus cogetur reſpondere creditoribus paternis? Julianus putat obligari, *l. Julianus 42. de adquir. hereditate*,
D cujus ſententia merito reprehenditur a Marcello, quia hæc ſententia impugnat utilitatem pupilli, quandoquidem efficit, ne quis pupillo velit heres eſſe ex ſubſtitutione, ſi ſubſtitutus cogatur ferre onera patris, qui nihil tulit ex ejus bonis, cum iis ſe abſtinuerit pupillus cui ſuccedit: nemo volet heres eſſe pupillo ſub hac conditione, ſed repudiabit, aut etiam ſi poſſit venire ab inteſtato, ut ſi ſubſtitutus ſit fratri, omittet cauſam ſubſtitutionis, & ab inteſtato veniet ad hereditatem, quod faciet impune, id eſt, non incidet in edictum *ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*. Cujus hæc eſt ſententia, ut qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato vult ſuccedere, perinde obligetur, ac ſi ex teſtamento ſucceſſiſſet: nam cum mutando cauſam ſucceſſionis voluerit fraudare creditores & legatarios, æquum eſt, ut & ipſe hac ſpe
E multetur per hoc edictum, *l. ſi duo heredes. 18. ff. ſi quis omiſ. cau. teſtam.* & hoc obtinet tantum, quoties dolo malo id fecit propter ſuum compendium, & detrimentum alterius: neq; enim cuiquam interdictum eſt, ut omittat hereditatem, ſi ſine fraude id fiat, *l. quia autem*, §. *ſi patronus infr. eod.* In ſpecie *l. Julianus*, fraude caret, quia id facit, non ut evitet onera, qui mavult ſuccedere ab inteſtato; ſed ut vitet onera patris, quæ etiam iniquum erat in eum conferri, cum ex bonis parentis nihil habeat ob abſtentionem pupilli: & quod de fratre notat Marcellus, recte Ulpian. interpretatur de fratre patris, id eſt, patruo impuberis. Nam frater impuberis cum ſit neceſſarius, non poſſet omittere cauſam ſubſtitutionis ſine beneficio prætoris. Ergo concludamus. Qui ex

ſubſtitutione pupillari obtinet bona pupilli & ſe abſtinuit bonis paternis, non cogitur reſpondere creditoribus paternis, cum commoda non ſenſerit. Sed huic definitioni adverſatur *l. paterfamil. de priv. cred.* quæ aperte docet, pupillo ſe abſtinente bonis paternis, ac ſubſtituto ei ſuccedente ex cauſa ſubſtitutionis, ſubſtitutum teneri creditoribus paternis, quibus tamen non tenebatur pupillus ob abſtentionem: & res difficilis eſt, niſi ita diſtinguamus, Aut pupillus, qui ſe abſtinuit bonis paternis, miſcuerat ſe ante iis bonis: & hoc caſu, ſi ſubſtitutus adierit hereditatem pupilli, obligatur etiam invitus in omne æs alienum patris & filii, quaſi unum teſtamentum, & abſtentio filii ei proficiat ſoli, non ſubſtituto ejus: & pupillum miſcuiſſe ſe bonis paternis ab initio, hoc eſt, priuſquam ſe abſtineret: hoc dicit aperte *l. paterfamilias*; hoc non fingimus. Lex autem *Julianus* non exprimit an miſcuerit ſe pupillus, necne bonis paternis aute abſtentionem. Dicam igitur potius ſe non miſcuiſſe pupillum in *d. l. Julianus*, & hoc caſu abſtentionem proficere ſubſtituto: abſtentionem, quam non præceſſit miſtio ulla, porrigi & ad ſubſtitutum, ut non teneatur creditoribus paternis. Secundus caſus §. *filio* hic eſt: Coheres coheredi impuberi ſubſtitutus eſt: hoc caſu nihil intereſt, ſubſtitutus ſit filius aut frater. Si ſubſtitutus recuſet bona patris, removetur a bonis pupilli, quia juncta eſſe cœperunt in perſona pupilli: & contra ſi agnoverit bona patris, neceſſe erit agnoſcere pupilli bona, *l. quidam, C. de jur. deliber.* Denique non poteſt ſubſtitutus inducere ſeparationem: nec igitur hic caſus apponi poteſt ad l. noſtram quæ admittit ſeparationem: hic enim caſus eſt de ſubſtituto coheredis, lex noſtra de ſubſtituto exheredati. Tertius caſus §. *ſi ex aſſe*, eſt: Heres inſtitutus ex aſſe ſubſtitutus eſt filio exheredato, & recuſavit hereditatem paternam. In hoc caſu diſtinguere debemus omnino, ac ſeparare extraneum a fratre. Et primum loquamur de extraneo. Finge igitur: Hic extraneus inſtitutus eſt ex aſſe impuberi ſubſtitutus repudiat hereditatem patris, non habet ſubſtitutum vulgarem: an poteſt capere hereditatem pupilli, ſi caſus ſubſtitutionis exiſtat? Minime, quia nulla eſt inſtitutio. Si nulla eſt inſtitutio, nulla eſt ſubſtitutio. Si nullum teſtamentum patris, nullum eſt filii: nullum eſt autem teſtamentum patris, quod deſtituitur & repudiatur: nec ullus eſt heres, vel re, vel nomine. Sed ſi fuerit ſuus heres ex aſſe, & abſtinuerit, non impeditur capere hereditatem pupillarem, quia valet ſubſtitutio pupillaris: nam licet ſubſtitutus abſtineat ſe bonis paternis, ſuſtinet tamen nudum nomen heredis, quod non adimit abſtentio. Et ad hunc caſum pertinet *lex quæſitum* 40. *de adquir. vel omitt. her. l. filius* 41. *eod. tit.* quæ congruit cum l. noſtra, lex *quæſitum* Pugnat omnimodo: ergo & cum *l. filius*. Sunt duæ ll. affines, quæ pugnant invicem. Heres inſtitutus eſt a patre, idemque ſubſtitutus impuberi filio: ſubſtitutus nihil attingit ex hereditate patris: quæritur, an cogatur reſpondere creditoribus paternis, ſi propter voluntatem patris aliquid aliud habeat, vel faciat, ut puta, quia impuberi filio fuit ſubſtitutus, & immiſcuit ſe hereditati impuberis: hanc hereditatem habet ex judicio & voluntate patris, qui eum filio impuberi ſubſtituit, an propterea obligatur creditoribus patris? videtur obligari, quia incidit in edictum, de quo ante egimus, ſcilicet, *ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* quod tamen prima ſpecie non videtur: nam in illud edictum incidit ſecundum verba, qui omittit cauſam teſtamenti, & poſſidet hereditatem ab inteſtato, ſed ſecundum ſententiam edicti & in edictum incidit, qui omittit inſtitutionem & amplectitur ſubſtitutionem, *l. Julianus, ſi quis omiſſa cau. teſt.* Et ſimiliter incidit in ſententiam edicti, qui omittit hereditatem paternam, & amplectitur pupillarem. Si incidit, ergo tenetur creditoribus paternis, ac ſi attigiſſet hereditatem paternam. Denique ita concludit; aut ſi ſe miſcuit hereditati pupillari, tenetur etiam creditoribus paternis: aut ſi ſprevit hereditatem patris, nec quidquam conſequitur ex ſubſtitutione, debet etiam filii

A hereditatem ſpernere, quia, qui judicium patris ſemel oppugnavit, nihil debet conſequi ex ſubſtitutione pupillari, id eſt, qui primas tabulas oppugnavit, dum eas rejecit & repudiavit, nihil debet conſequi ex ſecundis. Sed diſtinguit Marcellus: Aut enim ex parte filius heres inſtitutus eſt adjecto extraneo coherede, aut ex aſſe. Si ex parte & ſpernat hereditatem patris, non prohiberetur capere hereditatem pupilli, quia non oppugnavit judicium patris, cum habuerit coheredem, a quo ſuſtinebantur primæ tabulæ, ne ruerent, ſed ſi fuerit ex aſſe inſtitutus & repudiaverit hereditatem patris, repelletur etiam a ſubſtitutione, nec ex ſecundis tabulis quicquam obtinebit, quia evertit primas: aut ſi ex ſecundis tabulis ſperet lucrum, debet ferre onera primarum. Hoc vult *l. quæſitum*: ex qua colligitur eum qui recuſavit heredi-

B tatem paternam arceri a pupillari. Verum conſiderandum eſt, *l. filius* loqui de filio inſtituto & ſubſtituto fratri exheredato: quæ etiam eſt ſpecies l. noſtræ. At *d. l. quæſitum*, non loquitur de filio, licet memoret ſæpe patris ſucceſſionem: quod facit reſpectu pupilli, non heredis inſtituti, qui extraneus fuit: quæ eſt ultima animadverſio Accurſii noſtri ad *d. l. filius*, ut ſcilicet *d. l. quæſitum*, de extraneo intelligatur, non de filio: nec ſane quærenda eſt alia conciliationis ratio. Enimvero ſi utraque lex de filio intelligatur, & quæſieris rationem componendi diſſidii, fruſtra fueris diligens. Ceterum ratio differentiæ ſumma eſt: ſi filius inſtitutus ſit ex aſſe, & ſubſtitutus fratri exheredato, ac ſe abſtinuerit bonis paternis, non repellitur a ſubſtitutione pupillari propter priorem abſtentionem, quia etiamſi non fuiſſet ſubſti-

C tutus, quæ ratio non valet in extraneo, tamen ſucceſſiſſet jure legitimo, qui cum everterit primas tabulas repudiando hereditatem paternam, ita plectitur ut cadat ſecundis, aut ſi commodum captet ſecundarum tabularum, ferre etiam debet incommodum primarum, quæ eſt ſententia *d. §. filio*. Intelleximus ex priore parte hujus legis, filium, qui ſe abſtinuit hereditate paterna, non repelli ab hereditate fratris impuberis exheredati, cui ſecundis tabulis ſubſtitutus eſt, & nihil obſtare *l. ſed ſi plures, §. filio, & §. ſi ex aſſe, hoc tit.* nihil *l. quæſitum, de adquir. heredit.* poſita differentia inter filium & extraneum: extraneum quidem inſtitutum ex aſſe, qui omittit hereditatem paternam, non admitti ad ſubſtitutionem pupillarem. Filium, qui abſtinuit a paterna, fruſtra repelli a ſubſtitutione fratris: qui ſi repellatur, mox ad eam

D redit jure legitimo. Denique intelleximus non pugnare *l. paterf. de privileg. cred.* cum *l. Julianus, de adq. her.* poſita differentia inter eum, qui miſcet ſe bonis paternis, antequam abſtineret, & eum, qui non miſcuit ſe: nam ſi pupillus miſcuit ſe bonis paternis, antequam abſtineret, ſubſtitutus, qui impuberis hereditatem adit, obligatur creditoribus hereditariis: miſtio nocet heredi pupilli, & abſtentio ſoli pupillo prodeſt. Quod ſi pupillus non miſcuerit ſe bonis paternis, abſtentio liberat etiam heredem ab oneribus paternis. Tractemus de poſteriori parte l. Filio abſtinente ſe bonis paternis & retinente permiſſu prætoris ſubſtitutionem, & ita facta ſeparatione bonorum, colligit Papinianus, ſic fieri ut legata debeantur ex ſecundis tabulis, non ex primis. Fuere relicta primis, ſed ea præſtantur ex ſecundis, quia

E beneficio abſtentionis liberatus eſt oneribus primarum tabularum, diviſa ſunt bona, diviſa ergo erunt onera: pupillaria bona agnoſcit, non paterna. Dices, non debentur etiam legata relicta ſecundis tabulis hac ratione, quia a ſubſtituto exheredati, vel etiam a legitimo exheredati herede legata inutiliter relinquuntur: non enim plus juris habet in ſubſtituto, quam in eo, cui ſubſtitutus erat: ab exheredato inutiliter legaret, hoc eſt certiſſimum: ergo & ab exheredati ſubſtituto, *l. ab exheredati, in pri. de leg.* 1. *l. qui fundum, §. qui filios, ad leg. Falc.* & in ſpecie propoſita, legata relicta ſunt a ſubſtituto exheredati: ſed dicas utiliter legata relinqui a ſubſtituto exheredati, ſi & ipſe ſubſtitutus ſit inſtitutus primis tabulis, *l. in ratione, §. ult. ad leg. Falcid. l. plane,*

in princ. de leg. 1. Et hoc loco filius ſubſtitutus fratri impuberi, a quo legata relicta ſunt ſecundis tabulis, fuit etiam inſtitutus primis tabulis, nec deſinit eſſe, quamvis abſtinuerit & per eum ſteterit, ne hereditatem haberet: neque enim prætor per beneficium abſtentionis efficere unquam poteſt, ut qui ſemel heres extitit, deſinat heres eſſe. Merito igitur debet legata a ſe relicta ſecundis tabulis. At quæritur, ſi oneratus ſit legatis, & ponatur ratio legis Falcidiæ, Falcidia enim minuit onus legatorum: Quæritur, inquam, in quibus bonis ponenda ſit ratio legis Falcidiæ? In ponenda ratione legis Falcidiæ comparamus bona, ex quibus præſtantur legata, cum ipſis legatis, & æſtimamus quanti ſint bona, quanti legata; & legata redigimus ad modum dodrantis, ſi exſuperent, ut heredi quadrans eorum bonorum ſuperſit: ponenda eſt igitur Falcidiæ ratio in bonis. Sed in quibus? an in bonis, quæ pater mortis tempore reliquit, an in his, quæ frater reliquit mortis tempore, cui ſubſtitutus eſt quis: an habebitur ratio bonorum paternorum, aut pupillarium? Si ſubſtitutus non abſtinuerit ſe bonis paternis, vel qua alia ratione bona paterna ad eum pervenerint, legata relicta primis, & ſecundis tabulis ſolvuntur habita ratione bonorum paternorum, non pupillarium, id eſt, eorum bonorum, quæ pater reliquit mortis tempore; non ſpectabitur quanti ſint pupilli bona, ſed quanti ſint bona patris mortis ſuæ tempore, ut ecce ſi legata omnia primarum & ſecundarum tabularum permiſta ſuperarent dodrantem bonorum paternorum, detraheretur vel ſuppleretur Falcidia, id eſt, quadrans bonorum paternorum, etiamſi opulenta eſſet hereditas pupilli, & ita inſtitutus haberet Falcidiam bonorum paternorum & integram pupilli hereditatem. Quod ſi legata non excederent dodrantem bonorum paternorum, non detraheretur Falcidia, etſi per ſe inſpecta legata ſecundarum tabularum ampliora eſſent bonis pupillaribus, & abſumerent bona pupillaria, quod ſit idonea hereditas patris, quæ ſola intuenda eſt: atque ita ſubſtitutus teneretur legatariis ſecundarum tabularum ultra vires hereditatis pupillaris, *l. in ratione*, *§. quod vulgo, ad leg. Fal. l. coher. §. coher. de vulg. & pup. ſubſt. l. non ſolum*, *§. ult. de liber. leg.* quæ legata relicta ſecundis tabulis in hac parte juris, quæ eſt de Falcidia & detractione legatorum, perinde habentur, ac ſi eſſent relicta primis tabulis, & revocantur ad rationem primarum tabularum, & ad rationem patrimonii, quod primis tabulis continetur, & comparantur ea legata cum bonis paternis, non cum bonis pupilli, & ſolvuntur ex bonis paternis, & in hac parte juris ſubſtitutus comparatur inſtituto ex his bonis, in quibus ſubſtitutus eſt, *d. l. in ratione*, *§. quod vulgo*. Et ad ſummam, in ponenda ratione legis Falcidiæ ſic habetur ratio legatorum, ac ſi nullæ extarent ſecundæ tabulæ, nulla bona pupillaria: nulla denique alia præter paterna. Eſt qui ſcripſerit, legata relicta ſecundis tabulis ſolvi de hereditate pupilli: quod non eſt admittendum. Id pugnat cum *d. l. in ratione*, *§. quod vulgo* cum ait: *de ſuo quadrante, nimirum dabit ſubſtitutus, quoniam pater legavit de ſuo*: & ita Florentiæ: & ita in Baſil. *ἐκ τῶν ἰδίων ἔδοξε λεγατεύειν*: & recte ſi de ſuo legavit pater, ea quoque de ſuo præſtari voluit. Præſtabuntur ergo de bonis paternis, non pupilli: & quod ait de ſuo quadrante dabit, id eſt, ea legata implebit ſubſtitutus de quadrante bonorum paternorum, quem ſolum habebat mortis tempore, quo in bonis paternis erant 400. in legatis 300. Sed poſt mortem finge periiſſe centum, ea centum ſubſtituto perierunt, non legatariis, reliqua trecenta omnino præſtanda ſunt legatariis ſine deminutione: atque ita ſubſtitutus perdit quadrantem, quem habebat mortis tempore, tum ut conſulatur legatariis, tum etiam quia mortis tempore idonea erat hereditas patris: & in ponenda quantitate patrimonii hoc tantum tempus ſpectatur, *l. in quantitate*, *ad leg. Falcid.* Verum longe alia eſt ſpecies l. noſtræ: Subſtitutus abſtinuit ſe bonis paternis, non pervenerunt ab ſubſtitutum ulla bona paterna; & ſubſtitutus eſt non coheredi, ſed exheredato. Ratio igi-

A tur non fert, ut legata relicta ſecundis tabulis referamus ad rationes patrimonii paterni, quo ſe abſtinuit ſubſtitutus; ſed cogimur illud tantum ſpectare, quod retinet, nempe pupillare, & pro ejus modo & quantitate vel Falcidiam inducere, vel non inducere. Itaque præſtabuntur ſola legata ſecundarum tabularum habita ratione bonorum pupillarium, & de bonis pupillaribus ſalva Falcidia, nec ultra vires hereditatis pupillaris, aut ultra dodrantem præſtabuntur. Et hoc eſt, quod ait in ſecunda parte hujus legis. Itaque, inquit, legata, &c.

Ad L. VIII. de Collation.

Nonnunquam prætor variantem non repellit, & con-
B *ſilium mutantis non adſpernatur. Unde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cavere fratribus voluit, audiendum poſtea putaverunt, ſi vellet ablata cautione beneficium bonorum poſſeſſionis exercere. Tametſi reſponderi poteſt, videri eum poſſeſſionem repudiaſſe, qui formam poſſeſſionis conſervare voluit: ſed benignior eſt diverſa ſententia, maxime cum de bonis parentis inter fratres diſputetur: quem tamen facilius admittendum exiſtimo, ſi intra tempus delatæ poſſeſſionis cautionem offerat: nam poſt annum, quam delata eſſet bonorum poſſeſſio, voluntariam moram cautionis admittere, difficilius eſt.*

NIhil eſt in Papin. quod non ſit ſingulare admodum. Superiore lege habuimus caſum, quo legata relicta ſecundis tabulis ſolvuntur de bonis pupilli contra
C reg. juris. Habebimus hodie ſimilem caſum in hac l. 8. quo quis poteſt mutare conſilium in alterius fraudem injuriamque: nam & hoc eſt contra regulam juris. Hoc autem ut intelligatur, ſciendum eſt, filio emancipato non dari bonorum poſſeſſionem *unde liberi* ab inteſtato, vel etiam eidem præterito teſtamento patris non dari bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel datam ſine re conſtitui, id eſt, non dividi inter eum & fratres, qui remanſerunt in poteſtate, hereditatem patris, niſi cum ſatiſdatione caverit iis, qui in poteſtate remanſerunt, de bonis propriis conferendis, quæ moriente patre habuit, aut niſi ſtatim ex bona fide bonorum propriorum diviſionem fecerit cum fratribus, quo jure etiam utimur hodie. Emancipatus filius, qui appetit bona paterna, debet in medium conferre bona propria ex hoc edicto,
D quaſi paterna, quia ipſe jus filii habere vult, & venire in partem bonorum paternorum una cum filiis qui in poteſtate remanſerunt. Bona autem, quæ filiorum ſunt, patris ſunt: Ac proinde non aliter ſuccedet, quam ſi bona propria contulerit. Collatio fit vel cautione, vel reipſa, id eſt, diviſione, *l. 1. §. jubet*, & *§. quamvis*, *hoc tit. l. pen. §. videamus*, *de bon. poſſ. cont. tab.* Plerumque autem collatio fit cautione, quia cum poſſint bona quædam propria emancipati eſſe in occulto: non ſatis videtur conferre, qui non cavit, quamvis dividat bona propria, & conferat in medium, ac in commune redigat. Melius eſt igitur, cautione conferre, id eſt, cavere de conferendis bonis propriis datis fidejuſſoribus, quæ ſcilicet ejus fuiſſe propria quandoque conſtiterit, quam dividi, id eſt, re ipſa collationem fieri: conferunt, ut dixi, emancipati
E ſuis, id eſt, iis, qui in poteſtate remanſerunt, quia ſuos, qui jure civili ſoli erant heredes patris, incommodo quodam afficiunt, dum jure prætorio volunt venire in partem bonorum paternorum, *l. 1. §. toties*, *hoc tit.* Æquum eſt igitur, ut emancipati eis conferant bona quæ poſt emancipationem adquiſierunt, ac ſi ea adquiſiiſſent patri non ſibi. Conferre, eſt bona propria paternis commiſcere, ut omnia ſimul inter fratres emancipatos & ſuos dividantur ex æquo, quaſi unum ſit patrimonium paternum. Emancipati ſibi invicem non conferunt, *l. ult. §. ult. l. 2. §. ſi tres*, *l. 3. §. quotiens*, *hoc tit. l. ſi emancipati*, *C. de collat.* quia alter alteri non eſt incommodo: ſunt enim omnes pari jure: inter fratres inæquales collatio locum habet, non inter æquales: ac propterea ſui etiam

non

non conferunt emancipatis plerunque, quia nihil habent, quod conferant præter dotem aut donationem propter nuptias, quam conferunt: Castrense autem peculium, vel quasi, nunquam conferunt vel sui vel emancipati; sed ea retinent præcipua, vel præcipui titulo, quod dicimus *par preciput*, *l.* 1. §. *nec castrense*, *hoc tit.* Præterea sui testamentum non faciunt, quia, ut ait Ulpian. nihil habent proprium, ut de eo testari possint: cujus sunt in potestate & in ejus potestate ac dominio sunt bona eorum quæcunque sibi adquirunt. Dionysius 8. *vivo patre nihil habent proprium filii sui, sed jus est patri tum in bonis, tum in corpore, ut de iis possit statuere ut libet:* & ea ratione dicuntur sui non conferre emancipatis. Diximus plerumque satisdatione, idonea cautione collationem fieri: quid fiet, si filius emancipatus non caveat, & paterna tamen appetat, vel etiam ea possideat pro sua portione: nam bonorum possessio emancipato dari potest, etsi nondum contulerit, quæ tamen constituitur sine re, nisi postea contulerit; quia ut ait Papin. in hac l. formula bonor. possessionis hæc est, ut qui non contulerit bona propria, non possit ejus beneficio uti. Et distinguendum est ea in re, aut per inopiam filius emanc. non potest cavere de conferendo, aut per contumaciam noluit. Si per inopiam non potuit cavere, ut vix reperiuntur ulli, qui pro inope velint fidejubere, non statim ab eo transferenda est possessio portionis suæ, sed sustinendum donec sponsores invenerit, ita tamen, ut interim fratribus, qui in potestate remanserunt, actio detur de his, quæ mora deteriora futura sunt, id est, quæ tempore pereunt, *l.* 2. *in fin. hoc tit.* qui locus est obscurus, nisi *actionem* accipias pro auctione, quod frequentissimum est in his libris. Ambrosius ex Basilio de Tob. *liberos pro paterno debito in actionem deduci fratribus.* Basilius, εἰς τὸ πρατήριον. Hic est sensus *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Aut si in portione filii emancipati sunt quædam, quæ servari non possunt, de iis dabitur actio, vel auctio, id est, jus vendendarum rerum, dummodo caveant emancipato de restituenda pecunia, quam ex auctione redegerint, quoties propria contulerit: & si non caveant, non dabitur illis actio, ut vendant, sed dabitur curator portionis emancipati, qui eam rem peragat, & vendat, & pecuniam ei servet, *l.* 1. §. *si frater*, *hoc tit.* Hic est ordo juris, quum frater emancipatus non potest per inopiam cavere, & quum fratres non contenti divisione, cautionem exigunt, existimantes latere multa ex bonis fratris emancipati, nec prodi ab eo omnia. Quod si per contumaciam nolit cavere de conferendis bonis propriis, hoc casu statim transferenda ab eo possessio est portionis suæ, & denegandæ ei sunt petitiones possessoriæ seu hereditariæ, perinde ac si bonorum possessionem non accepisset, ut est in *l.* 2. §. *penult. l.* 3. *in princ. hoc tit. l.* 11. 12. 14. 16. *C. de collat.* Et hæc locum habent, cum data jam est bonor. possessio: nam si nondum data sit, denegabitur, quum propalam negabit se satisdaturum, quandoquidem hoc genere videtur repudiasse bonorum possessionem, cum palam edixerit, se ejus formam observare nolle, id est, non cavere velle. Denique, qui per contumaciam non cavet, vel repudiare videtur commodum bonorum possessionis, vel ei renuntiare. Quod si initio dixerit, se nolle cavere, & postea pœnitentia actus offerat cautionem, an audietur? an poterit emendare contumaciam suam, & commodum seu beneficium bonorum possessionis repetere, quo per contumaciam cecidisse videtur? An, inquam, pœnitens recipit jus pristinum? Hæc est quæstio hujus l. Et sane videtur non esse audiendus secundum regulam juris, qua nemo potest mutare consilium suum in fraudem alterius, l. 75. de regul. jur. quæ est Papiniani ex eodem libro, & est præponenda huic l. quia hæc lex hujus regulæ est exceptio: Hic mutat consilium suum in fraudem fratrum, qui in potestate remanserunt, nam ad eos jam pertinebat tota hereditas. Nemo ambigit, quin liceat sine alterius injuria mutare consilium, *l. de ætate*, §. *ult. de interrog. in jur. fac.* Si interrogatus in jure ab adversario, an heres sim, & respondeam, me non esse: mihi licebit postea pœnitere, & respondere, me esse: quo responso obligabor adversario: & ex ea pœnitentia non læditur adversarius, imo commodo maximo afficitur: quia ex responso meo ei paratur actio in me ut heredem: licet igitur pœnitere sine captione alterius. Et ita, si pecuniam tibi dedi, ut Stichum manumitteres, est mihi condictio pecuniæ vel ex cessatione tua si cesses Stichum manumittere, vel ex pœnitentia mea, si jam nolim Stichum manumitti, *l.* 3. §. 1. *de cond. causa data.* Nec enim hæc pœnitentia nocet alteri, cum nondum manumissus sit Stichus, & res in integro sit: licet mihi re integra revocare mandatum, licet etiam mutare testamentum re integra, cum nullum jus ex eo me vivo alteri quæsitum sit, nec id inconstantis est. Nemo doctus, inquit ille, mutationem consilii esse inconstantiam dixerit. Sed in fraudem alterius mutare non licet. Finge: Vendidi tibi fundum ea lege, ut nisi ad diem solveres pretium, res esset inempta, quæ dicitur lex commissoria: non solvisti ad diem. Est in arbitrio venditoris, ut utatur lege venditionis, rescissa venditione, vel ut pretium petat si nolit uti lege commissoria: & de alterutro hoc vel illud debet constituere, id est, eligere. Sed si semel unum elegerit, non poterit variare, quia ea variatio, seu mutatio consilii fraudi esset emptori, *l. si fundus*, §. *eleganter*, *de lege commiss.* Et ita si filius præteritus testamento patris judicium patris forte legato vel fideicomm. accepto approbet, jam non potest petere bonorum possessionem contra tabulas, relicto leg. aut fid. hoc enim esset fraudi heredi scripto, cui jus omne adquisitum est, *l. si filius de minor.* Et similiter, si creditores hereditarii impetraverint separationem bonorum, cum existimarent hereditatem esse idoneam, heredem non item, & nollent creditores hereditarii misceri creditoribus heredis, sed solvi sibi de bonis hereditariis; creditoribus vero heredis solvi de bonis heredis propriis: si inquam creditores hereditarii separationem bonorum impetraverint, & postea non idonea hereditas inveniatur, heres autem idoneus: an possunt mutare sententiam & discedere a separatione, & reverti ad heredem? Minime: sed perstare debent in eo, quod elegerunt, ne fraudent heredem commodo, quod ei ex hac re contigit. Innumeris exemplis hoc probare possis, quæ passim occurrunt. Sed tamen in specie proposita ex æquo & bono auditur filius emancipatus, qui mutat consilium suum. Noluit per contumaciam initio cavere de conferendis bonis propriis, atque ita excidit commodo bonorum possessionis, & id omne recidit in fratres; nunc pœnitentia ductus, paratus est cavere, & postulat, ut sibi liceat exercere & exequi beneficium bonorum possessionis contra tabulas, vel unde liberi, non videtur quidem summo jure admittendus. Sed non semper summum jus justitia est. Justitia est ἀκρότης, non μεσότης, ut ait Philosophus. Igitur audietur filius emancipatus ex æquo & bono, cum maxime de bonis paternis inter fratres disceptetur. Hoc maxime notandum est, quia multæ sic dirimuntur controversiæ: ex ea enim constituimus, quoties inter fratres de bonis paternis lis est, non spectari regulas juris, quæ omnes sunt summi juris, sed benignitatem & æquitatem. Et hoc utique procedit, ut ait Papin. si intra tempora delatæ possessionis, hoc est, intra annum mutet consilium & corrigat factum: nam post tempora vix audietur, inquit, sera est enim pœnitentia post annum delatæ possessionis. Si pœniteat, difficilius audietur: nam ut audiatur etiam post annum, hoc positum est in arbitrio Prætoris, sed vix audietur, quia sera est pœnitentia. Nam si post annum non potest petere bonorum possessionem, nec igitur post annum bonorum possessionis commodo frui poterit, qui excidit ante annum. Confirmatur hæc æquitas *l.* 1. §. *si frater*, *ff. hoc tit.* dum ait, fratrem, qui per contumaciam non cavit, postea oblata cautione recipere pristinum jus. Quod tamen explicandum est secundum sententiam Papin. Florentiæ sic scriptum: *non repellit, & consilium mutantis non aspernatur:*

verum,

verum, omnino legendum: *consilium mutantem*, ut in Basilicis τὸ μεταμέλον. Cum igitur Papinianus posuisset hanc regulam, *nemo potest mutare consilium in detrimentum alterius;* mox subjecit exceptionem, filium pœnitere posse, etiamsi videatur pertinere ad injuriam alterius, scilicet fratrum. Et ut alio exemplo demonstrem, non esse ad vivum resecanda ea, de quibus disceptatur inter fratres de bonis paternis, id petamus ex *l. 3. C. de inoffic. test.* Finge: mater extraneum heredem instituit, & post testamentum filium peperit, quem testamento prætererat, matris præteritio est exheredatio. Secus de patris præteritione: filius præteritus agit querela adversus heredem scriptum, & rescindit totum testamentum. Quod si mater filium suum heredem instituerit, & post testamentum alium filium pepererit, quem præteritione exheredavit, an hic filius aget querela adversus fratrem, & totum rescindet testamentum? Minime, si mulier in puerperio diem suum obierit, nec ei licuerit rumpere testamentum, hic filius præteritus non rescindet totum, sed adcrescet fratri in dimidiam partem, quod mitius inter se agere debeant fratres de bonis paternis. Ac similiter, ut Paulus notat 4. *sent. de querela inoff.* Si duo sint filii heredes instituti ex debita portione, & tertius ex minore portione, quam sit legitima, an hic tertius aget adversus fratres querela testam.? Ageret utique adversus extraneum: non enim tantum filius exheredatus vel præteritus, sed & qui institutus est ex minori parte, quam sit legitima, agere potest querela inofficiosi secundum jus vetus; quod quidem obtinuit ante constitutionem Justin. de supplenda legitima, quæ est *l. 35. de inoff. test.* Sed adversus fratres coheredes in hoc tantum aget, ut suppleatur pars legitima, etiam secundum jus vetus: nam quoties inter fratres agitur de bonis paternis vel maternis, sequimur quod benignius sit, ac mitius: non regulas juris, quæ summi juris definitiones sunt.

Ad L. XVIII. de Operis novi nuntiat.

Ædibus communibus, si ob opus novum nuntiatio uni fiat, si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nuntiatio tenebit. Si vero quidam ignorent, in solidum obligabitur, qui contra edictum prætoris fecerit.

§. 1. *Nec ad rem pertinet, cujus solum sit, in quo opus fiat, sed quis ejus soli possessor inveniatur, modo si ejus nomine opus fiat.*

QUod in hoc edicto de operis novi nuntiatione cavetur, etsi notum sit omnibus, tamen initio exponi necesse est. Hoc edicto consulitur vicino adversus vicinum, qui quid in suo molitur, aut demolitur, quod vicino nocere possit: Nam is, cui opus novum quod vicinus facit vel instituit nocere potest, si vereatur, ne ex eo opere jus suum deterius fiat, potest prohibere vicinum, id est, denuntiare, ne quid novi operis instituat, testibus præsentibus etiam non adito prætore: etsi hodie moribus nostris necesse sit nuntiationem fieri auctore judice: & nuntiari his verbis: *Denuntio tibi, ne quid operis me invito in illo loco facias.* Hæc nuntiatio permittitur ipso jure, id est, ex edicto prætoris, & hunc effectum habet, ut qui ei non obtemperaverit, id est, qui non destiterit ab opere, sicuti denuntiatum est, quidquid post denuntiationem fecerit, compellatur destruere, aut restituere edicto restitutorio, cujus formula hæc est: *Quod adversus edictum fecerit*: nam, qui facit contra nuntiationem vicini, videtur contra edictum facere, in *l. 5. §. si quis forte, l. si opus, §. ult. l. ult. hoc tit. l. 20. §. 1. eod. t. l. 22. & ult. eod. l. ult. ne quid in loco publ. l. qui vetante, de reg. jur. l. prætor, §. 1. hoc tit.* Secundum superiores locos omnino legendum est in *d. l. prætor, §. 1. qui facit contra nuntiationem, etsi jus faciendi habuit, tamen contra edictum prætoris facere videtur.* Legendum est *edictum, non interdictum.* Nuntiat novum opus non tam is, qui nuntiat, quam prætor. Igitur, qui pergit facere nec disce-

A dit ab opere post denuntiationem, contra edictum prætoris facit, & subjicitur interdicto restitutorio, quo compellitur restituere rem in eum statum, quo fuit nuntiationis tempore. Et hoc ita procedit, si quid is, cui nuntiatum est, faciat post nuntiationem, antequam prætor remiserit nuntiationem, quod facit causa cognita: post remissionem nuntiationis licet ædificare: remissio abolitio est nuntiationis: remissionis vicem obtinet satisdatio, veluti si is, cui facta est nuntiatio, satisdet se restituturum omnia in pristinum statum, si judicatum erit eum non habuisse jus faciendi novi operis, & eum, qui nuntiavit, jus habuisse: nam post eam satisdationem impune ædificabit, hoc est, non tenebitur edicto restitutorio. In hac l. 18. quæritur, si ædes, in quibus novum opus fit, sint communes inter duos, aut plures, utrum B nuntiatio sit facienda omnibus, an satis sit fieri uni ex sociis? Et definit eleganter Papinian. satis esse si uni ex sociis nuntiatio fiat: uni factam nuntiationem, omnibus factam videri. Sed si post nuntiationem quidam opus fecerint, quidam non, hi, qui non fecerunt, non tenebuntur edicto restitutorio, sed is solus in solidum tenebitur, qui non paruit nuntiationi, cujus factum non nocere debet alii, qui nihil fecit, quique facienti assensus non est, *l. de pupillo, §. si plurium, hoc tit.* Igitur nuntiatio omnes tenet, etiamsi facta sit uni; si omnes fecerint opus, id est, si omnium voluntate factum sit opus, utique omnes tenebuntur edicto restitutorio, non tantum, ut patientiam præstent, quod voluit Accurs. sed etiam, ut impensa sua suisque sumptibus opus post denuntiationem factum restituant, quia fecisse vi- C dentur, etiam qui non fecerunt, si alii voluntate eorum fecerint, ne sit lusoria nuntiatio, & lusorium edictum prætoris, *l. ult. ne quid in loco publ.* Sed si non fecerint omnes, aut facienti non assensum præbuerint, non tenebuntur omnes edicto restitutorio propter factum sociorum, qui ipsi nihil facere, nihilve voluere facere operis novi. Et hoc est, quod ait Papinian. in priore parte hujus legis: *Omnes nuntiatio tenebit, &c.* id est, omnes tenebuntur edicto restitutorio. In posteriore parte, quia dixit initio de ædibus communibus, docet Papinian. ædes communes videri non tantum, quæ plures dominos habent, quas plures domini dominantur, sed & quas plures non domini communiter possident. Quod commune est, vel dominio, vel possessione commune est: & constat nuntiationem fieri non tantum D domino, vel dominis ejus soli, in quo nuntiatio fit, sed etiam possessori, vel possessoribus, si modo eorum nomine opus fiat: nam si non fiat eorum nomine, etsi sunt domini, nihil attinet ei nuntiatum. Denique nuntiatio fit, vel domino, vel possessori, cujus nomine opus novum fit. Nam hæc nuntiatio non tam fit in personam, quam in rem; ut actio alia est in rem, alia in personam, sic nuntiatio alia in rem est, alia in personam, *l. 1. §. nuntiatio, l. de pupillo, §. nuntiationem, l. 10. l. 11. l. ult. hoc tit.* Et fit in rem præsentem, id est, in locum ipsum, quo opus fit, sicut vindicatio fit in rem præsentem ex jure veteri, atque fit etiam nuntiatio operis in ignorantem, *l. 18. actio, hoc tit.* quia magis est in rem, quam in personam; & utilis est etiamsi non fiat personæ, modo fiat in re præsenti: nuntiatio alia in personam, alia E in rem est, ut dixi. Nuntiatio, quæ fit in rem, fit semper in rem præsentem: nuntiatio in personam, si non possit fieri in personam, puta, si non inveniatur is, cum quo nobis res est, cuique nuntiare novum opus volumus, fit ad domum ejus libello ad postem fixo: ut ex 12. tabulis denuntiatio testimonii, quæ est in personam, fit ob portum, id est, ad domum. Hoc confirmant *l. 4. §. prætor, de damn. infe. l. 20. §. nupta ad l. Jul. de adult. l. 13. de excusa. tut. l. 1. C. Theod. eod. l. 2. C. de ann. except. l. 5. §. 1. quod vi aut clam. l. 1. §. 1. de agnosc. & alend. lib.* In his omnibus ll. agitur de denuntiatione operis, quæ fit ad domum, vel per præconem, vel per libellum. Utitur autem Papin. in hac posteriori parte; verbis *soli & solum*, quia nuntiatio pertinet tantum ad ea opera, quæ

solo

solo cohærent: nam qui putat vineas, aut messem facit, vel succidit arbores, opus quidem facit, sed quod non possit inhiberi ex hoc edicto, quod pertinet tantum ad ea quæ soli sunt, *l. 1. §. hoc autem, hoc tit.*

Ad L. XLII. de Usucap.

Cum vir prædium dotale vendidit scienti, vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet, quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem juris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit.

EST hæc lex elegans pertinens ad leg. Juliam de fundo dotali, & ad leg. Attiniam de re furtiva. Ex lege Julia maritus prædium dotale, quamvis interim videatur dominus, non potest alienare, vetat etiam usucapi, *l. si fundum, de fun. dot.* Prædii dotalis usucapio non est, nec alienatio ex lege Julia: ex lege Attinia, non est etiam usucapio rei furtivæ, obstat usucapioni rei furtivæ. Hoc cum ita esset, docet Papinian. in hac lege, aliquando confirmari alienationem prædii dotalis, ac deinde usucapionem procedere, confirmari quoque venditionem rei furtivæ, & usucapionem procedere, convalescere alienationem, & restitui causam usucapionis, cui ab initio obstabat lex Attinia. Loquamur primum de fundo dotali. Finge, Maritus constante matrimonio alienavit fundum dotalem: deinde morte mulieris solutum est matrimonium, & dos cessit lucro mariti ex pacto dotali: convalescit alienatio fundi dotalis quando maritus, qui eum alienavit, in eo fundo mulieri successit ex pacto dotali: & procedit usucapio, si forte non fuerit mulieris, vel, si forte ad quendam alium bonæ fidei possessorem pervenerit, *l. pen. de fund. dot.* Si is, qui rem furtivam vendidit, heres extiterit domino rei, purgatur vitium rei, & convalescit venditio, quia venditor ejus dominium adquisivit, & procedit usucapio pro emptore. Mirum est alienationem convalescere, quæ ab initio non valuit ipso jure, & tamen ita definit Pap. in hac l. Objicitur primum regula Catoniana: *quæ ab initio non valent, ex post facto non convalescunt*: quæ plerumque valet, non solum in legatis, & substitutionibus, sed etiam in contractibus. Sed ita respond. *non convalescunt ipso jure*, fateor, directo, sed remedio retentionis, remedio exceptionis doli mali ex æquitate: quod ita demonstro. Rei alienæ pignus non valet, convalescit tamen adquisitione dominii, si is, qui domino pignus posuit, domino heres extiterit, & convalescit, non directo, non ipso jure, *l. si Titio, de pign.* sed per retentionem, ut ait *lex 1. in prin. eod.* id est, per exceptionem doli mali, quod scilicet debitor velit auferre rem creditori, quam ei pigneravit, quod sit mendax. Nam actioni & exceptioni doli mali insunt mendacia, *l. quid enim, de dolo.* Finge: Tu mihi rem pignerasti, cum non esses dominus, postea factus es dominus, & vindicas eam, nec vis tueri pignus, quod mecum contraxisti: arguam te mendacii, & utar exceptione doli mali: imo si ignoraverim rem fuisse alienam, dabitur mihi actio utilis hypothecaria, *l. rem de pign. actio. l. 5. C. si res alie. pign. data sit.* Ergo concludamus: Regula Catoniana est directi juris, quæ tamen inflectitur sæpe ex æquo & bono remedio retentionis, vel exceptionis. Rursus objicitur *l. nec nos, C. de postlim. rever.* Si nesciatur quis ab hostibus captus sit, necne, si cujus sit incerta vita ac fortuna, ejus hereditas adiri non potest. Certa enim debet esse mors, priusquam adeatur hereditas, & adjicit, *de bonis ejus, cujus incerta fuit vita ac fortuna, transigi vel judicari non potuisse*: hoc inquiunt pugnare cum hac l. perperam. Fateor quidem non potuisse transigi vel judicari, sed si postea constiterit esse mortuum eum de cujus hereditate agitur, valebit aditio, vel transactio aut judicatum, non quidem directo, sed per retentionem, puta, si is, secundum quem judicatum est, rem habuit apud se, vel si ex transactio-

A ne eam habeat, eam servabit vi anterioris transactionis, vel judicati, quanquam jure transactionis aut judicati eam rem non habuerit. Magna vis est retentionis, magna possessionis: & valet plurimum in omnibus controversiis: difficile est removere possessione eum, qui in ea est, nec habet injustam possidendi causam. Objicitur etiam *l. si servo, qui & a quibus man.* Servum alienum manumisi, deinde domino ejus heres extiti, an convalescit manumissio? minime. Hoc pugnat cum h. l. nam cur manumissio non convalescit, si domino servi heres extiterim, cum usucapio rei furtivæ, & venditio fundi dotalis ex post facto convalescat? Dicendum est, non idem posse constitui in manumissione, quod in venditione, aut judicato, aut transactione: nam ex manumissione nulla nascitur obligatio, ut non possit jure obliga-

B tionis, jure exceptionis, aut retentionis sustineri manumissio ex post facto. Ceterum ex venditione, transactione, judicato nascitur obligatio, quæ efficit, ut inviti cogamur stare ei venditioni, transactioni, vel judicato, si dominium adquisierimus ejus rei, de qua agitur. Ergo proprium hoc in manumissione est, ut si manumissor domino servi heres non extiterit, non convalescat manumissio. Contra si dominus servi manumissori heres extiterit, qui inutiliter servum alienum manumisit, convalescit manumissio, *l. filium, de lib. caus. l. si ab eo, C. eod. tit.* Ratio differentiæ est, quia cum dominus servi manumissoris hereditatem adit, adeundo tacite probat factum defuncti, manumissionem defuncti, voluntati defuncti accedit tacita voluntas heredis. Aditio est tacita adprobatio eorum, quæ gessit defunctus. At cum

C manumissor adit hereditatem domini servi manumissi, non ita concurrit voluntas utriusque in libertate servi: neque enim possis dicere unquam, voluntatem domini defuncti accessisse voluntati manumissoris: est satis evidens discrimen. Ergo hæc nihil obstant huic legi: & verum est, venditionem rei dotalis, aut furtivæ, quæ ab initio fuit inutilis, dominio ejus rei adquisito venditori, convalescere & confirmari: non quidem directo, sed remediis Prætoris, remedio exceptionis doli mali: quod sit putidum non manere in eadem voluntate, in eadem venditione, quam ipse fecit. Et videtur non male huic legi conjungi posse *l. 12. de except. doli*: quæ generaliter definit: quoties æquitate defensionis infringi actio potest, locum esse exceptioni doli mali: significatque doli exceptionem esse generalem, & manare latissime: id est, opponi posse

D in omnibus causis, quibus æquum est defendi reum.

Restat ex hoc libro *l. si minor, ad leg. Jul. de adult.* quæ non indiget longa interpretatione: non enim dubium est, quin teneatur minor lege Julia si commiserit adulterium. Ideo autem Papin. dicit: *si minor annis*, scilicet 25. quoniam adulterii crimen incidit in puberem, non etiam in impuberem, ll. tamen 12. tab. pueros impuberes in furto manifesto præhensos Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri, auctore Gellio *l. 11. cap. ult.* si proximi pubertati sint, quia jam doli capaces sunt. Justinian. in *§. pen. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. l. impuberem, de furtis, l. 5. §. quod si impubes, ad l. Aquil. l. pupillum 111. de reg. jur.* Vix autem adulterii crimen in impuberem cadit, quia nondum per ætatem potest συνουσιάζειν.

E

Ad LL. In quibus citatur Papin. ex hoc libro tertio Q.

QUæ ex libro 3. Quæstionum Papin. alii Jurisconsulti retulerunt, non possum sine scelere prætermittere: sunt enim præclara admodum. Primum exponamus, quod Harmen. *l. 2. Epit. tit. 4.* quod nunquam alibi dicitur, refert Papinianum in ultima quæstione libri 3. scribere, *non posse nos vicinis auferre prospectum montium*. Quæ sententia est verissima, sed vitiatur tribus casibus; si vicinus hanc servitutem mihi concesserit, jus mihi esse altius ædes meas ædificandi, & pro-

prospectui suo officiendi. Item vitiatur si in edificando servavero formam, & statum ædificiorum antiquorum: nam etiam luminibus vicinorum impune officio, si servo statum antiquorum ædificiorum, *l. qui lum. de servit. urb. præd.* & in Græca Constitut. Zenonis, quæ extat in *l. pen. C. de ædific. priv.* & ut luminibus officere possum, modo servem veterem ædificiorum formam, ita & prospectui. Item officere possum prospectui vicini, & prospectui montium, si intermisero spatium 100. pedum: nam ut intermisso spatio 100. pedum potest vicino auferri prospectus maris ex constitutione Zenonis, & Nov. 63. & 165. ita intermisso eodem spatio, Harm. putat posse vicino auferri prospectum montium, ducto argumento a similibus ad similia: Parem enim esse utriusque prospectus gratiam, parem amœnitatem. His ergo tribus casibus potest auferri vicino prospectus montium, alias non potest, ut definit Papinianus. Dices, est quædam servitus, ne prospectui officiatur, *l. 2. de serv. urb. præd.* licet ergo prospectui officere, si ea servitus constituta non sit? Dicam licere prospectui officere servanti formam & statum antiquorum ædificiorum: item licere intermittendi spatium legitimum: item licere ei, cui vicinus cessit prospectui suo officere, alias non licere: illis tantum tribus casibus servitus illa recte constituitur. Est ab ea servitute diversa servitus prospectus, ut & alia est servitus luminum, & alia ne luminibus officiatur: nam & alia est servitus prospectus, alia ne prospectui officiatur. Servitutis prospectus vis hæc est, ut liceat parietem cæcum aperire, & facere fenestram prospiciendi causa. Eleganter Zeno in d. Græca constitutione, fenestras alias facit παρακυπτικὰς, alias φωταγωγὰς, quæ fiunt luminis causa, & inde jus fenestræ immittendæ: Alia est servitus luminum, alia servitus prospectus: inter quæ illa est differentia, quod lumen egrediatur, prospectus ingrediatur, & quod lumen sit ut cœlum videatur: prospectus, ut terra videatur, aut mare, *l. lumen, de servit. urb. præd.* Jus itaque fenestræ est jus prospectus, vel luminum. Ex eod. libro Papiniani: Ulpianus retulit quæstiones quatuor, unam initio *l. 7. qui satisd. cog.* alteram *l. 21. §. Papin. de recept. arb.* tertiam *l. 8. §. si cedet, si servus vind.* quartam *l. 28. mand.* Adderem quintam ex *l. 20. §. Papin. de petit. hered.* nisi corrupte in eo §. esset scriptum lib. 3. pro lib. 6. quæst. Eam igitur quæstionem reservo libro sexto.

Ad Princ. L. VII. qui Satisd. cog.

Si fidejussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori præscriptionem, & metuat petitor, ne jure fori utatur, videndum quid juris sit. Et Divus Pius (ut & Pomponius lib. epistolarum refert, & Marcellus libro textio digestor. & Papinianus lib. 3. quæstionum) Cornelio Proculo rescripsit, merito petitorem recusare talem fidejussorem: sed si alias caveri non possit, prædicendum ei, non usurum eum privilegio si conveniatur.

IN *d. l. 7.* tractatur de satisdatione judicatum solvi, vel judicio sisti. Si reus, qui in jus vocatus est, dederit fidejussorem idoneum & locupletem de judicato solvendo, vel judicio sistendi causa, non potest eum actor recusare, vel si recuset, tenebitur actione injuriarum tam reo, quam fidejussori, *l. 5. §. ult. qui satisd. cog.* Inops fidejussor recte recusatur: nam si dederit inopem, pro non dato habetur: & ut ait *l. 6. eo quoties vitiose cautum est, vel satisdatum, non cautum videtur*: vitiose Græci ἐπιλήπτως: ut qui dat inopem fidejussorem, vel difficilem conventu, divitem, vel potentiorem. Nam ut ait *l. 2. h. t.* locuples fidejussor non ex facultatibus tantum, sed etiam ex facilitate conveniendi æstimatur. Is est locuples & assiduus, qui est conventu facilis, & locuples. Vitiosa etiam videtur satisdare, qui dat quidem locupletem fidejussorem, sed non suppositum jurisdictioni ejus, apud quem in jus vocatus est, qui si conveniatur ex causa fidejussionis, potest uti præscriptione fori. Si actor metuat, ne fidejussor utatur privilegio sui fori, recte eum recusabit: nec tenebitur actione injuriarum, nisi fidejussor renuntiet privilegio sui fori, ac se subjiciat jurisdictioni ejus judicis cui suppositus est reus, *l. 1. si quis in jus voc.* & ex Pap. Ulpianus refert ita rescripsisse D. Pium. Et placet valde quod ibi scribit Accursius, eum, qui fidejussit, non posse uti præscriptione fori, quod ad locum attinet, quum eo loco contraxit, id est, non posse eum revocare litem ad aliam civitatem, *l. cum furios. §. ult. de jud.* sed posse uti præscriptione fori, quod ad judicem attinet: Exempli causa, si palatinus miles, puta, domesticus, protector, vel agens in rebus, qui magisterianus dicitur, fidejusserit pro alio in jus vocato apud judicem civilem, non intelligitur esse idoneus fidejussor, quia si conveniatur ex causa fidejussionis, potest revocare litem ad judicem suum militarem: hic igitur merito recusabitur.

Ad §. Papinianus L. XXI. de Recept. arb.

Papinianus libro tertio quæstionum ait, si cum dies compromissi finiretur, prolato die litigatores denuo in eum compromiserint, nec secundi compromissi arbitrium receperit, non esse cogendum recipere, si ipse in mora non fuit, quo minus partibus suis fungeretur. Quod si per eum factum est, æquissimum esse cogi eum a Prætore sequens recipere. Quæ quæstio ita procedit, si nihil in priori compromisso de die proferendo caveatur. Ceterum si caveatur, & ipse protulit, mansit arbiter.

IDem Ulpianus in *l. 21. §. Papin. de recept. arbit.* hanc quæstionem tractat: Duo compromiserunt in arbitrum præstituta die, ut sententiam diceret intra menses tres: is recepit arbitrium, necdum sententiam dixit, & instat tamen finis trium mensium: cum ita finiretur dies compromissi, id est, ne quis laboret ut Accursius cum instaret finis: sic enim habent Basilica cum instaret finis, μέλλοντος τοῦ χρόνου πληροῦσθαι, litigatores prolato die, denuo compromiserunt in eundem arbitrum sine consensu arbitri. Quæritur an cogatur arbiter arbitrium seu auditorium suscipere secundi compromissi? Quód non videtur, quia recipit arbitrium primi compromissi, non secundi, & sine consensu ejus diem protulerunt. Sed Papinianus distinguebat: aut per arbitrum stetit, quo minus intra diem præstitutum sententiam diceret, aut non: si per eum stetit, cogitur suscipere secundum arbitrum, quia ipse moram attulit primo: sed si per eum non stetit quo minus suis partibus fungeretur, sane non cogitur recipere arbitrium secundi compromissi. Et recte ad hanc distinctionem adnotavit Ulpianus, huic locum esse si in primo compromisso non fuit adjecta clausula de proferendo die compromissi, ut liceret arbitro diem producere. Nam si hæc clausula fuerit adjecta, & arbiter protulerit diem, omnimodo constat, eum manere arbitrum, & cogi sententiam dicere, & postulantibus litigatoribus cogi diem proferre per Prætorem, *l. 12. hoc tit.* Et secundum hæc accipiendum est quod est scriptum in *l. non distinguemus, §. dies hoc tit. Dies compromissi proferri potest, non cum ex conventione.* Quæ verba videntur Accursio obscura: nam ex conventione sola partium non profertur dies compromissi, ut constat ex sententia Papiniani, *sed cum jussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur*; quod accidit, quando in compromisso nominatim permissum est, ut diem proferret arbiter. Nam si diem protulerit cum ei proferendi data esset potestas, & aliquis ex litigatoribus dicto audiens non fuerit, incidet in pœnam, sed si hoc non sit datum arbitro, & diem protulerit, & neuter consenserit, pœna non committetur, *l. arbiter ex compromisso, hoc tit.*

Ad §. Si ædes L. VI. Si serv. vind.

Si ædes plurimum dominorum sint; an in solidum agatur, Papinian. libr. 3. Quæstion. tractat, & ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus, excepto usufructu. Sed non idem respondendum, inquit, *si communes ædes essent; quæ onera vicini sustinerent.*

EX eodem libro Ulpianus etiam aliam quæstionem tractat in *l. 6. §. si ædes, si serv. vindic.* & est de servitute oneris ferendi, quæ est specialis servitus, non ut voluit Theoph. generalis: quod ex eo apparet, quod specialia quædam habeat. Primum enim qui alias servitutes debent, pati debent, non facere quicquam; ut ecce, qui aquæductum debet, pati debet aquam fluentem, non facere quidquam. Qui vero debet servitutem oneris ferendi, etiam debet facere, id est, reficere vel restituere parietem, vel columnam destinatam oneri ferundo, ut cariatides, Satyros quos vocabant. Igitur qui hanc servitutem debet, non pati tantum tenetur, sed & facere *l. 6. §. etiam, si servit. vind. l. eum debere, de servit. urb. præd.* Item de aliis servitutibus agitur non tantum adversus dominum prædii servientis, sed & adversus quemlibet, qui impedit ne utatur servitute, *l. 1. §. competit, de aqua quotid. & æst. l. si quis, §. ult. si serv. vindic.* De servitute oneris ferendi, vel restituendo pariete collapso, vel columna oneri ferendo destinata agitur tantum adversus dominum ædium servientium, quia scilicet ineptum esset refectionem desiderare a non domino: refectio enim per actionem postulatur tantum a domino, *l. 1. §. ult. de servit. urb. præd.* vulgo est *l. ult. de servit.* Et secundum hæc accipienda *l. 6. §. hæc autem, hoc tit.* dum ait, actionem de servitute oneris ferendi non alii competere, quam domino ædium, dominantium scilicet, & adversus dominum ædium servientium; deinde addit, *sicuti ceterarum servitutum intentio vera*. Quæ verba cum supradictis pugnant: & sane sunt coangustanda ad id quod dixi de servitute oneris ferendi. Nam omnium servitutum actiones dantur tantum domino prædii dominantis; sed non omnes adversus dominum tantum: imo hac excepta, adversus quemlibet. Sed hæc servitus de onere ferendo datur tantum in dominum servientem; quia inutiliter refectio postulatur a non domino. Item si pluribus debeatur servitus, singuli de servitute agunt, & contra, si plures debeant servitutem aliquam, in singulos est actio in solidum, & a singulis servitus vindicatur, non pro parte: optima ratione, quia servitutes sunt individuæ, scindi non possunt: quia servitutes sunt individuæ, nec igitur earum actio, *l. loci, §. si fundus, si serv. vind. l. via, de servit.* Excipitur tantum servitus ususfructus, quæ sola est dividua; de usufructu potest agi pro parte; possumus pati, vel etiam dictare judicium pro parte de usufructu. Ergo hac sola servitute ususfructus excepta, qui debent alias servitutes, conveniuntur singuli in solidum. At de servitute oneris ferendi, quam debent plures, singuli conveniuntur pro parte tantum, ut pro parte reficiant parietem, aut præstent quod interest: nam æstimatio refectionis dividi potest. Et ideo ex Papiniano, recte Ulpianus refert *d. §. si ædes*, agere quidem singulos in solidum de servitute oneris ferundi, sed non etiam agi in singulos in solidum, ut reficiant parietem in solidum: nam refectio solida non pertinet ad singulos, sed quisque debet conferre.

Ad L. XXVIII. Mandati.

Papinianus libro tertio Quæstionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso jure reum non liberare. Propter mandatum enim suum solvit, & suo nomine, ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

POstremo ex eod. lib. Papin. Ulpian. in *l. 28. mand.* tractat de mandatore, id est, de eo, cujus jussu aliA quis credidit pecuniam Titio. Quodcumque autem de mandatore dixero, idem & dicere licebit de fidejussore. Finge, solvisse mandatorem, vel solvisse fidejussorem tibi, quod credidisti Titio, an solutione mandatoris liberatur Titius principalis debitor? Et docet Papin. ipso jure non liberari, quia mandator solvit suo nomine, ex quo etiam conveniebatur a creditore ob suam propriam obligationem, sicut fidejussor ob suam propriam fidejussionem: si solverit nomine debitoris, ut quilibet, sane liberat ipso jure debitorem. Sed non solvit nomine debitoris, sed suo nomine, id est, propter suum mandatum: ideoque dum solvit mandator, vel postea quam solvit, jure desiderat, ut sibi creditor cedat actionem adversus debitorem principalem, *l. inter, §. ult. mand. l. Stichum, §. si mandatu, de solution.* quæ ei non cedi
B posset post solutionem, si ipso jure liberatus esset reus *l. Modestinus, de solut. l. cum possessor. de censib.* nam quod posteaquam solvit mandator, creditor cedat eis actionem adversus debitorem, argumento est, solutione mandatoris ipso jure non liberari principalem debitorem, sed per exceptionem, alioquin nulla esset actio. Itaque prudenter Papin. docet, solutionem mandatoris ipso jure non liberare debitorem, quod nomine debitoris non sit facta solutio. Et recte quidem Papinianus ait, ipso jure non liberari debitorem: nam sane liberatur per exceptionem, qua si non liberaretur, cogeretur idem bis solvere creditori, aut fidejussori, aut mandatori. Itaque æquum est ut debitori consulatur remedio exceptionis adversus creditorem, cui mandator vel fidejussor solvit: nam quod mandator ei solvit, id refun-
C dere cogitur debitor mandatori.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. IV. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XL. De Judic.

Non quicquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati.

§. 1. Judex si quid adversus legis præceptum in judicando dolo malo prætermiserit, legem offendit.

D

IN hac lege duæ proponuntur regulæ de officio judicis: prior est, *Non quicquid, &c.* Possis hanc regulam ita accipere: non omne quod in judiciis potest accedere, arbitrio judicis deberi, & esse debet in obligatione: quæ ita prodita est *l. ult. de eo quod cert. loc.* Obligatio est juris necessitas: exempli gratia, in actionibus bonæ fidei usuræ ex mora possunt accedere officio judicis: nec tamen sunt in obligatione, & improprie in *l. mora, §. in bonæ fidei, de usur.* deberi dicuntur: neque enim debentur obligationis jure, sed arbitratu judicis. Ergo quod accedit officio judicis, non etiam debetur. Vel potius ita accipiamus hanc regulam: *Non omne quod potest facere judex, & debet.* Basil. *ὃ πάντετα τὰ ἐπιτρεπόμενα αὐτῷ ὁ δικα-*
E *στὴς ἀναγκάζεται: non omnia, quæ sibi permissa sunt, judex facere compellitur.* Et hoc est quod ait *l. sæpe, & l. generaliter, de offic. præs.* Quoties Princeps negotia remittit ad Præsidem provinciæ, non imponere etiam necessitatem Præsidi suscipiendæ cognitionis, sed ipsum Præsidem æstimare, utrum ipse cognoscere debeat, an cognitorem dare: potestas non est conjuncta necessitati. Altera regula Papiniani est, *Judex si quid, &c.* Ergo judex legem offendit, non tantum, si quid faciat dolo malo contra præscriptum legis, ut si quem condemnet in usuras graviores legitimis, *l. 1. de usur.* sed etiam, si non dolo malo fecit quod erat lege præscriptum; nam & qui non facit: facit, ut si furem non damnet in duplum, sed in simplum tantum. Et pœna judicis offendentis legem

in judicando est, ut litem alienam suam faciat, ut litis alienæ periculum ac discrimen omne sustineat, atque adeo, ut cogatur præstare ei, cujus interest veram æstimationem litis, ut cogatur præstare duplum, si quem absolvit dolo malo, quem debuit condemnare in duplum, *l. si filiusfam. in princ. hoc tit.* Multum interest, utrum judex contra leges judicet dolo malo, an per imperitiam: Nam si dolo malo legem offenderit, veram litis æstimationem præstare cogitur, *d. l. filiusfamil. in fine;* si vero per imprudentiam male judicarit, non tenetur ex maleficio: nec enim imprudentia maleficium est, sed tenetur quasi ex maleficio pœnali actione: verum non in solidum, non in universam æstimationem litis, sed in id tantum, quod religioni judicantis bonum & æquum videbitur: quæ actio vocatur in factum, *l. ult. de var. & extraord. cogn.* & secundum eam accipienda est *d. lex filiusfamilias in princ.* quæ nulli non facessit negotium, nam ait: *filiusfam. judex si litem suam faciat perperam judicando, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc fuit in peculio, quum sententiam diceret.* Nullus est, qui non laboret plurimum in ratione ejus quærenda, & est veluti crux quædam ingeniorum. Quidam interpretes sic eam accipiunt, ut si filiusfam. male judicavit, teneatur pater pro modo peculii filiifamil. quod fuit tempore sententiæ perperam dictæ a filiofam. sed manifesto lex dicit, teneri filiumf. si de patre intellexisset, dixisset, *tenetur pater*. Sed exstat ex hac causa non teneri patrem de peculio, quia ex pœnalibus causis non datur actio de peculio, *l. ex pœnalib. de reg. jur.* posset teneri ex causa judicati: Nam licet non teneatur ex maleficio, tamen ex ea causa condemnato filiofam. in certam summam, pater potest conveniri de peculio actione judicati, *l. 3. §. idem scribit de pecul.* Atque ita convento patre actione judicati de peculio, secundum illorum sententiam, spectabitur quantitas peculii, quæ fuit, quum filiusfam. contra leges ac constitutiones sententiam dixit: quod non possumus admittere: Nam in actione de peculio semper spectatur tempus rei judicatæ, id est, spectatur quantum sit, & eatenus consistit condemnatio in peculio. Non spectamus igitur tempus, quo filiusfam. judicavit, sed tempus quo judicavit is, qui est addictus actioni de peculio, *l. quæsitum, de pecul.* & aliis innumeris locis. Res adeo obscura quibusdam visa est, ut maluerint scribere: *si judex filiifam.* ita posita specie: Pater conventus est de peculio; in eam quantitatem damnari debet, quæ est in peculio rei judicatæ tempore. Judex non observavit eam quantitatem, quæ erat in peculio tempore rei judicatæ, atque ita prætermittendo quod erat cautum a Prætore in actione de peculio, litem suam fecit, & tenetur in eam ipsam quantitatem, in quam pater damnari potuit: & ita judicem filiifam. vocant judicem addictum actioni de peculio adversus patrem institutæ nomine filiifam. quæso an apte dicatur ille judex filiifamil. cujus persona in eo judicio non consistit? nihil omnino mutandum est in *d. l. filiusf.* & sequenda est sententia Azonis ad eam legem, quæ vera est, sed indiget assertore. Filiusfam. litem suam facit. Primum non est accipienda ea sententia si dolo malo offendit legem; nam teneretur in veram æstimationem litis, se de eo, qui per imprudentiam male judicavit, qui tenetur in id, quod æquum & bonum judicanti videbitur, *d. l. ult. de var. & extraord.* Et illud æquum & bonum ita definitur in *d. l. filiusf.* ut filiusfam. qui litem suam fecit per imprudentiam, non damnetur ultra quantitatem, quam habet in peculio, quasi in suo patrimonio judicati tempore, ita tamen, ut non de eo peculio satisfaciat invito patre, quia non convenitur actione de peculio, nec posset, sed convenitur actione in factum pœnali. Itaque solvet aliunde, vel carcere continebitur, *l. pen. C. qui bon. ced. poss.* Peculium filiifam. veluti patrimonium ejus est, & si litem suam fecerit per imprudentiam, non damnabitur ultra patrimonium, quanquam non debeat de eo solvere invito patre, sed aliunde, tamen pro modo peculii, quod fuit judicati tempore. Et hoc sensu accipienda sunt, quæ scribit Justin. in *§. si filiusf. Instit. de oblig. quæ quasi ex del. nasc.* quo loco ait filiumfam. qui litem suam fecit, teneri, non patrem: teneri, inquam, ex bono & æquo, pro modo peculii, aut teneri etiam ultra quantitatem peculii in veram æstimationem litis jam suæ non alienæ, si dolo malo legem offenderit in judicando. Res hæc non est difficilis. Pleraq; sunt in vet. interpretibus vera, quæ negliguntur, quia deest assertor.

Ad L. LI. de Legatis I.

Sed si certos nummos, veluti, quos in arca habet, aut certam lancem legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum, vel rei legatæ continentur, neque permutationem recipiunt, & exemplo cujuslibet corporis æstimanda est.

Hoc tantum annotabo ad hanc legem, multum interesse, an numerus certus nummorum legetur, an nummi certi, vel corpus certum: quæ distinctio placet. Nam si legetur certus numerus nummorum, puta, 100. non est necesse eos solvi, qui inventi sunt in hereditate: nam & alii solvi possunt, dummodo sint ejusdem generis & quantitatis, nec videbuntur alii pro aliis solvi, nam quæ quantitate magis valent, quam corpore, in suo genere functionem recipiunt, id est, promiscuam permutationem, *l. 2. §. mutui, de rebus credit.* Regula est, *aliud pro alio solvi non posse*. Sed non videtur aliud pro alio solvi in hoc casu, cum eadem quantitas solvatur, & ejusdem generis. Sed si legetur certum corpus, ut lanx certa, non potest alia pro alia solvi: corpora enim permutationem non recipiunt. Idemque erit si legentur nummi certi, Aliud est legare certum numerum nummorum: hoc enim est quantitatem legare; aliud certos nummos, puta illos, qui sunt in hac arca. Nam hoc modo, non possunt alii pro aliis solvi, invito legatario, & nummi in hoc casu, ut corpus accipiuntur, non ut quantitas. Et sic etiam hoc est, quod ait Papinianus in *l. 51. de legat.* 1. si legetur certus numerus nummorum, & nulli sint nummi in hereditate, constat deberi legatum, quia quantitas inest hereditati, etiamsi non sint nummi, quia tot refici possunt ex hereditate, *l. 12. de legat.* 2. Sed si legentur certi nummi, puta, qui sunt in arca, & nulli inveniantur in arca, legatum est inutile. Et similiter, si certus numerus nummorum eodem testamento legetur sæpius, eadem quantitas sæpius præstari potest volente testatore, id est, si appareat multiplicare legatum voluisse. Sed si legentur certi nummi, puta, qui sunt in arca, amplius quam semel legatum præstari non potest, *l. plane, §. 1. & sequ. de legat.* 1. Atque ita apparet multum interesse, legentur certi nummi, an certus numerus nummorum.

Ad L. CXVI. de Verb. Obligationibus.

Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Mævio stipularis: sine dubio Mævius universi periculum potest subire: sed & si decem petieris a Titio, Mævius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: *Non enim sunt duo rei Mævius & Titius ejusdem obligationis, sed Mævius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit. Igitur nec Titio convento Mævius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est. Et solvente Titio non liberatur Mævius, qui nec tenebatur, cum conditio stipulationis deficit: nec Mævius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri. A Mævio enim ante Titium excussum, non recte petetur.*

Subtile est valde, quod proponitur in hac l. Stipulatus sum decem a Titio, & accepi fidejussorem Mævium in id, quod minus a Titio consequi possem. Titius est reus principalis, Mævius fidejussor: fidejussorem esse constat ex *l. 6. de novat. l. fidejussores 9. & l. amiss. de* fide-

fidejuſſ. l. 2. C. de fidejuſſ. tut. Sed inter hunc fidejuſſorem & alios multum intereſt. Nam hoc jure alius fidejuſſor poteſt conveniri inexcuſſo reo, quod tamen Juſtinianus mutavit Novell. 4. qua utimur: nam prius eſt excutiendus reus, quam fidejuſſor: ante hanc Novell. erat in arbitrio creditoris convenire quem vellet. Sed is, qui fidejuſſit in id, quod minus creditor a reo ſervare poſſet, non poteſt conveniri inexcuſſo reo, quia videtur ſub conditione fidejuſſiſſe, ſi a reo exigi pecunia non potuerit. Ergo pendente conditione non poteſt conveniri: vel ſi quis cum eo agat pendente conditione: non recte agat, id eſt, male agat, quia plus petat cauſa, cum agat antequam excuſſus ſit reus principalis, id eſt, antequam extiterit conditio fidejuſſionis. Is igitur fidejuſſor longe alterius eſt conditionis, quam ſint alii: nam non poteſt conveniri ante reum excuſſum: quod tamen pugnare videtur cum *l. ſi decem, de ſolut. & l. ult. de reb. cred.* Sed rem recte explicavit Accurſius ad *d. l. ult.* hoc modo: Si dubitetur de facultatibus rei principalis, id eſt ſit ſolvendo, necne, non poteſt fidejuſſor conveniri ante Titium excuſſum, quia pendet conditio ſtipulationis, & quia de eo ambigitur, an ſervari poſſint decem. Sed ſi conſtet reum principalem nihil facere poſſe, licet convenire Mævium fidejuſſorem, quia extitit conditio: vel ſi conſtet Titium partem tantum facere poſſe, reliqua pars peti poteſt a Mævio fidejuſſore. Atque ita Mævius fidejuſſor prius convenietur, deinde Titius reus principalis in eam partem convenietur, quam facere poteſt. Ergo cum notæ facultates Titii, licet prius convenire Mævium fidejuſſorem, deinde Titium. Sed ſi ſint incognitæ, & ambiguæ facultates Titii, prius eſt conveniendus & excutiendus Titius. Quid eſt excutere? non agere eſt, quanquam actio ſit ſpecies quædam excuſſionis, ſed excutere eſt etiam extra judicium inquirere de facultatibus rei. Excuſſo Titio, etiamſi non ſit cum eo actum, ſi viſus fuerit non eſſe ſolvendo, licet experiri in Mævium, non ante: & ſecundum hanc l. cum hodie ex Nov. Juſtin. idem locum habeat in omnibus fidejuſſoribus, ut non poſſint conveniri ante excuſſum reum, forte poteſt defendi ſecundum hanc leg. non eſſe neceſſe reum excuti judicio, ſatis eſſe, ſi excuſſus ſit extra judicium: & conſequenter etiam hodie priorem judicio conveniri fidejuſſorem poſſe: quod prima facie videtur abſurdum, ſed non ante excuſſum reum, qui utique excutitur etiam ſine judice. Et Pap. hic primum proponit eum, qui ita fidejuſſit *quanto minus, &c.* aliquando univerſi periculum ſubire, id eſt, teneri in ſolidum in ea decem, quæ ſtipulator reo principali ſtipulatus eſt, puta, ſi reus nihil facere poſſit: nam & qui nihil facere poteſt, minus facere dicitur, quo caſu Mævius in ſolidum condemnatur. Et id ait Papin. eſſe ſine dubio, ſicut & Gajus non ſolere dubitari, *l. ſi ita a te ſtip. de verbor. oblig.* Et ait hoc in loco Papin. univerſi periculum ſubire, ut idem in *l. quid ergo, ad municip.* Hoc igitur caret dubitatione, ſi Titius nihil facere poſſit, Mævium damnari in ſolidum, ſed adjicit hic Papinian. *ſed etſi decem petieris a Titio, Mævius non erit ſolutus, niſi judicatum Titius fecerit*, id eſt, ſed etſi creditor egerit cum Titio, & ab eo decem petierit, non ſtatim Mævium ſolvi obligatione, quod ſtipulator elegerit reum principalem. Nam incertum eſt, an Titius ſit ſoluturus, quia fieri poteſt, ut agatur cum Titio, & condemnetur Titius, & tamen judicatum non faciat, id eſt, non poſſit ſolvere. Si ſolverit, Papinianus ſignificat liberari Mævium fidejuſſorem: ſi Titius judicatum non fecerit, non eſt liberatus Mævius: nam jure conveniri poteſt cum Titius non fecerit judicatum. Electione igitur ſola Titii non liberatur Mævius, ſed exactione ac ſolutione, non litis conteſtatione facta cum Titio, ſed perceptione pecuniæ in ſtipulatum deductæ liberatur Mævius. Adjicitur nota Pauli ad Papinianum: reprehenſio igitur. Reprehendit autem quod prima ſpecie non videtur, Papinianum in hoc quod ſignificat ſolvente Titio 10. quæ promiſit, liberari Mævium: dixit enim Papinianus decem petitis a Titio, non liberari Mævium, niſi judicatum fecerit. Ergo ſi

A ſolverit decem Titius, liberari Mævium: hoc reprehendit Paulus, quia & ſolvente Titio non liberatur Mævius, cum non ſit in obligatione, nec intelligatur debitor fuiſſe ejus pecuniæ, quia defecit conditio ſub qua ſe obligaverat. Ergo nec electo Titio, nec ſolvente liberatur Mævius. Et hoc ut oſtendat Paulus, ponit Titium & Mævium non eſſe duos reos promittendi, quod eſt veriſſimum, quia unus, nempe Titius, eſt reus principalis, alter, ſcilicet Mævius fidejuſſor eſt, ſeu acceſſor: qui locus ſumme eſt notandus: nam demonſtrat jus duorum reorum hoc eſſe, ut uno electo, etiamſi nondum exacto, alter liberetur, *l. 2. de duob. reis.* Placet, quod Stephanus in hunc locum notavit, hoc jure, id eſt, ante Juſtinianum electione nuda unius ex reis liberari correum, etſi creditor nihil perceperit. Sed ex *l. ult. C. de fidejuſſ.* ad quam B tamen inflexi ſunt quidam loci Digeſtorum, hodie electione unius ex reis non liberatur alter, ſed exactione demum ac ſolutione, non litis conteſtatione, ſed perceptione. Verum hic locus oſtendit, ante Juſtinianum electione unius ex reis promittendi abſolvi alterum, eum cum quo egiſti peragere debes, nec potes congredi cum altero, & cum alterum elegiſti, alterum dimiſiſſe videris. Et ob id ait Paulus hoc loco, Titium & Mævium non eſſe duos reos debendi. Nam debet Mævius ſub hac conditione, ſi a Titio exigi non potuerit; ſub qua non poteſt accipi correus, quamvis ſub alia conditione accipi poſſit: *Inſtit. de duob. reis, §. ult.* Sed non ſub hac conditione: nam aliena eſt a jure duorum reorum. Quia igitur Mævius debet ſub hac conditione, Titio convento & nondum exacto, non liberatur Mævius, quia incertum C eſt, an ſit debiturus Mævius, id eſt, an ſit ſoluturus Titius: & ita etiam ſolvente Titio non recte dices non liberari Mævium, quod videtur admittere Papinian. quia deficit conditio, & ideo Mævius nunquam intelligitur debuiſſe, imo nec obligatus fuiſſe, quæ eſt Pauli reprehenſio.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. V. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

D

Ad L. XXXIX. de Pactis.

Veteribus placet pactionem obſcuram, vel ambiguam venditori, & qui locavit, nocere, in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere.

IN hac lege proponitur hæc regula juris antiqui: Pactionem adſcriptam venditioni, vel locationi, ſi ſit obſcura vel ambigua, venditori aut locatori, qui eam pactionem condixit aut concepit, potius nocere, quam emptori, aut conductori. Sic veteribus juriſconſultis placuiſſe ait, ut Labeoni, qui eſt ex veteribus, *l. Labeo, de contrah. empt.* Iſtius regulæ ratio eſt optima, quia ſcilicet quum venditor, aut locator, qui eam legem dixit, & appoſuit in venditione aut locatione, potuerit re inte- E gra eam apertius condicere & conſcribere, cum potuerit, nec dixerit, in dolo verſari videtur, id eſt, emptorem aut conductorem decipere voluiſſe videtur. Merito igitur interpretatio contra eum ſit potius, quam contra emptorem, aut conductorem. Imo id potius accipitur, quod eſt utilius emptori & conductori, cujus oratio ambigua etiam in ſermone quotidiano tendicula eſt quædam, quæ ei qui tetendit potius fraudi eſſe debet. Et hoc eſt, quod ait; *veteribus placuiſſe, &c.* Et cum ait; *In quorum poteſtate fuit*, rationem regulæ reddit, quod qui potuerit apertius loqui; nec loquutus eſt, decipere voluerit. Eſt frequentiſſimus hujus regulæ uſus, neque ulla eſt certior, quia quis poſſit uti in judicando, ſi quam partem deprehenderit vel ambigue vel perfuſorie loquutam fallendi cauſa, non

poteſt

potest adversus eam non recte judicare, quæ adversario ambiguo sermone tetendit insidias. Et eleganter *l. ea, quæ, §. ult. de contr. empt.* dolum malum esse, si venditor obscure loquatur: quam enim ob rem obscure loquitur, nisi ut fallat emptorem? & si dolus est in eo, qui ambigue loquitur, est eo, qui & in persusorie loquitur, *l. qui libertatis, §. sed etsi, de evict.* Non tantum igitur ambiguitas, vel obscuritas est contra eum, qui eam invexit, vel affectavit, sed & ratio persusoria est contra eum, qui ea usus est. Obscure loquitur quis, si quod dixerit, non apparet. Ambigue, si utrum dixerit non apparet, id est, qui non certo, sed dubitanter profert hoc vel illud. Nam ambigua oratio est, quæ est ἀμφίλογος, quæ duobus modis accipi potest, *l. cum Stichus, de solut.* Persusorie autem loquitur, qui rem totam non aperit, sed dissimulat, aut reticet aliquid: quod omne demonstrari exemplis necesse est. Finge: Venditor in lege venditionis, aut traditionis, dixit hoc modo generaliter, servitutes, si quæ debentur, debebuntur, vel etiam dixit: Itinera, actus, viæ, quibus sunt, ut ita sint. Sciebat venditor, quæ servitutes debebantur, & quibus deberentur, neque tamen hoc voluit exprimere, sed persusorie dixit dolo malo servitutes, si quæ debentur, debebuntur, neque dixit emptori, quæ certo deberentur & quibus: dixit quidem prædium debere servitutes, sed non quas & quibus. Quare eo nomine tenebitur emptori ex empto, si quid intersit emptoris, quia forte si id quod reticuit venditor agnovisset emptor, vel empturus fundum non esset, vel minoris empturus, si id omne apertius locutus fuisset venditor; *d. l. qui libertatis, §. pen. de evict. & l. quæro, de act. em.* nam & *l. quæro*, est de venditore, qui persusorie loquutus est, quanquam non utatur hoc verbo, *persusorie*, quod est in *d. l. qui libertatis.* Qui igitur dicit prædium, quod vendidit, debere servitutem, seu non exprimit quam, aut cui, hic persusorie loquitur: persusio hæc argumentum est fraudis. Ambigue loquitur venditor, qui in lege venditionis ita loquitur; Flumina & stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint. Idem dici potest de ceteris servitutibus: non dicit plane, ipse ne debeat excipere flumina vel stillicidia, an vicinus: non dicit palam, an prædium illud debeat servitutem, an ei debeatur. Igitur ut id accipiatur, quod nocet venditori, interpretabimur eum dixisse de fluminibus vel stillicidiis, quæ vicinus excipere debet, non de iis, quæ ipse excipere debet: & consequenter interpretabimur servitutem dixisse eum fluminum vel stillicidiorum sibi deberi; ædes autem nulli debere stillicidia, aut flumina, hoc est, ædes dominari, non servire, *l. cum in lege, de contr. empt. l. si arborem, §. ult. de servit. urban.* Quod si ædes, quæ venierunt, forte deberent flumina vel stillicidia, nec tamen eis debeantur, sane venditor tenebitur emptori in id, quod interest, quia non dixit aperte: atque ita videtur voluisse decipere emptorem. Cur enim est usus ambiguo sermone? Est profecto hæc regula æquissima, quia coercet fraudes venditorum. Objiciuntur huic regulæ multa. Primum, *l. insulam, qui pot. in pign.* cujus species hæc est: Qui fundum locaverat in quinquennium, intra tempus locationis, nondum peracto quinquennio, eum fundum vendidit ea lege, ut emptor staret locationi quoad peracta esset, alioqui emptori liceret expellere colonum, *l. emptorem, C. de loc.* & dixit etiam hanc legem, prioris anni pensionem sibi accessuram, sequentium autem annorum emptori, & pignorum datorum a colono vel inquilino nomine pensionis jus utrumque consequuturum. Quæritur, utrum si pignora non sufficiant utrique, id est, si non sufficiant omnium annorum pensionibus, an jus omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, qui sibi recipit pensionem prioris anni, an vero tantum ad eum pertineat pro rata ejus anni? de eo nihil aperte dictum est, inquit Paul. in lege venditionis. An igitur interpretatio fiet adversus venditorem, qui legem dixit? Minime. Ait enim Jureconsultus hanc quæstionem esse facti, id est voluntatis: hoc enim venire in disquisitionem, quid
A voluerint contrahentes: ac subjicit verisimile esse id actum inter eos, ut primam pensionem omnium pignorum jus sequeretur, id est, ut prima pensio in solidum ex pignoribus redigeretur, quod est pro venditore, non contra venditorem, quia tamen eam legem aperte non dixerat, sed in ambiguo reliquerat. Respondeo, nihil esse, quod tam facile expediri possit: lex *ait, verisimile esse id actum, ut primam pensionem jus pignorum omnium sequeretur*: quod est verisimile, id neque obscurum, nec ambiguum esse videtur. Et in his quæstionibus observandæ sunt duæ regulæ, quarum prior hæc est, ut id æstimetur, quod verisimile est egisse inter se contrahentes: posterior reg. quæ priori succedit hæc est: si verisimile nullum extet, ut tum pronuntiemus contra venditorem. Non utimur hac posteriore regula, nisi quum prior de-
B ficit. Et ita respondendum ad *leg. eum qui Calendis, de verb. oblig.* Ut in venditionibus & locationibus, ita & in stipulationibus ambiguitas est contra eum, qui ambigua oratione usus est: ambiguitas stipulationis, aut pactionis huic adjectæ, contra stipulatorem est. Finge, stipulatum sibi dari Calendis, neque adjecisse quibus Calendis, an faciemus interpretationem contra stipulatorem si non appareat de quibus Calendis senserint contrahentes? minime; nam benignior & utilior est sententia Sabini existimantis, esse verisimile eos sensisse de primis Calendis. Sabinus hanc conjecturam habuit pro certissima: ubi conjectura certa non deficit, non utimur hac regula, id est, non facimus interpretationem contra stipulatorem. Objicit etiam Accursius *l. si ita, de contra. empt.* quam non opponerem: nam res est apertissi-
C ma. Finge: Quidam ita vendidit, illa aut illa res tibi sit empta tot aureis, an illa erit empta, quam voluerit venditor? an sequemur potius animum venditoris, quam emptoris? Et ait Ulpian. eam rem venditam fore, quam venditor elegerit, non quam emptor. Sed non potest esse locus huic regulæ in hac specie, quia præcedit alia, quæ hanc remoratur quasi ultimam, quod electio sit semper debitoris, quoties quid in obligationem venit sub disjunctione. Erit igitur electio venditoris. Objicitur etiam *l. si quis, de judic.* Finge: Usus est aliquis intentione ambigua, id est, actione seu formula ambigua actionis, vel usus est in ea formula oratione aliqua ambigua (actio est intentio ejus, qui ad judicium provocat) si igitur intentione ambigua usus sit, id sequemur, quod utilius est actori. Ergo & quod utilius est ei, qui
D ambigue loquutus est? Responsio sumenda est ex *leg. in contrahenda, de regul. jur.* quæ palam ostendit hac in re esse differentiam inter contractus & judicia. Contractus perficiuntur duorum voluntate: judicia etiam unius, puta actoris: nam redduntur in invitum: agimus in invitum, & trahimus ac rapimus in jus. In contrahendo, si quis utatur ambigua oratione, contra eum interpretatio fit: in agendo vero si quis utatur ambiguo sermone, pro eo fit interpretatio id est, semper adsumitur quod ipse senserit, non quod senserit reus, alioqui nullum judicium consisteret: semper enim negaret reus se sentire, aut consentire in eam rem, & ne condemnaretur, semper ludificaret, & impediret intentionem actoris, *l. inter stipulantem, §. 1. de verb. oblig.* Magis obstat huic regulæ *l. si in emptione, de contr. empt.* Finge: Dictum est in
E emptione fundi, fundo accessurum Stichum, plures erant Stichi: non intelligitur quis accesserit: de alio ait se sensisse venditor, de alio emptor: nam si verus sit dissensus in eo Sticho, non consistit venditio, dissentio vitiat emptionem, *d. l. inter stipulantem, §. 1.* Sed si simulanter dissentiunt, ut amantes litium, quid fiet? Labeo ait, eum Stichum accessurum, quem venditor intellexit: & ambigua tamen venditor usus fuit oratione, *l. ubi est, de reb. dub.* Paulus ait, verborum ambiguitatem esse si veneat Stichus ab eo, cui sunt plures Stichi. Sic ubi Carthagini dari quis stipulatur, ambigua est oratio: quia duplex est Carthago: propterea ambiguam dicit. Constat igitur ambiguam esse orationem, si dicatur in lege venditionis Stichum accessurum, cum essent plures Stichi: & ta-

tamen interpretatio fit pro venditore: & subjicit Paulus in *d. l. si in emptione;* nihil referre quanti sit accessio, id est, Stichus: nam plerasque res, inquit, pluris emimus propter accessionem, ut domum propter columnas, vel statuas pictas, vel servum propter peculium, *l.44. de ædilit.edic.* Hæc est sententia hujus legis: nunc ut ei respondeam, omnes statuunt, nec possunt aliter, in specie *d.l.34.* legem venditioni dixisse emptorem, non venditorem, nec palam pronuntiasse emptorem, quem Stichum intelligeret, atque ideo fieri interpretationem pro venditore. Hoc ego non possum admittere: nam in venditionibus semper legem dicit venditor rei suæ, ut in locationibus locator. Hinc Plautus in Captiv. Scen. 2. quasi fundum venderet: *meis me addicam legibus*, & ita in *l. insulam, qui potiores in pign. l. si quis, & seq. de action. empt. l.quidquid, ff.eod. l. qui fundum, l. si cum fundum, l. comprehensum, l.fistulas, de contr. empt.* evidenter expressum est, venditorem in lege venditionis dicere, venditioni accessura dolia, accessuras fistulas, accessuram villam, accessura pleraque alia. Semper creditor quod accedit venditioni accessurum dicit. Ergo & in *d.l.34.* is est, qui in lege venditionis dixit accessurum Stichum. Cur ergo secundum hanc regulam, non fit adversus eum interpretatio? Et jamdudum docui libro 1. observat. cap. 10. in *d. l. 34.* esse legendum *emptor*, pro *venditor*. Moveor multis argumentis. Primum quod id referatur ex Labeone, qui scripsit interpretationem fieri pro emptore, ut idem Paul. refert in *l. Labeo, de contrah. empt.* Moveor etiam quod in lege præcedenti *d. tit.* ponatur aliud exemplum, in quo ambiguitas est contra venditorem, ut quasi sub oculos poni videantur duo exempla posterioris illius regulæ: unum in *l. præced.* alterum in hac *l. si in emptione*. Moveor etiam quod Paulus sub finem *d. l.34.* dicat: *plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus*. Necesse est igitur eum dixisse eam deberi quem emptor dixerit. Moveor etiam, quod in stipulationibus, Sticho in stipulationem deducto, si stipulator de alio dicat se sensisse, de alio promissor, & sunt plures Stichi, is debeatur, de quo promissor senserit, quod debuerit stipulator apertius stipulationem concipere *l. cum quæritur de reb. dub. l. 38. §. in postulationib. de verbor. obligat.* Moveor postremo, quod sit facilis commutatio *venditoris* in *emptoris*, & contra, ut in *l.5.C.qui manum. non poss.* ubi vulgo scriptum est *emptori*, cum debeat esse *venditori*, ut in Basilic. Est facilis commutatio affinium nominum inter se, & fallit sæpe nos manus nostra; suntque in auctoribus pleraque errata, quæ insederunt ab initio, ac auctores ipsos fefellerunt. Ac præterea est ratio evidens, quod in *d.l.33.* & *d.l.34.* duo veluti exempla ponantur ad hanc nostram regulam: opponitur etiam huic regulæ *l. in lege 29. loc.* cujus species hæc est: Locator hanc legem dixit conductori saltus: Sylvam ne cædito, neve cingito, neve deurito, neve quem cingere, cædere, deurere, sinito. Hæc est lex locationis. Ambigua sunt in ea lege ea verba, *ne sinito*: nam vel ita intelligi possunt: Illum prohibeto, quem videris sylvam cædere, cingere, deurere: vel ita: dato operam, observa diligenter, ne quis sylvam cædat, &c. Quæritur, utra interpretatio accipienda sit? Et Jureconsultus ait, esse utramque accipiendam: quod locator sic lege dicta videatur voluisse dicere, non tantum ut non sineret quempiam cædere sylvam, sed ut daret operam, ne quid earum rerum fieret. Igitur se secundum voluntatem locatoris interpretationem fieri, utilitatem ejus solam spectari, quamvis usus sit ambiguo sermone, quod est contra regulam *l.veteribus*. Res est explicatu facilis: mitto quod notavit Accurs. in verbo *cæderet*, & puto hoc sufficere, si duas constituamus regulas. Prior est cum utraque interpretatio, quam admittit ambiguus sermo pro locatore est, ut in *d. l.29.* utramque amplectimur. Cum autem una interpretatio pro locatore est, altera pro conductore, hanc potius quam illam amplectimur, ac locus est regulæ *l.veteribus*: & ne quis hæreat in verbo *cingere*, verissime scripsit Paulus in *l. 5. arbor. furt. cæsar.* cingere esse deglabrare, ut stringere dicimus pro destringere: nam cingere arborem, est discingere in orbem, decorticare, deglubere, quod interpretes Græci varie explicant, modo simpliciter ζωννύειν ἀντὶ τοῦ ἀποζωννύειν dixerunt, modo περιζωννύειν, modo ἐπιτέμνειν: & Latini interpretantur eleganter. Cingere, inquiunt, est detrahere corticem, in quo inest veluti spiritus animalis arboris: nam eo sublato pleræque arbores exarescunt.

Ad L. XIV. de Inoffic. testam.

Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre præterito vita decessit, in quæstione de inofficioso testamento præcedenti causa filiorum patris intentio adhuc pendet: quod si contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest.

EX hac lege 14. duo potissimum notanda sunt. Unum est, patri præterito testamento filii, dari querelam inofficiosi testamenti, filio exheredato testamento patris eadem querela datur: præteritio autem non datur, sed bonorum possessio contra tabulas. At patri vel exheredato, vel præterito testamento filii semper datur querela inofficiosi, quoniam præteritio patris habetur pro exheredatione, id est, si filius in testamento suo patrem prætermiserit, non instituerit, vel exheredaverit nominatim, eum exheredasse intelligitur. Pater non exheredat filium, nisi nominatim. Ceteri omnes exheredant, exheredanturque silentio, hoc est, præteritione sive omissione. Loquimur autem de filio emancipato: nam filiusfamilias non facit testamentum, nisi de peculio castrensi vel quasi, & illud non potest impugnari a patre per querelam inofficiosi. Patri ergo præterito testamento filii emancipati dicimus competere querelam inofficiosi, quod contra pietatem testamentum fecerit filius insuperhabito patre. Et placet ratio, quæ ex alio libro Papiniani subjicitur in *l. seq.* his verbis: *nam etsi parentibus non debeatur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet*. Ex his Papiniani verbis liquet, jus piumque esse, patri dari querelam inofficiosi testamenti. Nam non videtur quidem deberi patri hereditas filii, si spectes votum patris, & erga filium charitatem. Cujus voti meminit Papin. in *l. Julianus, si quis omis. caus. test. l. scripto, in fin. unde liberi*. Est vero hoc commune votum omnium parentum, & ut ait Philo, μία σπουδή τε καὶ εὐχὴ, ut liberos suos heredes relinquant. At si forte hic ordo turbetur, si inversa erunt ordine fata, tunc miserationis ratione debetur patri hereditas filii. Turbatur ordo, si filio supersit pater: nam naturalis ordo, & ut ait Ausonius, justa series est supervixisse filium patri: & ideo cum pater & filius simul intereunt, ut naufragio, vel alio casu, suggerente ordine naturæ præsumimus filium supervixisse patri, vel matri, *l. qui duos, §. ult. de reb. dub.* Tacitus Annal. 16. *servavit ordinem naturæ fortuna*. Statius 4. *Linquo equidem thalamos, solvo tamen ordine tristes*. Hoc igitur ordine naturæ turbato, male judicantibus fatis, pietatis ratio exigit, ut testamento filii patri relinquatur quarta debitæ portionis ab intestato, quæ vulgo legitima dicitur, institutionis jure: quæ si non relinquatur patri, quasi exheredato competit querela, & vindicatio totius hereditatis. Competit etiam patri præterito bonorum possessio contra tabulas non in assem, id est, totam hereditatem filii, sed in semissem tantum secundum jus vetus, & in trientem secundum jus novum, scil. si in emancipatione filii pater ipse manumiserit filium. Emancipare est vendere filium, venditus filius manumittitur vel ab emptore vel a patre naturali, si eum ab emptore redemerit, quod agebatur contracta fiducia, quod nos dicimus *par un pache de rachapt*. Contrahere fiduciam, est mancipare ea lege, ut mihi remancipe-

cipetur, & a me manumittatur: & ita ſi emancipati filii manumiſſor extitero, quaſi patronus ſum filii; & non quaſi patri, ſed quaſi patrono, ſi me præterierit filius, qui eſt mihi quaſi libertus, competit bonorum poſſeſſio contra tabul. hodie tertiæ partis bonorum filii: nam cuilibet alii patrono præterito datur: quod procedere in patre manumiſſore oſtendit *l. ſi a milite*, *§. ult. de teſt. mil. l. filio*, *§. 1. hoc tit.* Ergo ei, ut patrono, datur bonorum poſſeſſio contra tab. tertiæ partis bonorum filii: ut patri autem datur querela in aſſem, quod hæc l. 14. demonſtrat, ſive pater manumiſſor extiterit in emancipatione filii, ſive non. Duplex jus habet pater, qui manumiſſor extitit: jus patris, & jus quaſi patroni. Qui vero manumiſſor non extitit, habet jus patris tantum, quod dicitur jus antiquum, *l. 1. §. ult. ſi a par. quis manum.* Quod primus nos docuit Virgilius: nec enim antea intellexerant interpretes, quid intereſſet inter jus vetus, & novum. Et accepta bonorum poſſeſſione contra tab. certæ partis a patre præterito quaſi patrono, *dict. l. 1. §. ult.* eleganter ait, patrem poſſe etiam ſibi defendere jus antiquum, quod etiam ſine manumiſſione habebat, id eſt, patrem poſſe agere querela, & evincere totam hereditatem, qui tamen contra tabul. per bonorum poſſeſſionem abſtulit tantum trientem: neque enim ei nocere debet jus patronatus, inquit *d. l. 1.* cum ſit & pater. Denique habebit & jus patris, & quaſi patroni. Sed ſi prius egerit querela, & obtinuerit, fruſta poſtea petit bonorum poſſeſſionem contra tab. quaſi patronus, quia aſſem evicit querela inofficioſi, quæ infirmat hoc jure totum teſtamentum: novo jure, inſtitutionem tantum. Patri igitur præterito, ut patrono intelligimus dari bonorum poſſeſſionem contra tab. certæ partis: ut patri querelam inofficioſi teſtamenti in aſſem. Nec pugnare videntur hæc duo remedia, cum non eodem jure concedantur, ſed unum, ut patrono, alterum ut patri. Et cui ut patri conſultum eſt alia via ut perveniat ad hereditatem filii, huic non datur querela inofficioſi. Et hoc eſt quod dicitur, querelam inofficioſi teſtamenti eſſe ſubſidiarium auxilium: ſed cui, ut extraneo, ut patrono conſultum eſt alia via, ei ut patri non denegatur querela inoffic. teſtamenti. Alterum quod in hac l. velim vos notare, hoc eſt, in querela inofficioſi teſtamenti ſucceſſioni locum eſſe (quod potiſſimum reſpicit hæc lex) id eſt, prioribus excluſis, quibus deferebatur querela inofficioſi, ſequentes ad querelam admitti; ut ſi teſtatori fuerint filii, pater, avus, & proavus, & omnes injuria affecerit, exheredatione puta, vel præteritione, quæ pro exheredatione ſit, primum ad querelam invitantur filii; his non obtinentibus, forte quod merito ſint exheredati, invitatur ad querelam pater præteritus: poſt patrem avus, & ſic deinceps. Et hoc eſt quod dicitur, in querela eſſe ſucceſſioni locum, *l. ſi non mortis*, *§. ult. l. 31. h. t.* Species igitur legis noſtræ hæc eſt: Quidam filius emancipatus duos habebat filios; unum, quem pater retinebat in ſua poteſtate, alterum, quem poſt genuerat. Duos filios exheredavit, patrem præteriit: filii præferuntur patri in querela. Sed quid fiet, ſi filii non obtinuerint, ſi judicetur merito exheredatos; vel ut ſolebant veteres judicare, ſi dictum ſit, juſtam cauſam habuiſſe patrem videri iraſcendi filiis. Et ſi non obtinuerint filii, ſuccedit pater in querelam, qui & ipſe injuria affectus eſt, & implebit intentionem ſuam. Idem erit, ſi filii, qui præcedebant patrem, hoc eſt, avum paternum, repudiaverint querelam, ſi approbaverint judicium patris. Nam & tum ſuccedet in querelam pater. Eſt igitur in querela ſucceſſioni locus. Verum hoc non erat ſine dubitatione: & ratio dubitandi erat hæc: quia in legitimis hereditatibus non erat ſucceſſioni locus ante Juſtinianum, *§. placebat*, *Inſt. de legit. agnat. ſucceſ.* quia omnis ſucceſſio legitima deferebatur agnato proximiori, & hoc excluſo non poterat deferri ſequenti: a querela autem inofficioſi fit via ad legitimam ſucceſſionem: imo vero, qui agit querela, is vindicat hereditatem quaſi ſibi delatam jure legitimo. Sed fateor prius debere reſcindi teſtamentum:
A reſcinditur autem ſi judicatum erit, filium immerito exheredatum videri, & reſciſſo teſtamento, ut legitimu, heres ab inteſtato hereditatem vindicabit. Unde quæro ſi in legitima hereditate non eſt ſucceſſioni locus, quomodo poſſet eſſe locus ſucceſſioni in querela inoffic. teſtamenti? Sed reſpondeo hoc fieri adminiculo prætoris, non jure civili, *d. §. placebat.* Sic igitur concludamus. Ratione pietatis filii hereditas debetur patri, quoties voto ſuo fruſtratur pater. Ponitur in hac ſpecie, priores egiſſe filios querela inofficioſi, & non obtinuiſſe: poſtea igitur egiſſe patrem teſtatoris. Quæro quid dicendum ſit e contrario, ſi prior egerit pater querela (non debuit quidem prior agere, quia præcedebat cauſa filiorum, & erat adhuc intentio patris in pendenti: ſed tamen nemine eum repellente prior egit) & caſu quodam etiam ob-
B tinuerit? Si obtinuit, filium inteſtatum fecit: nam querela reſcindit teſtamentum totum, unde conſequens eſt, patris victoriam ei non prodeſſe, ſed nepotibus ex filio, quia non recte egit, ideo non ſibi vicit, ſed aliis, quia ab inteſtato prior eſt cauſa filiorum, non patris: quod ita oſtenditur in *l. 6. §. ſi quis ex his*, *h. t.* quod maxime notandum. Sæpe victores pariunt victoriam, non ſibi, ſed aliis: cum non jure agunt, cumque etiam non jure obtinent cauſam. Quod ſi pater prior petierit bonorum poſſeſſionem contra tabulas ut patronus, & abſtulerit tertiam tantum partem bonorum filii, non propterea inteſtatum fecit filium: nam bonorum poſſeſſio contra tabulas certæ partis, quæ datur patrono, non facit inteſtatum libertum. Hoc igitur caſu victoria patris non prodeſt filiis, cum non ſit aperta via ſuccedendi ab inteſta-
C to. Sed tamen, ſi poſtea egerint querela & obtinuerint, ad irritum deducetur illa bonorum poſſeſſio contra tabulas accepta a pa re, quaſi patrono, & ſine re conſtituetur: ideoque pater tertiam illam partem, quam accepit reſtituet filiis cum fructibus, *l. filio*, *§. 1. h. t.* Ex quo intelligitur, querelam inofficioſi non dari tantum adverſus heredem ſcriptum (quod vulgo dicitur, & plerumque verum eſt;) qua in re diſtat querela inofficioſi a bonorum poſſeſſione, quæ dicitur dari contra lignum, ut ait *l. quod vulgo*, *de bon. poſſ. cont. tab.* querela inofficioſi non datur contra lignum: nec enim datur antequam heres adierit, ſed demum naſcitur ab adita hereditate. Ergo datur querela contra heredem, qui tenet hereditatem: datur etiam ea contra ſubſtitutum, qui adiit hereditatem: imo datur etiam contra fideicommiſſarium Trebel-
D lianum, *l. 1. C. de inoff. teſt.* Datur etiam fratri exheredato teſtamento patris, contra fratrem præteritum eodem teſtamento, qui tamen per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rem habet, *l. filium*, *§. ſed quemadmodum*, *de bonor. poſſeſſ. contra tab.* Et ſimiliter filio exheredato adverſus avum paternum præteritum, qui per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ut patronus partem hereditatis habet, recte dabitur querela inofficioſi. Ex quibus planum fit, querelam non ſemper dari contra heredem ſcriptum, ſed & contra alios, qui tam teſtamento, quam alio quovis modo rem ſunt conſecuti. Sat multa in hanc legem ſcripſit Accurſius, ſed ſi ea, quæ dixi, teneamus, nihil illa nos remorabuntur.

E Ad L. VIII. de Prætor. ſtipulat.

Paulus notat. *Qui ſub conditione inſtitutus eſt, agnita bonorum poſſeſſione, cogitur ſubſtituto in diem cavere longiorem: prætor enim beneficium ſuum nemini vult eſſe captioſum, nec poteſt videri calumnioſe ſatis petere, quem alius antecedit.*

§. 1. Cum ſub contrariis conditionibus Titio & Mævio legatum ſit, utrique cavetur, quia uterque ex voluntate defuncti ſperat legatum.

PRætoriæ ſtipulationes ſunt, quas edicto prætor ſe daturum pollicetur certas ob cauſas, his fere verbis: *Cauſa cognita repromitti, aut ſatiſdari jubebo*: exempli gratia, damni infecti, vel judicatum ſolvi. Hæc eſt vera defi-

definitio prætoriarum ſtipulationum : prætor eas promittit edicto, ſicut actiones; dat quoque ſtipulationes, ut loquitur *l. ſi finita*, *§. eleganter*, *de dam. inf.* ſicut actiones, cum jubet ſtipulationes interponi : atque multæ ſunt hujus generis ſtipulationes. In l. 8. agitur de duabus ſtipulationibus; quarum una eſt de hereditate teſtamento relicta ſub conditione heredi ſcripto; altera eſt de legatis eodem teſtamento relictis ſub conditione . De priore prius dicamus. Heres inſtitutus ſub conditione pendente conditione jure civili hereditatem adire non poteſt: expectare enim debet conditionem, ſiquidem velit jure civili heres eſſe per aditionem, *l. ſi quis extraneus*, *§. ult. de adqu. hered.* At jure prætorio benigniore, quod reſpicit magis ad utilitatem negotiorum : heres ſcriptus ſub conditione , pendente ea poteſt admittere bonor. poſſeſſionem ſecundum tab. quod certum eſt, etſi primo mirum videatur, *l. 2. §. ſi ſub conditione*, *l. ſi ſub conditione*, *& ſeq. de bon. poſ. ſec. tab.* Hoc autem privilegium prætor concedit non abs re, hoc eſt, facile petenti ante conditionem exiſtentem bon. poſſeſſionem ſecundum tabul. impertitur, quod ſit ea res utiliſſima creditoribus, ne longior mora eis fiat, diu jacente hereditate ſine domino, vel quaſi domino : poterit enim conditio pendere per vicennium, & quis interim reſpondebit creditoribus? prætor inutile eſſe exiſtimavit diu in ſuſpenſo eſſe ſucceſſionem , ideoque dat facile bonor. poſſeſſionem etiam ſcriptis ſub conditione , antequam conditio extet, quæ tamen bonor. poſſeſſio , ſi conditio defecerit , ſine re conſtituetur: ſed interim pro bonorum poſſeſſore habebitur, hoc eſt, velut heres exiſtimabitur, & eum convenient creditores, & legatarii , & fideicommiſſarii. Quid fiet, ſi heredi inſtituto ſub conditione datus ſit ſubſtitutus vulgariter ſub contraria conditione, veluti hoc modo: Primus heres eſto, ſi navis ex Aſia venerit: ſi primus non erit, ſecundus eſto : vel ſic : Primus heres eſto, ſi navis ex Aſia venerit, ſecundus heres eſto, ſi non venerit. Quid, inquam, fiet, ſi hoc caſu heres inſtitutus ſub conditione, pendente ea petat bon. poſſeſſionem ſecundum tabul. quomodo erit cautum ſubſtituto , cum interim bona dilapidare poſſit primus, & ita lædere ſubſtitutum? Æquum eſt cavere ſubſtituto, ſed ex juſta cauſſa, non temere. Prætor hoc caſu ex juſta cauſa jubet heredem ſcriptum, qui pendente conditione accepit bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. cavere ſubſtituto hac ſtipulatione nihil ſe in annos 10. vel 20. vel prout libuerit prætori præſtituere diem, ſi tamdiu pendeat conditio inſtitutionis : nihil, inquam, ſe in ea hereditate deterius facturum. Demonſtrat hoc Paul. 5. ſent. *de ſtip. &* Ulpian. in *l. inter* , *qui ſatiſd. cog.* quæ explicatur male ab omnibus, & auctor vobis ſum, ut deleatis majorem gloſſam Accurſii. Et vero tantum abeſt, ut *d. l. inter*, ab hac noſtra diſſentiat, quinimo illa huic maxime conſentit , idque ut liquide appareat nobis enarranda ſententia eſt *d. l. inter.* Primum ait, *inter omnes conſtare*, id eſt, certiſſimum eſſe. Hoc verbum *conſtare* eſt verbum proprium Jureconſ. ut liquet ex Cicerone in orat. pro L. Flacco, illo loco : *Cenſus es mancipia Amyntæ , neque huic ullam in eo feciſti injuriam : poſſidet enim ea mancipia Amyntas ; ac primo quidem pertimuit, cum te audiſſet ſervos ſuos eſſe cenſum. Retulit ad Juriſconſultos : conſtabat inter omnes, ſi aliena, cenſendo Decianus ſua facere poſſet, eum maxima habiturum eſſe.* Conſtat autem maxime inter omnes, quod eſt edicto proditum. Hæc autem ſtipulatio, de qua hic agitur, & in *l. inter*, eſt edicto prodita, ut omnis prætoria ſtipulatio edictalis eſt, ſed & poſtea decernitur , cum quis interponi poſtulat ſecundum formulam edicti. Ait autem poſtea Ulpian. in *d. l. inter*, heredem ſcriptum ſub conditione , ea pendente poſſidentem hereditatem (non dicit ex edicto, non dicit adeuntem . Nam adire non poteſt ante conditionem) cavere debere ſubſtituto de non minuenda hereditate, & ſi defecerit conditio, primum bonor. poſſeſſio ſecundum tab. ſine re conſtituetur, & licebit ſubſtituto adire ex cauſa ſubſtitutionis, & petere hereditatem a poſſeſſo-
A ribus, & ſi obtinuerit, committetur illa cautio adverſus heredem ſcriptum, ſi quid pendente conditione deterius in hereditate fecerit. Et licet interponatur cautio, antequam deficiat conditio inſtitutionis, & exiſtat conditio ſubſtitutionis, non tamen etiam ante committitur ea ſtipulatio. Et ſubjicit eam cautionem plerumque interponi juſſu prætoris ex cauſa, etiam ante conditionem exiſtentem, hoc eſt, antequam exiſtat conditio ſubſtitutionis, ſubſtitutum eam cautionem recte deſiderare , etſi nihil juris tum habeat in ea hereditate, & audiri eum. Et addit Ulpian. interponi etiam ante diem petitionis venientem: quod obſcurum eſt, & explicandum hoc modo. Interponitur cautio ea, antequam conditio ſubſtitutionis exiſtat . Hoc dixit ſup. Adjicit autem , interponi, etiam eam, poſteaquam extiterit conditio ſubſtitutionis , an-
B tequam ſcilicet venerit dies aditionis, & petitionis hereditatis , quæ ſubſtituto competere poteſt, id eſt, interponi eam, antequam ſcierit ſe eſſe ſubſtitutum, vel potius, antequam ſcierit ſibi delatam eſſe hereditatem ex ſubſtitutione. Idem eſt dies aditionis, & petitionis hereditatis, quod ad initium attinet, non quod ad finem : nam & aditionis, & petitionis dies cedit, ex quo cognovit inſtitutus, vel ſubſtitutus ſibi deferri hereditatem, *l. Pannonius*, *de acq. her. l. regula*, *§. ſi filiusf. de jur. & fact. ignor.* Sed dies aditionis finitur 100. diebus, ſicut & olim dies cretionis finiebatur . Dies vero petitionis eſt perpetuus, hoc eſt, finitur annis 30. *l. hereditatis*, *C. de pet. hered.* Ceterum quod vult *d. l. inter*, hoc eſt, eam cautionem præſtari ſubſtituto, antequam extiterit conditio ſubſtitutionis, & poſteaquam extitit, an-
C tequam venerit dies ſubſtitutionis, & petere poſſit hereditatem ſubſtitutus, id eſt, antequam ſcierit ſibi delatam eſſe hereditatem, & potuerit eam adire : nam duo exiguntur, ut ſcierit, & potuerit. Hæc eſt ſententia *l. inter*, in qua maxime notandum quod ait, hanc cautionem interponi ex cauſa, non paſſim : nam exempli gratia, ſi heres ſcriptus ſub conditione , qui bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. accepit, ſit homo bonæ frugis, non patietur prætor ab eo cautionem exigi de non minuenda hereditate : ſi ſit diſſolutus, compellet eum, ut caveat ſubſtituto. Veruntamen ſi ſit modica hereditas, vix interponetur hæc cautio : ſi vero ſit ampla , utique interponetur, quia major erit facultas heredi graſſandi & dilapidandi : quod definit Paulus d. libro 5. Sent. tit. 9. his verbis: *Hujus enim præjudicium a ſuperiore differt, quod*
D *quæritur, an ea res, de qua agitur, major ſit centum ſeſtertiis, ideoque in majorem diem concipitur.* Quibus verbis videtur Paulus definire ampliorem hereditatem ad modum centum ſeſtertiorum. Exiſtimat Paulus eam hereditatem eſſe locupletem, quæ major eſt centum mille ſeſtertiis , quæ ſumma redigitur ex conſtit. Juſtiniani ad centum aureos, ſeu ſolidos : ſemper enim Juſtinian. mille ſeſtertios æſtimat aureo uno . Si igitur hereditas major ſit 100. aureis, eſt juſta cauſa interponendæ cautionis, non etiam ſi minor ſit hereditas ; atque ita ex cauſa interponitur hæc cautio, hoc eſt, cauſa cognita. Nunc videamus, quomodo conſentiat *d. l. inter* cum hac l. noſtra. Initio quidem hujus legis 8. non profertur quod ſcripſerat Papinianus, ad quod notam adhibuerat Paulus : & ideo quamobrem reprehenderit Papinianum neſcimus.
E Nota autem Pauli ſententia apertiſſima eſt ex formula cautionis : nam ait, *qui ſub conditione inſtitutus eſt, agnita bonorum poſſeſſione ſecundum tab. cogitur ſubſtituto in diem cavere longiorem.* Ex formula cautionis patet, quid ſit cavere in diem longiorem, puta, in annos decem, vel 20. vel ſi ita præfiniverit prætor tempus, ſe nihil in annos 20. deterius facturum, hoc eſt, cavere in diem longiorem, *l. 1. de ripa mun. & l. ſi finita*, *§. 1*, *de damn. inf.* *l. pen. hoc tit.* Ideo autem cavetur in diem longiorem, quia nolunt fidejuſſores ſe obligare in infinitum : ſed in hac ſpecie non idonee cautum videtur, niſi caveatur in diem longiorem, & ſi non in infinitum caveatur, die illo cautionis finito, ſi adhuc pendeat conditio, quid fiet? Aut liberabitur heres ſcriptus, qui cavit, aut arbitratu

præ-

prætoris ex integro cavendum erit, *d. l. ſi finita, in princip.* Ergo qui ſub conditione heres eſt inſtitutus agnita bon. poſſeſſione ſecundum tab. cogitur cautionem interponere . Subjicit Paul. rationem interponendæ cautionis hoc modo: *prætor*, inquit, *nemini vult eſſe captioſum beneficium ſuum*: intelligit beneficium bon. poſſeſſionis ſecund. tabulas: & ita in *l. ſed cum patrono*, §. 1. *de bon. poſſeſ.* ait, *beneficium bonorum poſſeſſionis multiplex eſt*. Beneficium igitur hoc prætoris, quod datur heredi ſcripto ſub conditione, non vult prætor eſſe captioſum alteri: non vult bonorum poſſeſſionem, quam dat heredi conditionali , præjudicium afferre alteri: & ideo vult caveri alteri, cujus intereſt, ut puta, ſubſtituto, hereditatem ſcilicet deminutam non iri. Valde ſunt ſuaves, qui ita interpretantur: & poſſent tamen illi pleriſque imponere: ut ſcilicet prætor nolit beneficium ſuum eſſe captioſum heredi ſcripto in quem contulit beneficium ſuum: ideoq; heres ſcriptus, inquiunt, non eſt onerandus ſatiſdatione, ut cogatur quærere fidejuſſores, & cavere, quæ cautio difficilis eſt, & moleſta: ſunt enim inventu difficiles fidejuſſores, *l. omnes*, §. *præterea*, *C. de epiſc. & cler.* imo eſt contumelia quædam deſiderare ab honeſto viro fidejuſſores, quaſi ſit dubia fides illius, aut ſuſpecta, aut non ſint ei facultates idoneæ, *l. 17. in fin. de teſt. tut.* Ergo ne beneficium illud heredi ſcripto ſit oneri, non cogitur cavere fidejuſſoribus: ſed ſatis erit, inquiunt, ſi præſtet cautionem nudam, nullo adhibito fidejuſſore, id eſt, ſi ipſe ſolus promittat, ſe in ea hereditate deterius nihil facturum. Atque hoc iis verbis Pauli, quæ ſequuntur congruere dicunt illi: his ſcilicet. *Nec poteſt videri calumnioſe ſatis petere, quem alius antecedit*. Hoc videtur recte dictum, tamen non probatur a nobis, quia ſatis petere, nobis eſt petere fidejuſſores. Denique is, inquiunt, quem alius antecedit in ea hereditate, videtur calumnioſe deſiderare fidejuſſores, quos quidem deſiderat ſubſtitutus, quem antecedit inſtitutus. Et ita durus eſt actor dum ſibi vult fidejuſſores dari, quod videtur facere vexandi heredis ſcripti cauſa, ut indaget fidejuſſores: nec vero debet tam ſollicite deſiderare ſibi caveri datis puta fidejuſſoribus: & æquum eſt, ut ſit contentus nuda promiſſione. Sed hæc expoſitio a nobis probari non poteſt. Nam ſtatuimus hanc cautionem eſſe ſatiſdationem, nec caveri recte hac de re, niſi fidejuſſoribus idoneis. Paulus dicto loco ait, utiliter eſſe cavendum. Porro utiliter cavere in jure eſt ſatiſdato cavere, §. *conſtituitur*, *Inſtit. de uſufr.* ac propterea, cum ſumma diviſio prætoriarum cautionum hæc eſſet, alias eſſe nudas cautiones, ſive repromiſſiones, alias ſatiſdationes, Juriſconſultus in *l. 1. hoc tit.* enumeravit diligenter nudas cautiones, ut intelligeremus, ut ipſe ait, ceteras eſſe ſatiſdationes. Igitur quæ non ſunt in lege prima enumeratæ, ſatiſdationes ſunt. Hæc igitur ſatiſdatio eſt, quia non eſt in eo numero. Præterea ſi non eſt æquum, ſi eſt calumnia quædam ſeu vexatio ab eo, qui antecedit, deſiderare fidejuſſores, cur non erit etiam calumnia quædam deſiderare cautionem nudam? Nam in *l. prætor ait, de damno infecto*, non tantum qui deſiderat ſatiſdationem damni infecti, ſed etiam qui nudam deſiderat cautionem damni infecti jurat ſe eam non petere calumniæ cauſa, aut vexandi animo, quod nos dicimus, *pour faſcher ſeulement ſa partie*: ex quo intelligitur in utramque poſtulationem cadere poſſe calumniam, & conſequenter eum heredem, qui ſequitur alium, puta ſubſtitutum, non minus videri calumnioſe petere cautionem nudam, quam ſatiſdationem. Poſtremo nullus ferat unquam ut hæc verba, *Prætor ſuum beneficium vult nemini eſſe captioſum*, intelligitur de eo, cui dedit beneficium; intelliguntur de omni altero. Nam dicit *nemini*: hoc eſt, non vult bonorum poſſeſſionem, quam dat inſtituto, nocere ſubſtituto, atq; ideo non vult caveri ſubſtituto ab inſtituto, idque ſatiſdato. Eſt itaq; legendum, in hac lege ut antea probavi, *nec poteſt videri, &c.* non ut vulgo, *& poteſt*: quia & ipſe, qui ſuccedit, ſperat hereditatem, ſperat uterque, nec utri eorum adhuc competit in hereditate jus ullum: & idem contigit in ſpecie, quæ ſequitur. Poſterior pars hujus legis eſt Papiniani, non Pauli, ut conſtat ex *l. etiam, ut in poſ. eat.* Eſt quædam ſtipulatio prætoria, quod legatorum, de qua in tit. *ut legatorum nomine caveatur*. Hanc ſtipulationem exigunt legatarii, quibus legata ſunt relicta ſub conditione ab herede ſcripto, dum verentur, ne interim diſſipet legata heres ſcriptus, aut legatorum inanes actiones reddat. Et cavet heres his fere verbis: *Quæ dari fierive voluit teſtator, ea iis diebus dari, fierive quibus voluit, dolumque malum abeſſe abſuturumq; eſſe*. Nunc finge. Eadem res duobus legata eſt ſub contrariis conditionibus, primo fundus ille, ſi navis ex Aſia venerit, ſecundo idem fundus, ſi non venerit: utrique legatario præſtanda cautio eſt, quæ etiam ſatiſdatio, & legatum uterque ſperat, & niſi utrique caveatur, uterque mittetur in poſſeſſionem, *d. l. etiam, in fine, ut in poſ. leg.* Idemque erit, ſi eadem res legata ſit duobus ſub diverſis conditionibus, *l. 3. ut leg. nomine cav.* quæ corrupte heic ab Accurſio citatur diverſæ ſunt: ut eam rem lego Titio, facit differentiam inter diverſas & contrarias: *ſi navis ex Aſia venerit*. Deinde, eandem rem lego Mævio, *Si Titius conſul factus ſit*: cujus conditio prior extiterit, is prior ad legatum admittetur: erit tamen utrique cavendum. Dices, hoc magno oneri futurum heredi, dum utrique quærendi ſunt fidejuſſores. Dicam, imo non erit, nam poterit utroſq; fidejuſſores ad utramque fidejuſſionem adhibere: nec ideo fidejuſſores onerabuntur cum futurum ſit, ut alterutri tantum teneantur, *l. ſi duo, ut legat. nom. cav.* Et ſic etiamſi filiofamil. legatum ſit ſub conditione, & patri & filio eſt cavendum, quia tempore exiſtentis conditionis fieri poteſt, ut filius non ſit in poteſtate, ut adquiratur filio legatum, non patri. Igitur & filio cautum eſſe debet, ſed iiſdem perſonis cavebitur: quare non onerabuntur fidejuſſores, qui uni tantum tenebuntur, neque etiam heres *d. l. 3. ut leg. nom. caveatur*.

Ad L. XXXVII. ad L. Jul. de adult. & L. VIII. de inoffic. teſtam. & L. IV. de his quæ ut indign.

Sequuntur loci, in quibus ab aliis auctoribus citatur Papinianus in hoc libro quinto quæſtionum.

SCripſiſſe Papinianum libro 5. quæſtionum de querela inoffecioſi teſtamenti intelleximus jam ex *l. 14. de inoffic. teſt.* Et hodie etiam intelligemus conjuncta l. filiumf. 37. ad leg. Jul. de adult. cum his, quæ ex eodem libro Ulpianus refert in *l. 8. de inoffic. teſt. l. 37. ad leg. Jul. de adult. & l. 4. de his quæ ut ind. auf.* Quas omnes ll. oſtendam pertinere ad querelam inofficioſi teſtamenti. Et primum in d. l. 8. refert Ulpianus Papinianum libro 5. quæſt. ſcripſiſſe, filio quem habet in poteſtate pater exheredato, vel præterito teſtamento matris, vel avi materni (quorum ſilentium, ſive præteritio exheredatio eſt) patrem non poſſe nomine filii inſtituere querelam inofficioſi invito filio. Aliis actionibus, quæ perſecutionem habent nomine filii, quod ſint ſcilicet adquiſitæ filio, ac per filium mox patri, poteſt experiri invito filio, quia pecunia eſt propria patris. Querela inofficioſi teſtamenti an habet principaliter pecuniæ perſequutionem? Minime: quamvis ei, qui vicerit, obveniat pecunia, hoc eſt, hereditas: tamen magis injuriæ, quam pecuniæ perſequutionem habet; quanquam pecuniam ſecum trahat: & injuria ſeu indignatio eſt propria filii, *l. filius de inoff. teſt.* Exheredatio eſt injuria, infamia, nota. Et querela inofficioſi quaſi hujus injuria actio, ac perſecutio, id eſt, exheredationis potius quam pecuniæ: quæ injuria & infamia cum ſit propria filii, non eſt perſequenda invito filio, non revocante in animum injuriam filio: querela, inquam, inofficioſi eſt ſpecies actionis injuriarum, eſt certæ injuriæ actio, id eſt, exheredationis: qua de cauſa comparatur recte generali actioni injuriarum. Querela eſt ſpecialis actio injuriæ: generalis eſt de ea de qua eſt titulus, &c. Actio injuria-

rum generalis causam doloris agit, ut ait *Novell. Valentiniani, de libert. & success. eor. Cicero pro* Cæcinna. *Actio injuriarum, non jus possessionis assequitur, sed dolorem immutatæ libertatis pœna judicioque mitigat, l.2. §. emancipatus, de collat. bonor. l. Item apud, §. si quis servo, de injur. & famos. libell.* actio injuriarum magis doloris & contumeliæ, quam pecuniæ persecutionem habere, licet lis pecunia æstimetur. Et ita etiam querela inofficiosi, doloris & injuriæ est actio, quod ipsum nomen querelæ demonstrat: & sicut generalis injuriarum actio tacita dissimulatione amittitur, *l. non solum, §. 1. de injur.* ita & *l. .. C. de in integr. restit. min.* Et secundum hæc, quod Ulpianus ex Papiniano refert in d. l. 8. ut non possit eam pater nomine filii instituere invito filio, quod filii sit injuria, possis verissime trahere etiam ad quamlibet actionem injuriarum, ut nomine filii non possit pater, si filio facta sit injuria, intendere actionem injuriarum invito filio: suo nomine potest agere actione injuriarum, si filio sit facta injuria, etiam invito filio, non filii nomine. Et in hoc discrimen est unicum inter querelam inofficiosi testamenti, & generalem actionem injuriarum: nam injuria alia, quæ fit filiofamil. est communis patris & filii, & ex ea nascitur duplex actio; una, quæ patri competit, altera quæ filio, nec alia aliam consumit, sed ex utraque & actio est, *l. 1. §. ult. de injur.* Nam injuria filiif. pertingit & patrem, & inde duplex actio oritur, quarum una si egeris, non ideo minus etiam egeris altera: una tuo, altera filii nomine. Tuo nomine, etiam invito filio, quia de honore & dolore agitur, non de re quæsita per filium. Verum exheredatio est genus injuriæ, quod solum filium afficit, non est communis patris & filii. An pater pro filio exheredato, suo nomine non poterit agere querela inofficiosi testamenti nomine? minime: non est injuria communis, sed ut ait *l.* 8. filii propria. Igitur invito filio pater queri non potest. Item quæro, an præparata querela inofficiosi a filiofam. exheredato testamento matris, si mox decesserit filiusf. an possit pater agere querela inofficiosi? an possit exequi querelam, quam præparaverat filius? Et ex eodem Papiniano *d. l.* 8. §. 1. refert Ulp. non posse, quia filio exheredato, querela inoffic. testamenti non datur patris, sed filii nomine, qui mortuus est, & cui mortuo heres non existit pater. Querela quidem præparata transmittitur in heredem, fateor, sed filiusfam. heredem non habet, ne patrem quidem. Cum igitur defecerit is, cujus propria injuria erat, nec reliquerit heredem, finita querela est. Et docet *d. l.* 8. §. 1. præparari querelam, hoc est, comparare se exheredatum videri ad querelam instituendam, si agnoverit bonorum possessionem litis ordinandæ causa. De qua bonorum possessione hoc breviter observandum est, non esse specialem bonorum possessionem, sed esse bonorum possessionem unde legitimi. Hoc casu, quando filius est præteritus testamento matris: vel esse bonorum possessionem unde cognati, quando frater est exheredatus testamento fratris turpi herede scripto: & hanc bonorum possessionem agnoscit exheredatus, antequam accedat ad querelam, ne ad eam accedat sine prætextu, sine titulo, hoc est, ut dicat, se esse cognatum, vel legitimum, ut dicat se non debere exheredari. Et ita in Gallia necesse est, ut impetremus litteras regias, quas vocamus *Lettres de Chancelerie*, priusquam liceat litem movere. Ceterum etiamsi filiusfamil. exheredatus instruxerit se ad querelam, & mox decesserit, nihil transmiserit in patrem, qui filio heres non est, eique querela non competit, quia solius filii nomine, & voluntate institui potest. Nunc quæramus ex contrario, an si filiofamil. sit facta injuria, possit filius agere injuriarum invito patre? Et sane eadem ratione, quia propria est injuria filii, & actio doloris, non pecuniæ persequutio principaliter: consequens est, ut possit filius agere invito patre ex justa causa. Nam etsi sit propria injuria filii, proprius dolor filii, tamen multum potest patria potestas, multum conferre filium convenit paternæ reverentiæ, ideoque non temere agit, ne de injuria quidem propria invito patre:

A agit tamen ex causa, ut si pater sit vilissimus, cui jure meritoque Prætor sit daturus curatorem, si pater facile remittat injuriam filio factam, nec velit filium agere injuriarum: filii vero persona sit honesta, hoc casu licebit filio agere injuriarum invito patre, *l. sed si unius, §. filiofam. de injur.* Pari ratione filiofam. licebit reum arguere adulterii eum, qui violaverit thorum suum, aut etiam ream facere uxorem invito patre, quod *lex 37. ad leg. jul. de adult.* ait constitutum esse: & vero constitutum est ab Adriano. Opus fuit constitutione, *l. inter, §. 1. eod.* Et subjicit rationem Papin. *Vindictam enim proprii doloris consequitur*: ac si diceret: hoc judicium adulterii non est de pecunia, quæ patris est, sed est de proprio dolore, & justissimo, ut ait *l. si adulterium, §. Imperator, hoc tit.* Et convenit huic rei, quod ait Ovid. Eleg. 1.

B *Exigit iste dolor plusquam lex ulla dolori*
Concessit, at tu ne dubita, minuet vindicta dolorem.

Exigit nempe, ut hunc dolorem ulciscatur filiusfamilias etiam invito patre, publico judicio legis Juliæ de adulteriis. Et consequitur, id est, persequitur, in glossis Basil. *ἀπαιτεῖ*, quod est persequitur. Eodemque modo filiusfamil. maritus, perinde ac si esset paterfam. adulterum domi suæ deprehensum occidere potest non consulto patre, si modo sit ejus conditionis, quæ exprimitur lege Julia, *l. marito, hoc tit.* nam non quemlibet marito licet occidere, sed infamem judicio publico damnatum, servum, aut libertum suum, aut uxoris, patris, matris, filiæ, vel etiam utriusque eorum. Sunt certi homines, quos deprehensos in adulterio licet occidere, non licet quemlibet, nec omni loco, sed domi suæ, quo casu C non distinguitur filiusfamil. a patrefamil. *l. inter, §. ult. l. marito, §. 1 hoc tit.* Hoc est ex l. Julia de adulteriis: itemque hoc est ex l. Julia, ut maritus possit uxorem occidere: & necesse est ut triduo id profiteatur apud magistratum. Si tamen impatientia doloris etiam uxorem occiderit, leviore pœna punitur, quam sit definitum lege Cornelia de sicariis; nam ei remittitur ultimum supplicium, *d. l. si adulterium, §. Imperator.* Olim licebat & uxorem occidere, ut constat ex Catone apud Gellium, hodie licet ex Novell. Majoriani, quæ dicit, se jus antiquum restituisse: illud scilicet, quod refert Cato: & ut Harmenopulus etiam refert, jure veteri quemlibet adulterum licuisse occidere: & notanda est hac in re differentia inter patrem & maritum. Marito sive sit paterfamilias, sive filiusf. jus est occidendi adulteri ejus, D qui comprehenditur lege Julia. Patri autem si deprehenderit filiam in adulterio jus est occidendi adulteri si modo & filiam occidat: est mira prudentia legis Juliæ: vix occidet filiam, nec adulterum igitur: alioquin erit reus homicidii si salva filia, solum adulterum occiderit: sed si filiæ non pepercerit, impune occidit adulterum: & non refert sive occidat in domo sua, sive generi, non etiam si in alio loco eum deprehenderit. Exiguntur tria aut etiam quatuor ut faciat impune. Primum ut utrumque occidat: nam si alterum tantum occiderit, in legem Corneliam incidit: deinde ut occidat filiam ex continenti, uno ictu, æquali ira in utrumque sumpta, *l. quod ait, §. ult. hoc tit.* Ex intervallo si occiderit filiam, est reus homicidii, quod occiderit filiam post iram sedatam, non ex continenti. Pleraque licent ex conti- E nenti, quæ non licent post tractum temporis, ut ecce, si quis vim, vel injuriam tibi inferat, licet tibi eam ulcisci ex continenti, non ex intervallo, *l. 3. §. eum, de vi, & vi arm.* quod & verbum *propulsare* demonstrat, cum ait, *vim & injuriam propulsare licere*. Propulsatio non fit nisi ex continenti: ac similiter deprehensa in adulterio filia, non impune alterum occideris, nisi utrumque in continenti occideris ictu uno; atque etiam necesse erat ex lege Solonis, deprehendere *ἐν ἔργῳ*, *l. quod ait, l. 23. in princ. hoc tit.* seu *ἐπαυτοφώρῳ*, Lucianus in Dialogo Deor. quod etiam Græci de omnibus criminibus, proprie tamen de furto. Item exigitur ut filia ea sit in potestate patris, nam concipitur l. Julia de eo qui non est in potestate: qui non est suæ potestatis, non potest alterum

rum habere in potestate. Et sane ita est secundum verba legis Juliæ. Sed tamen Paulus in Sententiis scribit (quæ tamen sententia non extat) verbis quidem legis prope esse, ut filiusfamilias pater non possit filiam occidere, & adulterum, quoniam lex loquitur de patre, qui filiam habet in potestate: permittit tamen ei, ut eam occidat. Ex his apparet nos existimare tractantem Papinianum de querela inofficiosi testamenti, seu de injuria exheredationis, miscuisse huic tractatui etiam quamlibet injuriam, & agitasse simul, possitne filius invito patre suam injuriam persequi, & contra, possitne pater filii nomine invito filio? Puto etiam, quod ex eod. libro refert Ulp. in *l.4. de his quæ ut ind.* commodissime referri ad tractatum de querela inoffic. Illud est de legatario, qui unum ex heredibus falso esse adscriptum dicit, nec obtinuit: non est ea lex de inofficioso, sed de falso, vel de herede testamentario, quem quis falso heredem esse dicit, & hac in re est differentia, utrum quis dicat inofficiosum testamentum, an falsum. Si is, cui legatum relictum est, dicat totum testamentum esse falsum, & non obtineat, vel etiam si obtineat, a legato repellitur, *l. 3. ad l. Cornel. de fals.* Finge, non obtinuisse, & postea petere legatum: non obtinebit, quia impugnavit judicium defuncti, *l.3. ad leg. Corn. de fals.* Sed si dicat unum ex heredibus falso scriptum, non statim repelletur a legato relicto ab illo herede, quem dixit esse falsum; non a legato relicto ab altero, quem non inquietavit. An vero idem dicemus de querela inofficiosi testamenti? licet agere querela pro parte, *l.circa, de inoff. test.* Sic fiet pro parte testatus, pro parte intestatus, qui ab initio fieri non posset. Finge: Exheredatus egit adversus unum ex heredibus, & non obtinuit, an repelletur a legato? Sic sane, quia adversus unum heredem egit, & totum testamentum incusavit: neque enim potuit agere querela pro parte, quin diceret testatorem dementem fuisse videri. Hic enim est color querelæ: si abesset hic color, non esset locus querelæ, quæ est actio colorata. Asinius apud Quintilianum *Furiosum, non inofficiosum testamentum reprehendimus, l.2: 5. l.mater, l.Titio, de inoff.test.* Qua de causa etiamsi egeris pro parte adversus unum heredem, tamen non dixeris pro parte dementem defunctum fuisse: atque ita impugnas totum testamentum, ideoque cadis legato tibi relicto. Est etiam alia differentia, quam adnotavit Paul. in *l. 5. de his quæ ut ind.* exheredatus, qui agnovit legatum non potest agere de inofficioso testam. & qui agnovit legatum potest agere de falso testamento. Et hanc adfero differentiæ rationem: quia exheredatus, qui agnovit legatum, qui accepit legatum ab herede, accepit, sciens testamentum esse inofficiosum, quia non potuit ignorare se exheredatum esse, qui alium cernebat heredem exequentem partes heredis. Sciens igitur approbavit judicium defuncti, & injuriam ad animum non revocavit. At potest quis ignorans testamentum esse falsum, accipere legatum, qui si postea cognoverit esse falsum, cur non licebit ei dicere falsum esse testamentum, & legatum obtinere, qui si forte non obtinuerit, causa ei, quod fortasse ei persuasum fuit testamentum esse falsum, vel erat revera falsum, sed non obtinuit. Contra, qui accepit legatum, prohibetur inofficiosum dicere, quia defuncti judicium approbavit, in quo vel præteritus, vel exheredatus erat, quod non potuit ignorare, cum ab herede scripto legatum petiit, atque accepit.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. VI. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. L. de Petitione hereditatis.

Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

A *§.1. Si defuncto monumentum, conditionis implendæ gratia, bonæ fidei possessor fecerit: potest dici, quia voluntas defuncti, vel in hoc servanda est: utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator jusserit; non excedat eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione, aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto; quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali, vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.*

LIBRI quinti quæstionum Papiniani magna pars fuit de querela, & petitione hereditatis, quæ datur ex causa inofficiosi testamenti. Liber sextus est de generali petitione hereditatis, & de B speciali in rem actione; & quod primum ex illo libro se offert in *l. 50. de pet. her.* docet quid hereditatis nomine contineatur. *Hereditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet.* Sententia hæc est: Hæreditatem cum dicimus, jus dicimus, non corpus, non pecuniam: hereditas est nomen juris, non corporis, res incorporalis, non corporalis, *l.1. §.quædam, de rer.div. l.3. §.1. de bon.poss. l.hereditatis, l.bonorum, l.pecuniæ, de ver.sig.* Ergo hereditas res est, quæ sensibus non percipitur, sed quæ intellectu abstrahitur, & apprehenditur. Corpora solis sensibus percipiuntur, aut non nisi sensibus. Et hoc est quod dicunt Philosophi: sensus cognitionem non ante sensum esse: neque enim rem corporalem nosti, nisi eam videris, vel attigeris. Secus in corporalibus: nam ante sensum rem incorporalem nosti, etiamsi eam neque videris, nec atti- C geris. Ex eo sequuntur multa: hereditatem non posse usucapi, quia res incorporalis non potest usucapi: hereditatem non posse possideri pro diviso, *l.8. in fi. de rei vin.* quia pars pro diviso est corporalis, rei autem incorporalis pars corporalis esse non potest: possideri quidem hereditas potest pro parte indivisa: hæc enim pars non est, sed intelligitur, sed non potest etiam hereditas possideri pro parte divisa. Sicut etiam *d. l.8.* ait, quod notandum, rem mobilem non posse possideri pro diviso: nam si rem mobilem dividis, perdis, navem dividere, perdere est, ut dicebat Cascellius apud Macrobium 2. Saturnal. 6. Ideoque nec res mobilis corporalis, nec hereditas pro diviso possideri potest. Ex eo etiam sequitur quod est in *l.cogi, §. inde quæritur, ad Trebell.* si quis rogatus sit restituere hereditatem deducto ære alieno, & legatis, & oneribus D deductis, inanem esse eam deductionem, aut compleri eam non posse, quod non possit ex jure (id autem est hereditas) deduci quantitas. Et ex his etiam intelligitur, etiamsi in bonis, quæ relinquit defunctus, nulla sint corpora, nullæ pecuniæ, sed jura tantum, ut actiones, obligationes, nomina, hereditatem tamen esse. Si in bonis tantum sit unum nomen, hereditas est, cujus tamen nullum subest corpus, quod mihi possis demonstrare, nisi corpus chirographi, quod per se nihil est. Nam non corpus chirographi spectamus, sed nomen & actionem. Et ita fit, ut actione, quæ proponitur hoc titulo, agatur non tantum adversus eum, qui possidet corpus hereditatis, sed etiam adversus eum, qui jus possidet. Sic hereditas petitur a debitore hereditario, vel ab eo, cui per causam hereditatis actio aliqua competit, *l. nec ullam,* E *§. ult. l. quod si, §. idem Julian. & l.idem Julian. h. t.* Finge: is, qui possidebat pro herede, fundum hereditarium, dejectus est vi de possessione fundi, an recte ab eo petit verus heres hereditatem? Sic sane: quin etiamsi non possideat fundum, cujus possessione detrusus est; habet tamen jus, id est, interdictum unde vi recuperandæ possessionis causa, quod quidem actori, seu heredi vero conventus petitione hereditatis cogetur cedere; hoc enim tantum intendit actor: nam hæc actio est mista, & intendit non tantum suam hereditatem esse, sed etiam sibi dari, aut fieri oportere. Mista igitur actio est tam in rem quam in personam. Breviter quid est hereditas? est jus universum successionis defuncti; vel, successio juris universi defuncti. Ut medicis infirma valetudo, & valetu-

dinis infirmitas ægritudo eſt: ita nos dicimus jus univerſum ſucceſſionis, & ſucceſſionem juris univerſi pro hereditate. Et jus univerſi dicimus, quod nomen iſtud comprehendat non lucra tantum, ſed etiam damna: non tantum commoda, ſed & onera. Et ſunt pleræque damnoſæ magis hereditates quam lucroſæ: eſt enim hereditas jus univerſum, quod ſuſtinuit defunctus: & ſimiliter recipit nomen iſtud quaſi nomen juris, acceſſiones & deceſſiones omnes: hereditas facile ſuſcipit augmentum & deminutionem, neque ei, ut corpori certi fines circumſcribuntur. Et quamvis in actione in rem ſpeciali, quæ eſt de corporibus, non veniant fructus percepti ante litem conteſtatam, neque actionis jure, neque officio judicis: fructus tamen percepti ante litem conteſtatam poſt mortem defuncti veniunt in petitionem hereditatis, *l.item veniunt, §.item non ſolum, h. tit.* quia formula petitionis hæc eſt, *ſi hereditatem Titianam meam eſſe paret.* Petitur ergo hereditas, porro augetur hereditas fructibus, verbis ergo formulæ prope eſt, ut videaris etiam petere fructus, qui hereditati acceſſerunt poſt mortem defuncti. Juris nomen latiſſime patet, quod facile augetur, vel deminuitur, & hereditas igitur: hereditas Rhetorib. eſt pecunia, nobis non eſt pecunia, ſed jus, cum peculium, cum dotem, fructum dicimus, jus peculii, jus dotis, jus fruendi dicimus, non peculium, non dotem, non fructum ſimpliciter: quæ fere verba juris in jure conſiſtunt, id eſt, juris intellectum habent. Propoſita definitione hereditatis tranſit Pap. ad quæſtionem hujuſmodi. Quidam heredem ſcripſit ſub conditione, ſi ei monumentum intra tres menſes ædificaret: Bonæ fidei poſſeſſor, qui exiſtimabat ſe eſſe heredem, ejus conditionis non ignarus, eam implevit, monumentum ædificavit, ut perveniret ad hereditatem: deinde evincitur ei hereditas petitione hereditatis a vero herede, ſuam eſſe hereditatem aſſerente. In hoc judicio bonæ fidei poſſeſſor juſtos ſumptus reputat actori, eoſque ſibi ſervat beneficio retentionis, vel exceptione doli mali. Quæritur, an juſtus ſit ſumptus, quem fecit monumenti cauſa? Ait juſtum ſumptum eſſe, non tantum, ſi ſub ea conditione heredem ſcripſerit, ut monumentum faceret, ſed etiamſi pure eum ſcripſerit, & damnaverit, ut monumentum faceret: nam utroque caſu ſervanda eſt voluntas defuncti: & ſane priore, quia ante conditionem impletam non poteſt adire hereditatem ſcriptus heres ſub conditione: ſed & poſteriore etiam. Et hoc eſt quod ait: *voluntas defuncti, vel in hoc ſervanda eſt*, id eſt, *etiam in hoc, καὶ ἐν τούτῳ*, ut in Baſilicis, nam hoc vocabulum, *vel*, non eſt hoc loco particula disjunctiva. Sed exigitur, ut ait Papin. ne probabilem modum exceſſerit extruendo monumento: qui conſtituitur arbitrio boni viri pro facultatum, & pro modo dignitatis defuncti. Vel exigitur ne excedat modum, quem ipſe teſtator conſtituerit, ſi modo & ipſe teſtator juſtam rationem ſumptuum ſervaverit: nam ſi immodicum ſumptum fieri juſſerit, non erit ſervanda ejus voluntas. Et placet valde quod eſt in *l.1.in fi. & l.2. ad leg. Falcid. ſi cui ſit legata pecunia ad monumentum faciendum, quandoque legatarium pati Falcidiam:* nam ſi legatum tantum ſit pecuniæ, quantum ſufficit ad ſpeciem modicam monumenti, non patitur Falcidiam, legatum habet extra rationem Falcidiæ; ſed ſi legata ſit immodica pecunia ad monumentum faciendum, in eo quod abundat, legatarius patitur Falcidiam, nec permittitur illi totam pecuniam inſumere in monumentum, ne plus impendat, quam ferat arbitrium boni viri: ſunt enim leges, quæ imminuunt iſtos ſumptus, nec omnia volunt concedi defuncto, ſed id tantum quod ſufficit ad ſpeciem modicam monumenti: reliquum igitur habebit invitus legatarius, & ex eo patietur Falcidiam detrahi. Significat *d. lex* 1. §. *ult.* neceſſariam quidem impenſam eſſe funeris, & ſepulturæ, & eam deduci in ratione Falcidiæ ponenda quaſi æs alienum, tamen impenſa monumenti non deducitur, quia non eſt neceſſaria, niſi ſcilicet eam teſtator fieri voluerit, ac tum etiam non eſt neceſſaria quatenus excedit modum. Ergo ſi hunc modum

A ſervavit bonæ fidei poſſeſſor, qui ex voluntate defuncti monumentum fecit, ſane modum heredi reputabit, qui ſibi aufert hereditatem hoc judicio: & ait, *eum retinere impenſas ratione doli exceptionis:* vulgo legitur, *impenſas ratione doli retenturum.* Florentiæ legitur: *impenſas ratione doli exceptione, aut retenturum*: manifeſto ita legendum eſt: *ratione doli exceptionis, par le moyen, retenturum.* Ita legitur in *l.unum, §. ſed ſi uno, de leg. 2. l.12. ad l. Falcid. l.69. §.ult. de leg.*2. Ergo oppoſita exceptione doli mali retinebit poſſeſſor ſumptum, vel etſi non ſit uſus retentione, vel exceptione doli mali, licebit ei cui evincitur hereditas, agere cum herede actione negotiorum geſtorum, quaſi geſſerit negotium hereditarium, quia neceſſe fuit heredi monumentum facere. Et hoc ut oſtendat eleganter dicit: nulla quidem actione civili compelli B heredem ad monumentum faciendum: ex præcepto teſtatoris non naſcitur actio ſtricto jure, non poteſt compelli: non omnia præcepta defuncti pariunt obligationem, *l.Q.Mutius de ann.legat.* deficit ergo ordinaria actio: ſed Principali vel Pontificali auctoritate poteſt compelli ad obſequium voluntatis ſupremæ: tenetur igitur heres: Et ille ergo bonæ fidei poſſeſſor aget recte negotiorum geſtorum in his, quæ ad ſepulturæ religionem pertinebant. Solebat etiam extra ordinem, quia & ipſe plerumque erat Pontifex Maximus. Hodie ſolent adiri Epiſcopi, maxime cum quid fieri pie juſſit defunctus; ex *l.nulli*, & ex *l.45. C.de Epiſc. & Cler.* & quod dixit ad hæc, quæ pia ſunt exequenda compelli heredem, non tantum Pontificali, ſed & Principali auctoritate, ut *l.oſſa, de religioſ. & ſumpt. fun.* ex eo poſſis defendere, quod C cum hodie judicet vice nomineque principis, auctoritate Senatus compelli heredes exequi pia juſſa defunctorum. Et mihi contigit alias videre Pand. magni Ranconeti: is hoc loco, & ad verbum illud, *Principali auctoritate*, adnotaverat: M. D. XXX. VI. Kal. Majas, hac de re ita Lutetiæ Senatum cenſuiſſe, cum ageretur de ſacerdotis cujuſdam pia voluntate exequenda, cujus executionem ipſe commiſerat alteri ſacerdoti: & cum is executor ſacerdos, rem revocaret ad ſuum judicem, Senatus poſtulationi locum non dedit, ſed remiſit illum ad cognitores libellorum, *a la chambre des requeſtes*, ac ſi ea cognitio non eſſet tantum Pontificalis, ſed Principis, & conſequenter Senatus. Ergo recte definit Papin. juſtum eſſe ſumptum, quem fecit bonæ fidei poſſeſſor, ac recte reputari ei qui evicerit; & ſi fuerit omiſſa reputatio, adhuc D bonæ fidei poſſeſſori integram eſſe negotiorum geſtorum actionem. Nam etiamſi non fuerit heres obligatus ſummo jure, tamen compelli poterit Pontificali, vel Principali auctoritate. Uno caſu etiam tenetur civili actione heres, qui monumentum facere juſſus eſt, nec neceſſe eſt adire Principem, ſcilicet ſi coheredem habuerit: Poteſt enim a coherede compelli monumentum facere actione familiæ erciſcundæ, & poſt diviſionem hereditatis actione præſcriptis verbis, quoniam diviſio hereditatis eſt quaſi permutatio, hac ratione ſcilicet, quia intereſt coheredis monumentum fieri, nam jus monumenti omnem heredem ſequitur, niſi aliter caverit defunctus, *l.his conſequenter, §. ſed & cum monumentum. famil. erciſc.* ſed ſi ſit ex aſſe heres, non poteſt compelli ad monumentum faciendum, niſi extra ordinem, vel a Princi- E pe, vel a Pontifice, vel a Senatu, qui vice Principis eſt, & cujus ipſe Princeps pars eſt, *l.quiſquis, C. ad l.Jul. majeſt.*

Ad L. ult. Si pars heredit. petatur.

Cum heredis ex parte inſtituti filius, qui patrem ſuum ignorabat vivo teſtatore deceſſiſſe, partem hereditatis, nomine patris, ut abſentis, adminiſtraverit, & pecunias diſtrahendis rebus acceperit: hereditas ab eo peti non poteſt, quia neque pro herede, neque pro poſſeſſore pretia poſſidet, ſed ut filius patris negotium curavit. Negotiorum autem geſtorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non eſt metuendum, ne etiam

patris,

patris, a quo forte exheredatus est, teneatur heredibus quasi negotia hereditaria gesserit: cum id quod administravit, non fuerit paternæ hereditatis. Nam etsi negotiorum gestorum actio sit ei cujus nomine perceptum est: ei cujus nomine restitui æquum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat, neque paternæ successionis, quæ fuerunt alterius hereditatis. Quod si filius iste patri suo heres extitit, & movet controversiam, quod pater ejus postquam heres exstitit mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse causam possessionis mutare videatur? Quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit, & debitor esse cœpit, postea faciens controversiam hereditatis, ut juris possessor, convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

SEquitur de petitione hereditatis alia longe difficilior quæstio, *l.ult. si pars hered.* Sciendum est, petitionem hereditatis dari tantum adversus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet, non adversus eum, qui alio titulo possidet, veluti pro emptore, pro donato, *l. regulariter, de pet. hered. l. pen. C. in quib. caus. cess. lon. temp. præsc.* Et ratio regulæ est optima, quia is, qui alio titulo possidet rem hereditariam, veluti pro emptore, heredi non facit controversiam hereditatis, sed ejus rei tantum, quam possidet pro emptore. Nam etsi dicat se eam rem emisse, quæ est ex hereditate ad te pertinente, se habere in manu instrumentum emptionis, non ideo negat te esse heredem: denique non facit tibi controversiam hereditatis, non contra vindicat hereditatem: & vindicatio omnis mutua est, vindicat actor, & contra vindicat reus, aut non est lis de vindicatione, nisi uterque idem intendat, §. 1. *Inst. de act.* At qui pro herede possidet vel minimam rem, facit tibi controversiam hereditatis, quia existimat se heredem esse, & contendit. Is quoque, qui pro possessore possidet, facit controversiam hereditatis. Pro possessore possidet fur, aut prædo, qui possessionis suæ nullam justam causam allegare potest, qui interrogatus cur possideat, hoc solum respondet; quia possideo, qui interrogationem vertit in responsionem, atque ita si nullam afferat causam suæ possessionis, & tamen litiget mecum, qui me heredem esse ajo, profecto videtur & hic mihi facere controversiam hereditatis, dum suæ possessionis nullum mihi titulum profert, & præsumitur ut heres possidere, qui cur possideat non dicit, nec possit dicere. Et inde factum est, ut detur tantum petitio hereditatis adversus eum, qui pro herede possidet, vel pro possessore, id est, qui facit controversiam hereditatis, quam non facit, qui ex alio titulo possidet. Item sciendum est, petitionem hereditatis dari non tantum adversus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet, sed etiam adversus eum, qui veluti possidet jus, *d. l. regulariter, & l. etiam.* Ut datur adversus debitorem defuncti, sic datur adversus debitorem hereditarium, hoc est, qui negotium hereditarium gessit jacente hereditate: hic nunquam fuit debitor defuncti: nam post ejus mortem ad negotium hereditarium accessit, & debitor esse cœpit ex gestione: ab hoc peti potest hereditas quasi a juris possessore. Omnis debitor juris possessor est, id est, quicumque est in ære nostro, jus nostrum quodammodo possidet: a debitore heredis, veluti ab eo, qui negotium gessit heredis, post aditam hereditatem non potest peti hereditas, *l. quod si in diem, §. non solum, de pet. hered.* His cognitis ita ponamus speciem. Titius Valentiæ moriens multos sibi heredes instituit, & in his patrem tuum profectum in Asiam, & qui ibi decesserat vivo testatore: tu vero cum existimares patrem adhuc vivere, partem hereditatis, ex qua heres a Titio scriptus fuerat, administrasti, & rebus hereditariis quibusdam distractis pretia percepisti. Pone, distraxisse te fructus, vel alias res, quæ mora perituræ erant: nam ceteræ res non possunt distrahi a gestore negotiorum: nam nec a procuratore totorum bonorum sine speciali mandato, *l. procurator, de procur.* Quæritur, an coheredes patris possint tecum agere petitione

A hereditatis, qui ex rebus hereditariis pecuniam confecisti, & apud te habes? Et ait Papin. non posse agere, quia non potes videri pro herede, aut pro possessore possidere, quia non tibi, sed patri possides, & contemplatione patris, quem superstitem arbitraris, & ita *l. etiam §. si quis, de pet. hered.* Hæc actio datur adversus eum, qui sibi possidet, non qui alii, ut gestor, ut procurator voluntarius. Verum coheredibus patris erit in te actio negotiorum gestorum, quasi negotio hereditario gesto, quia scilicet, portio patris accrevit coheredibus ejus. Dices: imo non accrevit, sed pervenit ad fiscum. Nam ponitur pater decessisse vivo testatore. Ergo portio illi adscripta fuit in causa caduci: quæ relicta deficiunt post testamentum vivo testatore, sunt in causa caduci, cadunt in fiscum, nec accrescunt heredibus, hoc, inquam, jure B ante constitutionem Justiniani, qui sustulit caduca, & ea quæ sunt in causa caduci: id est, jus omne fiscale, cui ex his causis locus erat ex l. Papia: sed hoc jure ea, quæ sunt in causa caduci, ut si unus ex heredibus moriatur vivo testatore, portio ejus cadit in fiscum, nec accrescit coheredi: & tamen hoc loco Papinian. ostendit, eam portionem patris accrevisse coheredibus: quid dicemus? Aut coheredes fuisse ex liberis, aut parentibus testatoris, in quibus servabatur jus antiquum, non novum, id est, leges caducariæ: præferebantur enim fisco in his, quæ deficiebant post testamentum, quæ deferebantur fisco, *l. unica, §. & cum lex, C. de cad. tol. & Ulpianus in fragm.* Vel dicemus coheredes fuisse invicem substitutos, portionem patris coheredibus jure substitutionis reciprocæ obvenisse, quæ substitutio præfertur C fisco *l. 5. de vulg. subst. d. l. un. §. 1.* Vel quod magis est, quodque Græci sequuntur, in *l. ult. & l. pen. hoc tit.* quæ est de re eadem fere, ponendum portionem hanc non esse in causa caduci, sed haberi pro non scripta, patrem decessisse ante testamentum: plane ergo vivo testatore mortuum fuisse heredem scriptum ex parte: ergo portionem ipsius esse pro non scripta: semper autem quæ pro non scriptis erant, accrescebant coheredibus, neque ad hæc admittebatur fiscus, sed ad caduca tantum, id est, quæ deficiunt post testatoris mortem; vel quasi caduca, quæ deficiunt post testamentum Patri meo post mortem meam ab alio herede scripto, mortuo patre herede scripto ex parte, ut dicam brevius. Nec movemur verbis l. dum ait, patrem decessisse vivo testatore: nam & is sane decessit vivo testatore, qui decessit ante testa- D mentum, & hoc interpretamentum Græcorum extat in Basil. lib. 42. tit. 2. his verbis: *τȣ̃ πατρός μȣ μετὰ τὸ τελευτῆσαι, κληρονόμȣ μετά τινος, γραφέντος.* Cum quidam patrem meum, qui jam vita excesserat, heredem instituisset. Ergo tu, qui eam partem quæ erat patri jam mortuo adscripta administrasti, negotium hereditatis gessisti, & consequenter negotium coheredum patris, qui postea adierunt: nam tu administrasti eam portionem, & distraxisti, antequam heredes adirent, hoc ponendum est cum hoc loco, tum in *l. pen.* nam si post aditionem coheredum partem illam administrasti, non gessisti negotium hereditarium, id est, jacentis seu vacantis hereditatis, sed negotium heredum, & factus es ex ea causa non debitor hereditarius, sed heredum. Itaque nullo casu conveniri potes petitione hereditatis: nam a debitore E heredis non potest peti hereditas, *d. l. quod si in diem, §. non solum.* Et tamen in fine hujus legis datur casus, quo a te petitur hereditas, quasi a juris possessore: quæ sane non peteretur, si esses debitor heredum, non hereditatis, nec diceret lex passim, *te gessisse negotium hereditarium*; gerendo autem negotium hereditatis, antequam heredes adirent, tu tibi hereditatem obligasti, & tu vicissim te hereditati obligasti actione negotiorum gestorum, ut ait *l. nam & servus, §. 1. de negot. gest.* nam etiamsi negotium illud gesseris nomine patris tui ut absentis, non nomine totius hereditatis, tamen reipsa gessisti negotium totius hereditatis, & consequenter teneris eo nomine heredibus, qui post adierunt Titianam hereditatem; nec enim tam spectamus, cujus nomine negotium gesseris,

quam

quam cujus reipsa gesseris: nam etiamsi primi negotium gesseris, cum existimares te agere secundi, inter te & primum est actio negotior. gestorum ultro citroque *l.5. §.1. & l.6. §. item quæritur, & duab. seq. l. qui utiliter, de negot. gest. l. in hoc judicium, comm. divid.* Atque ita in hac specie non teneris quidem coheredibus patris petitione hereditatis, quia tibi non possedisti, sed patri, sed teneris negotiorum gestorum, quia revera negotium hereditarium gessisti distrahendo, ut scilicet reddas pretia, quæ accepisti, coheredibus, quibus portio illa accrevit: patris autem heredibus non teneris eadem actione, vel alia ulla. Finge te fuisse exheredatum a patre aliis heredibus scriptis, an quod partem hereditatis adscriptam patri administrasti, teneris paternis heredibus? Minime, quia quod administrasti est Titianæ hereditatis, non paternæ: & hoc est quod proponit his verbis: Cum heredis, &c. Quod sequitur est obscurum. Contra sententiam hanc, quæ dictat, te non teneri heredibus patris a quo fuisti exheredatus, ejus negotii nomine, sed heredibus Titii negotior. gestor. actione, posset quis uti hoc argumento, cui respondet Papin. in sequentibus: *Actio negotiorum gestorum datur ei cujus nomine debitum exactum est, quamvis ei revera nihil debitum fuerit, l.6. §. item quæritur, & §. seq. de negot. gest.* Sed ut Latini & Græci supplent recte: *Exigitur, ut ratam exactionem habuerit:* nam ratihabitio constituit negotium ejus, quod initio ejus non fuit, licet sit gestum nomine ejus. Porro filius nomine patris administravit eam partem hereditatis, cum tamen non esset heres pater: erat enim ea portio pro non scripta, & pater pro non scripto, & distraxit res nomine patris. Ergo heredibus patris, inquies, danda est actio negotiorum gestorum, quia nomine patris tu illud negotium gessisti: nec refert, quod revera non fuit ejus negotium, sat est quod gessisti nomine patris. Papinian. respondet, nos in hanc rem abuti propositione, quæ sumpta est initio: neque enim species de qua hic tractatur, sive propositio, ut solet loqui Julianus, convenit cum specie, & propositione superiori: quia negotium quod tu gessisti nunquam fuit patris, qui eo tempore quo gessisti desierat esse in rebus humanis, quique illud ratum non habuit, quod omnino requirebatur: ratihabitio illud negotium non conciliavit, non fecit patris, qui desierat esse: ac propterea negotium illud non fuit hereditatis patris, sed hereditatis Titii, non fuit ergo heredum patris, nec susceptum est nomine heredum patris, nec gestum, ut non possit inde dari actio negotiorum gestorum heredibus patris: sed videtur esse alienum negotium, id est, hereditatis Titianæ: nam nomine patris gessisti, ut heredis Titii, qui tamen heres non erat: & ideo magis est, ut dicamus alienum esse nomen, alienam rem, alienum negotium, id est, hereditatis Titianæ. Ergo debere te pecuniam redactam restituere heredibus Titii, non heredibus patris. Et hoc est, quod voluit Papin. in seq. sed locus est valde depravatus etiam in Pand. Florentinis: sic enim legitur: *nam etsi negotiorum gestor. actio sit ei, cujus nomine perceptum est, ei cujus nomine restitui æquum est*: & verior est vulgata scriptura, quam sequuntur Basilica; *heic* tamen legendum est, non, *hoc*. Ergo sententia hæc est: quamvis debitum exactum nomine Titii, Titius repetat actione negot. gestorum, quamvis ei non sit debitum, dummodo ratum habeat, tamen *hic, ἐν ταῦθα* in specie proposita, quod nomine hereditatis non patris, sed alterius est perceptum, æquum est restitui hereditati: coheredibus ergo patris, non heredibus. Restat unus casus tantum de filio eodem, qui in specie eadem cum pater decessisset vivo testatore, hoc ignorans pecuniam ejus administravit, de eodem inquam filio non exheredato, sed herede patris. Idem filius, qui id negotium gessit ignorans patrem decessisse, heres exstitit patri, & quasi heres dicit ad se pertinere partem illam hereditatis Titianæ: Nam affirmat patrem decessisse post aditionem, *il met cela en fait*, non ante, atque ita adquisisse portionem illam hereditatis Titianæ. Facit igitur controversiam hereditatis pro par-
A te illa. Quæritur, an conveniri possit petitione hereditatis? Et ita videtur: possidet enim jam pro herede, aut si falsum titulum heredis sciens prætendit, id est, si falso sciens affirmat patrem decessisse post aditionem, possidet pro possessore. Sed contra non videtur teneri petitione hereditatis, quia neque pro herede possidet, neque pro possessore: etiamsi enim assumat nomen heredis, & contendat eam partem ad se pervenisse, quod ex ea parte adierit hereditatem Titii: tamen non potest videri eam partem possedisse pro possessore, vel pro herede: nam regula juris est, neminem sibi ipsi posse mutare causam possessionis *l.3. §. illud, l. quod, l. cui bona, §. ult. de adquir. possess. l.2. §. 1. pro her. l. non solum, §. quod vulgo, de usucap.* causam possessionis, id est, titulum. Filius possedit alieno nomine, hoc est, patris: non potest igi-
B tur efficere, ut possideat suo nomine, qui alii: non potest efficere, ut possideat sibi: non mutavit causam possessionis, ergo non tenetur petitione hereditatis, quia sibi non possidet. Sed longe aliter respondet Papinianus, & ab extraneo sumit argumentum ad filium. Finge: Quidam extraneus gessit negotium heredis, & debitor esse cœpit ex ea administratione, alii gessit, nunc facit controversiam hereditatis, cum pecuniam possidet ut heres, an teneatur etiam petitione hereditatis? Sic videtur, ut possessor juris, id est, ut debitor hereditarius. Ergo & filius tenetur ea actione, hoc est verissimum, *d. l. quod si diem, §. non solum*. Neque obstat illa regula: neminem sibi possessionis causam mutare posse: quæ ita procedit, ut nemo solus sibi mutare posit titulum possessionis nulla extrinsecus accedente causa, *l. cum nemo,*
C *C. de adq. her.* Sed nova quædam extrinsecus accedente causa potest mutari causa possessionis; non potest sibi mutare, sed potest sibi mutari re ipsa, re existente quadam nova. Finge: Fur rem furtivam possidet pro possessore: sed si rem dominus ei donaverit, incipiet possidere pro donato: mutavit causam possessionis, sed eam ipse non mutavit, sed dominus. In hac etiam specie dico accidere novam causam extrinsecus, quæ mutat titulum, cognitio scilicet mortis patris: hæc efficit per seipsam, non sola destinatio filii, ut, qui possidebat patri, quem vivere putabat, nunc faciens controversiam hereditatis possideat sibi. Cognitio erroris nova causa est, quæ patitur facile mutari titulum possessionis, & ita in *l. etiam, §. si quis absentis, de petit. her.* Quidam possidebat nomine absentis hereditatem totam, vel par-
D tem, & incertum erat, an absens ratum habiturus esset, nec ne: interim is, qui possidet absentis nomine hereditatem, non tenetur petitione hereditatis, quia non sibi possidet, sed alii: sed si postea ille ratam illam possessionem non habeat, tunc gestor ille videbitur suo nomine possidere pro possessore, quasi prædo, & tenebitur petitione hereditatis. Nam quod contigit, ut non habuerit ratum is, cujus nomine posidebat, hoc immutat titulum possesionis. Ratum non habere, est facere: non ipse sibi mutat, sed factum absentis, qui quod is gesit ratum non habet: & ita justa aliqua causa accedente potes dicere non tam mutare sibi quem causam possesionis, quam ei mutari: & hoc facile toleravit in ultima parte hujus legis, idemque evenire in l. pen. cum multi sunt instituti heredes, & inter eos, qui erant in Asia,
E qui ante testamentum relicto herede suo procuratore, & alio quodam: & hoc omne cum ignoraret procurator, partem hereditatis administravit, ex qua fuerat scriptus: ait eum teneri coheredibus domini petitione hereditatis, ut reddat eam pecuniam, videlicet, quod supplendum est, si is procurator, addendum est, faciat controversiam hereditatis, veluti possessor juris, id est, debitor hereditarius: nam gesit antequam adirent coheredes: hæc sunt, quæ erant adnotanda ad hanc legem.

Ad L. Si navis LXII. de Rei vindicatione.

Si navis a malæ fidei possessore petatur, & fructus æstiman-

mandi sunt, ut in taberna, & area, quæ locari solet: non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attigit, usuras præstare non cogitur: nam & si maxime vectura, sicut usura, non natura provenit, sed jure percipitur: tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur.

§. 1. *Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Julianus quoque probat.*

HÆc lex etiam est de petitione hereditatis, sicut duæ priores, & quæstio ejus est de æstimandis fructibus a judice in petitione hereditatis & in actione in rem speciali. In hac quæstione, ut notatur in *l. fructus*, *hoc tit.* separandus est malæ fidei possessor a bonæ fidei possessore, & hujus sententiæ verior summa hæc est. Post litem contestatam nullam esse inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem differentiam, scil. si quæratur de fructibus perceptis, aut percipiendis post litem contestatam: neque enim eos indistincte restituit: Sed differentia est inter eos quoties quæritur de fructibus perceptis, aut percipiendis ante litem contestatam: nam si conveniatur malæ fidei possessor, æstimantur fructus, qui percepti sunt ante litem contestatam, atque etiam ii qui percipi debuerunt, idque indistincte & percipiendi, idque indistincte, sive titulum habuerit malæ fidei possessor, sive non: quam tamen distinctionem Accurs. conatus est introducere perperam, sive ex his locupletior factus sit, sive non. Bonæ fidei vero possessor restituit fructus perceptos ante litem contestatam, nec tamen omnes, sed eos duntaxat ex quibus locupletior factus est, fructus percipiendi non æstimantur, quia cum esset bonæ fidei possessor, existimatur rem suam neglexisse. Porro in fructibus numeramus mercedem locationum, vecturas jumentorum & navium, *l. mercedes, de petit. her.* Finge: Is, qui mala fide possidebat navem alienam, nullum quæstum fecit ex ea, nulli eam locavit, & nullam vecturam tulit. Ait Papin. hoc loco, in petitione hereditatis, & in speciali vindicatione malæ fidei possessorem damnari domino navis, quod ex ea fructum non perceperit, quem dominus percepisset, si navem possedisset. Damnari igitur fructuum percipiendorum nomine. Idem esse ait, si tabernam, vel aream alienam mala fide possederit (nam & hæc locari solent) si igitur aream non locarit, perinde domino tenetur, ac si eam locasset. Denique præstat domino mercedes locationum etsi locationes nullæ intervenerint. Solere tabernas, ergasteria locari nemo est qui nesciat: locari nemo est: Solere etiam areas, id est, plateas locari, eas domini locant mercatoribus, ut in iis merces suas disponant. Itaque bonus paterfam. primo loco ponit areas & prata: & inde in *l. 7. de usufruct.* ad fructuarium pertinere obventiones ex areis. Et M. Tullius ad Varronem: *nos quantum ex areis habemus, &c.* nec pro areis est mutandum arcis. Areæ igitur locantur mercium disponendarum causa: quamvis alias non liceat fructuario ædificare in prædio fructuario. Sed casæ ædificium tolerabitur: nam ædificatur temporis causa tantum, non ut ibi perpetuo sit, & plerumque ductilis est, & sic *l. 3. in quibus caus. pign. vel hypot. & l. hujus, qui pot. in pign.* ostenditur, area locata merces in ea positas tacite pignoratas esse pro mercede, sicut pro pensione ædium, res ab inquilino invectæ & illatæ tacite pignori sunt, sicut & pro vectura res invectæ in navem, *l. 5. ad exhib.* Ergo, quod primum velim vos ex hac lege annotare, hoc est: malæ fidei possessorem, qui navem, tabernam, aream non locavit, nihilominus mercedes locationis domino præstare. Objicit huic sententiæ Papinian. quod constat inter omnes, malæ fidei possessorem, qui sciens possidet hereditatem alienam, quique pecuniam depositam, & inventam in hereditate non attingit, id est, non fœnori occupat, sed otiosam & sterilem habet, eum ejus pecuniæ usuras non præstare domino, quamvis petitio hereditatis, qua convenitur, sit bonæ fidei judicium: nam & idem servatur in aliis bonæ fidei judiciis, otiosæ enim pecuniæ usuræ non præstantur, *l. qui semisses*, §. *ul. de usur.* Ergo & malæ fidei possessor, qui non attrectavit pecuniam inventam in hereditate, ejus usuras non præstat: & hoc ita proponitur a Papiniano, & refertur ab Ulpiano, in *l. item veniunt. de petit. heredit. ex lib. 3. quæst.* Sed emendandum *ex sexto* per istam legem: & ait hoc loco Papinian. *pecuniam depositam* non intelligens pecuniam ex depositi contractu, sed depositam veluti præsidii causa, ut in *l. si chorus, de leg. 3.* Et eodem sensu *d. l. qui semisses*, *l. quamvis*, §. *ult. de pig. act.* pecunia deposita vel reposita, id est, præsidium; usuræ sunt vice fructuum, ut ait *l. usuræ, de usur.* usura est velut ususfructus, *l. 3. de usufr. ear. rer.* Hoc cum ita sit, sic arg si malæ fidei possessor, qui pecuniam non attigit, fructus, hoc est, usuras pecuniæ non præstat: cur tamen is, qui navem non exercuit, fructus, id est, vecturas præstat? & usuræ & vecturæ vice fructuum sunt, aut sane fructus civiles, qui ex obligatione civili percipiuntur, usuræ ex stipulatione, vecturæ ex locatione & conductione, *l. usura, de verb. sign.* Neque usura, neque vectura natura provenit, ut ait Papin. neque enim sunt fructus naturales; quia nec fructum fert pecunia, neque navis naturaliter. Neque ideo Aristot. dixit, usuram non esse secundum naturam, quod efficiat, ut videatur pecunia fructum ferre: alioqui neque vectura videretur esse secundum naturam: sed ideo quia locatio proprie in nummos non cadit: inventus est enim nummus ut ejus beneficio contraheretur emptio & venditio, non ut ipse interveniat in venditione, est ut ille ait μεταβολῆς, Plauto ἀνάγκης ἕνεκα, fœneratio est veluti locatio pecuniæ, usura merces: navis tamen recte cadit in venditionem & locationem, nec possis etiam dicere, vecturam, non esse secundum naturam, imo est: sed usura non secundum naturam est: nam utimur navi dum eam locamus, nummis abutimur, eos collocamus fœnori: unde merito quæritur, cur malæ fidei possessor, qui pecuniam non exercuit, usuras non præstet, & tamen malæ fidei possessor, qui vecturas non exercuit, vecturas præstat? Huic objectioni respondet Papinianus, & est valde præclara hujus legis sententia, magnam rationem differentiæ esse inter vecturam & usuram, inter collocationem pecuniæ & navis: nam pecunia collocatur periculo dantis, non domini, navis locatur periculo domini: non est igitur culpandus malæ fidei possessor, qui noluit se conjicere in periculum pecuniæ fœnori occupatæ, qui noluit adire istam aleam amittendæ ejus pecuniæ, puta debitore pauperiore facto: verum culpandus, si quod potuit facere sine suo periculo, non fecerit, ut si navem idonea tempestate non locaverit. Pecunia locatur periculo dantis, ut si tutor pecuniam pupilli locaverit, illud periculum ad tutorem pertinet, non ad pupillum. Idem est in curatore civitatis, *l. ult. §. pen. de administr. rer. ad civit. pertin.* quia debuit eam collocare melioribus nominibus, aut si forte elegit idonea nomina, debuit in tempore ea exigere, & appellare. Denique periculum nominum ad eum pertinet, qui ea contraxit, non ad dominum, etiamsi forte is cui pecuniam credidit fiat non solvendo. Is, qui credidit, domino tenetur, ut refundat eam pecuniam. Et hoc est, quod ait Papinianus, *cum pecunia periculo dantis fœneretur:* non est igitur incusandus malæ fidei possessor, qui noluit pecuniam collocare, quia licebat ei periculum refugere: sed incusandus est, si navem non locaverit idonea tempestate, nam potuit eam locare absque suo periculo, præstat enim dolum tantum, & culpam, non casum fortuitum, non naufragium. Igitur culpa vacat, si idonea tempestate navem navigatum miserit nec si vi majore perierit navis, eum casum petitori præstat. Sciendum, me nullo modo concedere, quod ad hanc legem adnotavit Accurs. malæ fidei possessorem pecuniæ usuras, quas percepit, non præstare domino: de usuris percipiendis non tenetur domino, ut diximus; de ceteris fru-

fructibus tenetur, & dicit eadem ratione id fieri, quia eas collocavit suo periculo. Hoc non admitto: refragatur *l.* 1. *C. de pet. her. l.* 1. *C. de his quæ ut ind.* & quod dicitur generaliter, omne lucrum esse auferendum malæ fidei possessori, *l.* 28. *de pet. her.* ergo & usuræ sunt auferendæ, quas percepit. Nec moveor *l. si unus*, §. *si unus*, *pro soc.* quam adfert A. Socius pecuniam communem communi periculo collocavit: commune erit lucrum, communes usuræ. Rursus finge: socius communem pecuniam suo nomine collocavit, & usuras percepit, an eas communicabit? minime, quia non quæritur de aliena pecunia fœnori occupata, sed communi, cujus ipse periculum adire voluit: cum suum fecerit periculum solidum, æquum est ei relinqui usuras. Non est ei invidendum lucrum: & alia est causa alienæ pecuniæ, & longe alia communis. Utitur etiam Accurs. *l. postulante*, §. *ult. ad SC. Trebell.* Finge: heres rogatus restituere hereditatem sub conditione, ea pendente pecuniam hereditariam collocavit, & usuras percepit: hæ usuræ non veniunt in restitutione fideicommissi, ut cujus periculum fuit, ejus sit etiam lucrum. Et hic casus non est nostro similis: est enim de propria pecunia, non aliena. Interim hereditaria pecunia est heredis antequam venerit dies, vel conditio fideicommissi. Concludamus igitur: malæ fidei possessorem præstare usuras, quas percepit, non etiam quas percipere potuit; de ceteris omnibus fructibus teneri etiamsi non perceperit, quos percepit, vel percipere potuit, quia potuit eos percipere citra ejus periculum, non item fœnus. Ad hæc Papin. addit generalem regulam in §. *ult.* de fructibus æstimandis. Tota igitur quæstio est de officio judicis. Æstimantur ergo fructus percipiendi, cum agitur cum malæ fidei possessore, vel speciali in rem actione, vel petitione hereditatis: nihil refert utrique hæc lex communis est: & generaliter non tam spectandum esse ait, quos esset percepturus malæ fidei possessor, ut in eos condemnetur, etiamsi non perceperit; sed inspiciendum, quos percipere potuisset dominus, si eam rem possedisset: damnatur ergo malæ fidei possessor, non in eos quos ille percipere potuisset, sed quos dominus honeste. Et placet quod ait, *constat animadverti debere*: quibus etiam verbis ostenditur hic agi de officio judicis: animadverti scilicet ab ipso judice æstimationem fructuum. Sic in *l. cum te*, *si cert. pet.* & *in l. mora fieri*, *de usur.* cum quæritur, an mora facta sit, animadverti debere ait, a judice scilicet: nam judex est justus æstimator moræ: Jurisconsultus non potest æstimare, sed judex est ejus rei arbiter & disceptator, *d. l. mora*.

Ad L. Si urbana LV. de Condict. indebiti.

Si urbana prædia locaverit prædo: quod mercedis nomine ceperit ab eo, qui solvit, non repetetur: sed domino erit obligatus. Idemque juris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit, aut exercuerit. Item mercedibus servorum, quorum opera per ipsum fuerint locatæ. Nam si servus non locatus mercedem ut domino, prædoni retulit, non fiet accipientis pecunia. Quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, quia non est liberatus solvendo. Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici: tunc locum habet cum domini fructus fuerunt.

QUæstio hæc conjungenda est cum superiore, nam utraque est de fructibus, utraque pertinet ad materiam de petitione hereditatis, de qua potissimum Papinianus eodem libro tractavit. Ex superioribus intelleximus malæ fidei possessorem, qui rem alienam locavit, teneri domino petitione hereditatis, ut præstet mercedes locationum, quas percepit: nunc videamus, an idem etiam teneatur condictione indebiti ei, a quo mercedes accepit, quasi is non deberet malæ fidei possessori solvere, sed domino. Et hoc primum Pap. tractat in prædone, seu malæ fidei possessore, qui locavit urba-

A na prædia, sed & tractari quidem potest in eo, qui locavit rustica prædia, & qui mercedes accepit: & ait, conductorem non posse condicere, quod solvit, quia ei debuit ex contractu locationis, non domino, & pecuniam accipientis fecit, & liberatus est: cui ex solutione contigit liberatio, is non habet condictionem indebiti: nam quicunque liberatur, recte solvit: condictio indebiti parata est tantum solventi perperam: non tenetur igitur prædo condictione indebiti conductori a quo mercedem accepit, sed domino tantum, ut mercedem quam accepit, reddat; & tenetur petitione hereditatis, quæ mixta est actio, & continet personales præstationes: vel si non sit controversia de hereditate, tenetur condictione sine causa, quod ex re aliena pecunia sine causa acceperit, vel ex injusta causa: dixi conductorem, cui prædo locavit,
B quique prædoni mercedem retulit, mercedem fecisse accipientis prædonis: dices, mercedes sunt loco fructuum, malæ fidei possessor sive prædo fructus suos non facit, nec mercedes igitur. Est vera propositio, verissima assumptio, rectissima conclusio. Nos dicimus, pecuniam factam prædonis, quam solvit conductor, quæ loco fructus est: prædo igitur facit fructus suos, sic respondendum: per seipsum non facit fructus suos, etiamsi ipse eos percipiat, sed per alium potest facere fructus suos, ut per conductorem, qui bonæ fidei possessor fuit, vel etiam per creditorem suum, qui bona fide pignus accepit, *l. si pignore*, §. *si prædo*, *de pign. act.* Cujus species est relatu dignissima. Prædo rem alienam creditori suo pignori dedit: soluto debito agit pigneratitia, ut sibi reddatur pignus: an in hanc actionem venient etiam fru-
C ctus? an pigneratitia agere potest de reddendis fructibus quos percepit creditor, vel imputabit in sortem, vel usuras? cum non fuisset contracta ἀντίχρησις. Et ait, eum etiam acturum pigneratitia actione de fructibus. Atqui fructus suos non facit prædo, sed vindicantur a domino, si extent, vel consumpti condicuntur condictione sine causa, vel injusta causa: cur ergo ei detur actio de fructibus, quos suos non facit? Imo vero in hac specie suos facit, quia prodest ei, quod creditor bonæ fidei possessor fuerit: quæ verba sunt obscura. Sed res ita se habet; si prædo fructus decerpat, & colat, ipse fructus suos non facit, dominus prædii eos vindicabit quasi suos. At creditor, qui bonæ fidei possessor fuit, videtur eos fecisse suos, ac perinde per eum etiam prædo cui restituitur res pignerata cum fructibus a creditore perceptis: nec est no-
D vum, ut quod quis per se non habet, per alium habeat, *l. Aristo*, *quæ res pig. dar. l. cum her. de adq. her.* Per conductorem igitur & creditorem, qui bona fide possedit, etiam prædo fructus suos facit, nec domino obligatur eorum nomine rei vindicatione, aut cum eo dominus agere non poterit rei vindicatione, sed aget petitione hereditatis, vel condictione sine causa cum prædone. Hoc cum docuisset Pap. de pensionibus prædiorum urbanorum subjicit idem esse in vecturis navium, si prædo navem alienam locaverit, aut exercuerit, & vecturas acceperit. Aliud est locare navem, aliud exercere. Nam exercet navem etiam, qui non locat, sed qui mandat magistro, qui quasi institor est, curam totius navis: ea lege, ut ad se pensionem & reditus perveniant, quo nomine est actio mandati exercitori in magistrum, *l.* 1. §. *magistrum l. si*
E *eum, qui, de exercit. act.* Quocirca non recte condicit magister navis vecturas, quas retulit exercitori, quandoquidem referre obligatus erat judicio mandati; sed exercitor eas vecturas, quas accepit, cogitur reddere domino navis. Idem omnino servari ait Pap. in mercedibus servorum, si prædo servi alieni operas locaverit, & mercedes acceperit: nec enim eas condicet, qui prædoni solvit, sed dominus recte aget cum prædone, & intendet eas sibi dari oportere. Et hoc est quod continetur prima parte hujus legis. Secunda pars hujus legis non est de prædone, qui domum, vel navem, vel operas servi locavit, sed de servo ipso, quem mala fide prædo possidebat, qui seipsum locavit, hoc est, operas suas, & mercedem prædoni ut domino suo retulit: hoc casu Papinian.

nian. ait, eam mercedem non fieri accipientis, prædonis A scilicet: & nihil addit præterea. Papinian. putabat posse satis intelligi ab omnibus quod prætermittebat. Neque tamen id videtur Accursius intellexisse: vult enim domino servi dari ejus pecuniæ vindicationem, si extet, vel si sit consumpta, condictionem sine causa, vel ex injusta causa, cum tamen tota hæc lex sit de condictione indebiti, ut titulus indicat, & omnino sunt tres casus in hac lege. Primo casu prædo non tenetur condictione indebiti, duobus aliis tenetur: & debuit Accursius dicere: & ideo is, qui mercedem solvit servo, qui suas operas locaverat, quam deinde prædoni servus retulit, adversus prædonem habet condictionem indebiti, qui ratum habuit, quod servus fecit, id est, qui relictam pecuniam accepit, qui scilicet conductor non ei debuit mercedem, sed domino servi; & consequenter, non est liberatus sol- B vendo mercedem servo, cui solventi non contingit liberatio, ei datur condictio indebiti: non liberabitur is, cui servus conduxit operas suas, si servo solverit mercedem sine voluntate domini, quamvis servus eam non sibi retinuit, sed possessori retulit, quia tenetur adhuc vero domino ex locato: merito igitur condicet, & repetet tanquam solutum per errorem. Objicitur *l. 1. §. si rem a servo depos.* Res a servo apud me deposita est, ego eam reddidi Titio, quem putabam dominum servi, cum non esset, vel eam reddidi servo, ut perferret ad Titium, an sum liberatus, an domino est integra adversus me actio depositi? quod negat *d. l. 1. §. si rem*, & ait domino competere adversus Titium, cui res restituta est, actionem ad exhibendum, & rei vindicationem si exhibuerit: Verum longe alia est ratio depositi, alia locati & cond. Nam de- C positarius dolum præstat, non culpam. Et hoc casu depositarius vacat dolo, error est non dolus: at conductor præstat etiam culpam, *§. pen. Institut. de loc. & cond.* Nam conductor debet esse curiosus & diligens, & inquirere, quis sit verus dominus servi, qui seipsum locavit, & in culpa est si eam diligentiam non adhibuerit, si cuilibet solverit: si persuadenti se esse dominum servi. Tertius casus hujus legis est de vero domino, qui domum aut navem locavit, aut aliam rem. Primus casus fuit de prædone, qui seipsum locavit, tertius est de domino, qui locavit rem suam. Finge: dominus rem suam locavit, sed postea prædo mercedes exegit, dominus contraxit locationem: prædo nactus possessionem ejus rei, mercedes accepit: hoc casu etiam prædo tenetur condictione indebiti ei, qui solvit per errorem, quia solvendo non est D liberatus, cum pecuniam non fecerit accipientis, alias non liberatur nisi fecerit, & perfecte, *l. cum quis, §. qui hominem de solut.* Denique non se liberat, merito igitur condicit quasi indebitum quod prædoni solvit. Primum si dico, non se liberavit a domino eodem locatore, qui per errorem prædoni solvit. Contra dices (quod objicit Accursius) imo ignorantia proficere ei debet ad liberationem, ut in *l. ejus, qui in provincia, de reb. credit. l. inter, §. 1. mand.* quod negandum est: nam non proficit ad liberationem: alioquin omnes liberarentur prætextu ignorantiæ; neque enim quælibet ignorantia est justa & probabilis, & justa tantum ignorantia parit liberationem, ut si præcesserit mandatum, & solveris tardius tamen extincto mandato morte mea, ignorans, me esse mortuum; hoc casu ipso jure liberaberis, quod E antecesserit mandatum. Sed nullo præcedente mandato, si quis solverit falso procuratori, vel ei cui falso existimat se solvere voluntate creditoris, non liberatur, *l. qui hominem, §. si nullo, de solut.* Repetamus quod ante diximus, non liberatur a locatione, qui prædoni solvit per errorem; sic est, sed si postea prædo quod percepit, restituat domino & locatori, ipso jure contingit liberatio, *l. sed etsi lege, §. certe, de petit. hereditat.* (ex Julian. 4. ff. sed legendum 54. id ex *l. qui hominem, §. si nullo, de solut.*) & ita etiam in *l. si quid possessor, §. ult. de petit. hereditat.* in quo refertur eadem Juliani sententia, legendum est 54. His autem tribus casibus propositis Papinianus concludit ita, & hanc conclusionem posses facere quartam partem hujus legis, id quod vulgo dicitur, fructus prædoni condici posse, condictione scilicet indebiti, de qua tota lex est, qui ei soluti sunt: vulgaris est hæc sententia. Sed concludit Papinianus hanc sententiam esse intelligendam de fructibus, qui domini fuerunt, id est, de fructibus, qui domino debiti fuerunt, ut secundo casu & tertio. Secundo, quia servus ipse locationem contraxerat: tertio, quia dominus ipse contraxerat. His igitur duobus casibus fructus prædoni solutos, quasi indebitos condici posse. Id autem intelligendum non est de fructibus qui fuerunt prædoni debiti, ut primo casu cum prædo locationem contraxit, hi non condicuntur prædoni ab eo, qui solvit: quique liberatus est solvendo. Et perperam Accurs. hanc generalem conclusionem refert tantum ad secundum casum, non etiam ad tertium: nam utroq. casu fructus domino debiti fuerunt, & ei qui solvit prædoni est condictio indebiti. Deinde etiam male Accurs. vulgarem illam sententiam accipit de condictione fructuum a prædone perceptorum, & consumptorum, quæ datur domino: hæc vero condictio est condictio sine causa vel injusta causa, quod constat ex *l. 3. C. de cond. ex leg.* non est condictio furtiva, ut hic Accursius, quia non omnis malæ fidei possessor fur est, aut invasor, licet prædo appelletur passim, nam prædo non semper nobis invasor est, sed quilibet improbus & inverecundus possessor, ut a Græcis dicitur *ἀναίσχυντος νομεύς*, qui sciens insidet rei alienæ. Item non est condictio incerti illa generalis, nam fructus percepti maxime certi sunt, & incerti condictio non datur nisi de futuris fructibus, qui maxime incerti sunt, non de præsentibus, *l. ubi autem, §. illud de verb. obl.* Ergo vulgaris illa sententia accipienda est de condictione indebiti, quæ non domino, sed ei qui solvit datur, sive extantes, sive consumpti sunt. Et omnino sententia hæc est: fructus solutos prædoni quasi indebitos condici posse ab eo, qui solvit; quam tamen sic accipiendam esse ait Papin. si fructus domino fuerint debiti, ut secundo & tertio casu, non etiam si prædoni, ut primo casu.

Ad L. Vulgo II. de Usuris.

Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa præstetur: cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus, partumque editum restitui oportet.

EA mens Papiniani est, ut ostendat, non tantum in actione in rem, sed etiam in personam, officio judicis post litem contestatam omnem causam præstari. Causa est omne quod actor habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ ei reus satisfecisset, *l. præterea, de rei vind. l. cum fundus, in prin. de reb. cred.* In omnibus igitur his judiciis, vel in rem, vel in personam præstantur fructus percepti post litis contestationem: imo & percipiendi, quos scilicet actor percepturus fuisset, si ei rem de qua agitur possidere licuisset. Et quamvis Papinianus dicat, fructus postea captos restitui, non ideo sequitur captos tantum restitui: non possunt auctores exprimere omnia: ideoque addendum est, etiam capiendos fructus restitui: alioqui ex *l. si fundum, C. de rei vind.* qua plerique abutuntur, tu colligeres, malæ fidei possessorem non reddere rationem fructuum percipiendorum, non præstare fructus percipiendos, quod dicat præstare eum fructus perceptos, sed non adjicit taxationem, fructus perceptos tantum: constat malæ fidei possessorem semper præstare fructus percipiendos, vel ante vel post litem contestatam: & hoc est proprium in malæ fidei possessore, ut patiatur rationem fructuum, quos percipere debuit ante litem contestatam, non item in bonæ fidei possessore. Nam post litem contestatam nulla est inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem differentia. Et hoc est quod dicitur, *Omnes possessores post litem contestatam esse pares, esse prædones, præstare scil. fructus perceptos & percipiendos*: quo tamen dicto non debemus uti ad omnia: nam falleret nos sæpenumero, ne-

que enim per omnia verum eſt, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores eſſe pares, quod poteſt demonſtrari duobus exemplis. Finge: Homo, de quo lis eſt conteſtata, poſtea mortuus eſt, an ejus hominis nomine damnabitur bonæ fidei poſſeſſor? minime; Bonæ fidei poſſeſſor fatum, ſeu mortalitatis caſum non præſtat poſt litem conteſtatam, malæ fidei poſſeſſor præſtat, *l. illud, de pet. her. l. utique, de rei vind.* Item quod poſt litem conteſtatam bonæ fidei poſſeſſor adquirit per ſervum, qui petitus eſt, ex re ſua, id non venit in reſtitutionem, *l. præterea, de rei vind.* quod tamen reſtitueret malæ fidei poſſeſſor, ut etiam per eum hominem parta ex re ſua poſt litem conteſtatam, *l. 1. C. de rei vind.* Sed quod attinet ad fructuum rationem, vel etiam uſurarum, verum eſt, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores eſſe pares, & ſufferre æſtimationem non tantum captorum, ſed & capiendorum fructuum, & non fructuum tantum, ſed etiam omnis cauſæ: nam & præſtare debent partus editos, ut hæc lex ait, & *l. partum, h.t.* comparantur partus cum fructibus. Fuit hæc vetuſta quæſtio, an partus eſſet fructibus annumerandus: ſed obtinuit non eſſe: homo non eſt in fructu, cujus cauſa natura omnes fructus profert. Præſtantur etiam poſt litem conteſtatam omnia commoda, emolumenta, & ut uno verbo abſolvamus, omne id quod intereſt actoris, etiam in ſpecie *l. nummis, de in lit. jur.* quam citat Accurſius, quia etiam cauſæ nomine continetur id, quod intereſt, *l. pecuniam, de compenſ.* nihil non comprehendit cauſa. Ergo intelligimus, quid ſit quod ait Papinianus indiſtincte, ſive agatur in rem, ſive in perſonam, cauſam præſtari poſt litem conteſtatam: addendum eſt etiam, officio judicis; nec enim petitur cauſa, ſed venit officio judicis. Sed nondum intelligemus, quæ ſit vis hujus ſententiæ, & prius inſpiciendum eſt, quo jure id ſit introductum, conſtat cauſam præſtari officio judicis in actionibus in rem, *d. l. præterea.* Sed notandum id originem ſumere ex 12. tabul. quæ in vindiciis, id eſt, in actionibus in rem fructus æſtimant duplione, ſi poſſeſſor rei alienæ victus fuerit. Volunt enim duplos fructus præſtari ex tempore litis conteſtatæ his verbis: *Si vindiciam falſam tulit, ejus rei ſive litis arbitros tres dato, eorum arbitrii fructus duplione damnum decidito.* Et inde Paulus 5. Sent. ex die accepti judicii, id eſt, ex tempore litis conteſtatæ duplos fructus præſtari: & D. Ambroſius in Epiſt. 24. *Cum adverterem*, inquit, *eum, ſi viciſſet, acturum de duplis fructibus*, & ita in *l. 1. C. Theodoſ. de uſur. rei ju. l. 1. C. Theod. de fructib. & ſump. lit.* & hi ſunt, qui in his libris duobus locis dicuntur majores fructus, id eſt, dupli, qui in rei æſtimatione in reſtitutionem veniunt, *l. reſcriptum, §. 1. de diſt. pig. l. 6. §. ult. mand.* Inde intelligitur quod ait *l. Julian. §. quantum, ad exhib.* in actione ad exhibendum, quæ ſcilicet datur propter vindicationem (nam vindicaturus deſiderat rem ſibi exhiberi) in ea, inquam, actione ſicut in actione in rem venire fructus poſt litem conteſtatam, & æſtimari ſecundum leges 12. tabul. ſcilicet æſtimari duplione. Igitur loquitur l. 12. tab. de fructibus tantum, ſed porrigitur ab Interpretibus etiam ad partus, & commoda, & ad omnem cauſam, *l. Julian. §. idem, de rei vind.* Igitur ex mente 12. tab. omnis cauſa eſt duplanda poſt litem conteſtatam: hodie non duplatur. Ergo ſi quis quærat, quo jure poſt litem conteſtatam cauſa præſtetur in actione in rem, dicemus id fieri ex 12. tab. non idem dicam in actione in perſonam. Nam neque 12. tab. neque alia lege idem eſt introductum in actione in perſonam: ſed prudenter ait Pap. vulgo id receptum eſt, id eſt, hoc jure utimur, *l. cum fundus in princ. de re. cred.* & ex opinione ſcilicet: nam & opinionem hanc appellat Pap. ex opinione, inquam Sabinianorum, ut oſtendit *l. videamus, §. ſi actionem, h. tit.* Nam Proculiani nec poſt litem conteſtatam in actionibus in perſonam admittebant haberi rationem cauſæ, quæ rem ſequeretur, de qua erat actio: ſed obtinuit opinio Sabinianorum cujus, ut heic ait Pap. ratio eſt ſumpta ex æquitate, ut ait *d. §. ſi act.* quod æquum ſit tale quidque dari, quale fuit cum peteretur, id eſt, cum lis conteſtaretur: Præſtanda igitur omnis ea cauſa, etiamſi ſit actio in perſonam, non in rem: & lex ea loquitur tantum de actione in rem. Et ita in *l. 8. de re jud.* oſtenditur, in actione ex ſtipulatu, quæ eſt in perſonam & valde ſtricta actio, hac nulla magis ſtricta, fructuum rationem haberi a tempore litis conteſtatæ. Et ſic in *l. 3. §. in his, h. t.* In his etiam judiciis, quæ neque ſunt arbitraria, neque bonæ fidei poſt litem conteſtatam omnem cauſam eſſe præſtandam in eum diem quo ſententia dicitur, quibus verbis ſignificat, non tantum in actionibus arbitrariis, vel bonæ fidei, ſed etiam in actionibus maxime ſtrictis, poſt litem conteſtatam omnem cauſam præſtari. Ad quam ſententiam notandum, etiam in bonæ fidei judiciis pleraque præſtari ante litem conteſtatam. Certum eſt indiſtincte in omnibus judiciis cauſam præſtari poſt litem conteſtatam; ſed ſi quæratur, an ante litem conteſtatam, tum ſeparanda nobis ſunt judicia alia ab aliis. In actionibus bonæ fidei fructus omnimodo præſtantur, etiamſi mora non intervenerit, nec lis ſit conteſtata, *l. vid. §. pen. h. t.* Actio enim ex empto vendito non tantum rem præſtat, ſed & fructus captos poſt venditionem etiam ante moram. In judicio pro ſocio communicantur etiam fructus. In judicio communi dividundo dividuntur etiam fructus. In judicio dotis reſtituuntur etiam fructus percepti ante nuptias: Nam percepti in matrimonio cedunt lucro mariti pro oneribus matrimonii. Et generaliter in actionibus bonæ fidei fructus omnino ſunt præſtandi, id eſt, ſive mora intervenerit, ſive non, ſive lis conteſtata fuerit, ſive non. Et hoc diſtant fructus ab uſuris, quæ in bonæ fidei judiciis non præſtantur niſi ex mora, niſi mora damnum intulerit, *l. mora, §. in bonæ fidei, h. t.* Habuimus unam differentiam in *l. ſi navis*, quod uſuras non præſtat debitor, qui pecuniam non exercuit, nauta fructus præſtat, id eſt, vecturas, qui navem non exercuit. Addamus hinc differentiam iſtam, & utramque ad *l. uſuras, h.t.* dum ait uſuras vicem fructuum obtinere: nam his duobus caſibus ſeparandæ uſuræ a fructibus. Notandum etiam actiones legatorum & fideicommiſſorum ſemper comparari judiciis bonæ fidei, ſed non omnia quæ illis inſunt. An dices fructus legatorum vel fideicommiſſorum præſtari ex die mortis ante moram? minime: ſed ut uſuræ legatorum & fideicommiſſorum, ita & fructus præſtantur tantum ex mora, ſi qua anteceſſerit litis conteſtationem, *l. 3. §. 1. h. t. l. ult. C. de uſur. & fruct. leg.* Illa igitur differentia inter uſuras & fructus, locum tantum habet in bonæ fidei judiciis, non in actione ex teſtamento, vel in perſecutione fideicommiſſi: nam ex mora tantum præſtandorum legatorum debentur uſuræ & fructus. Dices, cur in actione bonæ fidei veniunt fructus percepti ante litem conteſtatam? hoc fit poteſtate hujus judicii, & formulæ ipſius prætoris: nam ita agitur his: *quod ex bona fide dari oportet*, & ut Scævola dicebat, *bonæ fidei nomen latiſſime manat*, id eſt, complectitur fructus, & omnem cauſam & uſuras. Igitur, quas æquum eſt præſtari poſt litem conteſtatam, non ante veniunt in hæc judicia, ut damnum ſarciant quod fecit actor, non etiam ut eum lucro afficiant. Et ex ratione formulæ ſumitur etiam, quod proditum eſt, in *l. illud, de pet. her.* in petitionem hereditatis venire fructus etiam perceptos ante litem conteſtatam, & percipiendos, ſi ſit malæ fidei poſſeſſor, & perceptos, ſi ſit bonæ fidei, modo ex his factus ſit locupletior. Igitur in petitione hereditatis venire fructus ante litem conteſtatam, quia petitionis hereditatis hæc eſt formula; *Si hereditatem Titianam meam eſſe paret.* Et hereditatis incremento fructus accedunt, ſicut de equitio dicitur in *l. 39. hoc tit.* quæ oſtendit, multum intereſſe, an equi legentur, an equitium. Nam equis legatis fœtus hi tantum debentur, qui ſunt nati poſt moram: legato equitio debentur fœtus etiam, qui ſunt editi ante moram, quia equitium eſt nomen juris univerſi, quod continet etiam fœtus, ſive fructus. Hereditas eſt nomen juris quod comprehendit etiam fructus, id eſt, qui petit hereditatem, & fructus petit; non veniunt fructus in pe-

titio-

titionem hereditatis officio judicis, ſed vi & poteſtate ipſius judicii ſive formulæ. At in actione ſpeciali in rem utimur verbo rei, *hanc rem meam eſſe ajo*: quod quidem nomen nudum corpus ſignificat: & ideo in actione in rem non veniunt fructus percepti ante litem conteſtatam, non veniunt poteſtate actionis, quia rei nomine non intelliguntur fructus, niſi adhuc pendeant, & cohæreant rei: nam pendentes ſunt pars corporis, ſed qui re ſeparati ſunt, jam non ſunt pars ejus rei, nec nomine rei comprehenduntur, aut rei petitione: non veniunt igitur *l. 2. C. de petit. hered.* non veniunt etiam officio judicis antecedentes fructus, id eſt, qui capti ſunt ante litem conteſtatam, ſed ſequentes tantum, *l. ſi fundus*, §. *interdum, de pign.* Notanda eſt maxime illa differentia inter petitionem hereditatis, & actionem in rem. Ratio differentiæ, ut dixi, eſt ſumenda ex formula, qui hereditatem petit, fructus petit, non etiam qui rem petit. Et inde obſervanda eſt ratio *l. heres*, §. *ult. de pet. hered. & l. neque, hoc tit. l. eum qui, de his quib. ut ind.* quibus locis tractatur hac de re, an fructuum uſuræ debeantur (venditorum ſcilicet fructuum a poſſeſſore) & veniant in petitionem hereditatis? Et ita diſtinguit; aut pretia ex venditione fructuum redacta ſunt poſt litem conteſtatam, & uſuræ non debentur, quia ſcilicet ea pretia rerum, quæ diſtractæ ſunt a poſſeſſore poſt litem conteſtatam, ſicut fructus percepti poſt litem conteſtatam, petita non videntur: qui petit hereditatem, non petit etiam fructus, qui percipiuntur poſt litem conteſtatam: ſic nec intelligitur petita pecunia redacta poſt litem conteſtatam ex venditione rerum hereditariarum, ſed veniunt officio judicis non quaſi petita: ejus autem quod venit officio judicis nulla poteſt eſſe acceſſio, id eſt, acceſſionis nulla eſt acceſſio: quod venit officio judicis acceſſio eſt judicii, quia non continetur formula hujus acceſſionis. Igitur uſuræ non debentur. Alia eſt ratio fructuum, ſeu pecuniarum redactarum ante litem conteſtatam. Nam hi fructus petiti intelliguntur, non veniunt officio judicis, & huic petitioni facile accedunt uſuræ officio judicis. Hoc ita fit in petitione hereditatis, quæ ante conſtitutionem Juſtiniani multa habebat ex bonæ fidei judiciis: hodie omnino eſt bonæ fidei. Neque hodie ſervatur in condictione fructuum. Finge, malæ fidei poſſeſſor percepit fructus ex re aliena, antequam moveretur controverſia, eos diſtraxit & conſumpſit. Poſſunt condici fructus conſumpti a malæ fidei poſſeſſore condictione ex injuſta cauſa, aut ſine cauſa: an venient uſuræ? Minime: acceſſionem enim uſurarum non admittet ſtrictum condictionis judicium, quam admittet petitio hereditatis, *d. l. neque.* Extremum hoc erit, ut admoneamus, in actione in perſonam non venire fructus perceptos ante litem conteſtatam, niſi nominatim petantur, *l. partum, h. t.* Ante litem conteſtatam in actionem in perſonam non veniunt fructus, non cauſæ, niſi ſint bonæ fidei: Nam bonæ fidei nomen, quo utimur in formula, complectitur omnem cauſam. Et quandoq. etiam quamvis ſit ſtricta actio ratione formulæ, veniunt fructus capti ante litem conteſtatam, ut in actione Fabiana, vel Calviſiana, Pauliana, Quod metus cauſa, in interdicto unde vi, in interdicto fraudatorio, in interdicto quod vi aut clam: in his judiciis, etiam fructus reſtituuntur officio judicis, qui ad reum pervenerunt, vel pervenire potuerunt ante litem conteſtatam, ſi mala fides in eo argui poſſit, quoniam Prætor, qui dat ea judicia, utitur pleniore verbo, ſcilicet reſtituendi, quod habet pleniorem ſignificationem. Reſtituere eſt in integrum reſtituere, perinde atque ſi quod fuit nunquam fuiſſet: reſtituit igitur & fructus, hoc facit formula: ſicut Juriſconſulti veteres fuerunt obſervatores formularum, ita & nos eſſe debemus, quia ex his pleræque controverſiæ dirimuntur.

Ad L. XIV. de Publiciana in rem act.

Papinianus lib. 6. Quæſtionum ſcribit: Si quis prohibuit, vel denuntiavit ex cauſa venditionis rem tradi, quæ ipſius voluntate a procuratore fuerat diſtracta: & is A *nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur prætor, ſive poſſideat, ſive rem petat. Sed quod judicio empti procurator emptori præſtiterit, contrario judicio mandati conſequetur. Poteſt enim fieri ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non eſt uſus exceptione, quam debuit opponere: veluti, ſi non auctor meus ex voluntate tua vendidit.*

PErtinet etiam ad tractatum de rei vindicatione id, quod ex eodem Papiniani lib. refert Ulpian. in *l. Papinian. de Publ. in rem act.* Pertinet enim ad vindicationem, non quidem directam, & civilem, quæ domino datur, ſed ad utilem & Prætoriam, quæ datur bonæ fidei poſſeſſori ex juſta cauſa poſſeſſionis, non etiam per continuationem poſſeſſionis dominio adepto, ſi forte ante B impletam uſucapionem poſſeſſionem amiſerit, & res ab extraneo poſſideri cœperit: quæ actio appellatur Publiciana a Publicio Prætore, qui eam primus introduxit, quod ſcilicet æquius ſit eum, qui bona fide nactus eſt poſſeſſionem, rem habere, quam extraneum, qui eam tenet ſine cauſa. Ergo actio Publiciana eſt prodita præcipue adverſus extraneum poſſeſſorem. Actio Public. eſt proprie efficax tantum adverſus extran. poſſeſſ. qui ſine cauſa rem tenet, cujus poſſeſſionem amiſit bonæ fidei poſſeſſor. Adverſus dominum actio Publiciana eſt inefficax: quia æquius eſt dominum rem ſuam potius habere, quam bonæ fidei poſſeſſorem, & alium quemquam. Et hoc eſt, quod dicitur, actioni Publicianæ obſtare exceptionem dominii juſti, hanc ſcilicet, ſi non ea res poſſeſſoris ſit unde petitur, *l. pen. & ult. hoc tit. l. mandatum,* C *mand.* Sunt tamen caſus octo, quibus actio Publiciana datur utiliter adverſus dominum poſſidentem rem ſuam, quibus domino potior eſt bonæ fidei poſſeſſor, vel donatarius. Quinque caſus refert Accurſius in *l. ult. de Public. in rem act.* Sextus eſt in *d. l. mandatum*. Septimus in *l. ſi is cujus, ex quib. cauſ. maj.* Octavus eſt in *d. l. Papinianus.* Hunc ſolum tractabimus, quia hic ſolus refertur ex libro ſexto Papiniani. Ponamus ſpeciem hujus legis. Mandavi tibi, ut rem meam Titio venderes: vendidiſti, & pretium accepiſti, rem vero nondum tradidiſti: Ego prohibeo vel denuntio ne tradas (facit differentiam inter prohibitionem & denuntiationem. Denuntiatio fit ante traditionem: prohibitio initio traditionis) At tu contra quam prohibuiſſem, vel denuntiaſſem, nihilominus tradidiſti. Inde quæritur, ſi Titius ejus rei poſſeſſio- D nem amiſerit, & ea res forte ad me pervenerit, an poſſit Titius utiliter, id eſt, efficaciter mecum agere actione Publiciana, quamvis ſim dominus rei ejus? Et Papinianus dicebat utilem eſſe actionem. Nam ſi ego ei opponam exceptionem dominii, *ſi non ea res mea eſt*; Titius replicabit hoc modo, quæ formula ponitur in hac *l. ſi non auctor meus, eam rem ex tua voluntate vendiderit.* Hæc erat formula replicationis, quia non eſt æquum, ut Titio auferam rem, quam procurator meus ei vendidit mandatu meo, licet non tradiderit mandatu meo: quia omnimodo obligatus erat tradere, id eſt, implere venditionem factam mandatu meo. Et ſimiliter, ſi Titius poſſeſſionem ejus rei non amiſerit, & ego vindicem, Prætor tuebitur eum, nec potero ei rem auferre per vindicationem, quia tuebitur ſe Titius exceptione rei venditæ E & traditæ, cujus formulam expoſuimus initio: ſcilicet ſi Titius pretium ſolverit, antequam vetarem ei rem tradi: nam ſi vetuerim antequam pretium ſolviſſet, poſtea vindicanti mihi eam rem, exceptio non obſtabit, *l. 1. §. 1. de except. rei vend.* ſecundum quam legem recte Accurſius in hac *l.* quod non exprimitur, ſupplendum cenſet, *ut tu procurator meus vendideris, & pretium acceperis, deinde vetuerim rem tradere*. Et ita in *l. ſi a Titio, de rei vind.* in qua ponitur alius caſus, quo actio Publiciana datur bonæ fidei emptori adverſus dominum: ponitur eum pretium ſolviſſe, quod poni volumus etiam in hac l. Ergo ut diximus, ſi Titio res vendita ſit mea voluntate, & poſt tradita non mea voluntate, cum jam is ſolviſſet pretium, mihi vindicanti Titius objiciet exceptionem rei venditæ

& traditæ ſibi. Fieri tamen poteſt, ut non objiciat per ignorantiam, per errorem. Exceptiones ſunt facti, ut nos loquimur, id eſt, non inſunt judiciis arbitrariis, vel ſtrictis ipſo jure, ut poſſint ſuppleri officio judicis: objiciendæ & allegandæ ſunt: denique facti ſunt, non juris, nec poſitæ in arbitrio judicantium, ſed partium. Si exceptionem quam habes non opponis, ſequetur condemnatio; excipienda ſunt bonæ fidei judicia, quibus exceptiones inſunt, & etiam non oppoſitæ ſupplentur officio judicis. Summa vis eſt, ut dicebat Scævola, judiciorum bonæ fidei. Et inde obſervandum, non eſſe verum, quod plerique putant, actiones arbitrarias imitari actiones bonæ fidei. Actio in rem eſt arbitraria ſive ſit civilis, ſive honoraria, id eſt, Publiciana, & tamen omiſſa exceptio non ſuppletur officio judicis, ſed pro omiſſa eſt, eritque id tibi fraudi, qui exceptionem quæ tibi competebat omiſiſti: quæ tamen tibi fraudi non eſt in bonæ fidei judicio. Et ideo in actione in rem, quæ arbitraria eſt, non veniunt fructus capti ante litem conteſtatam, qui tamen veniunt in judicio bonæ fidei. Non igitur actio arbitraria imitatur actionem bonæ fidei, & vero media eſt inter actionem ſtrictam, & bonæ fidei, ſed magis accedit ad ſtrictam. Si ergo Titius non utatur exceptione rei venditæ & traditæ, condemnabitur, ſed condemnatus habebit regreſſum, ut Græci ἀναφορὰν, adverſus procuratorem meum, qui ei vendidit, habebit, inquam, regreſſum actione ex empto, quod ego ei rem abſtulerim, ſeu evicerim. Rurſus id a me procurator recipiet, quod ſolverit Titio evictionis nomine actione mandati, quia non potui efficere prohibitione, vel denuntiatione mea, quo minus rem traderet, quam vendiderat, & cujus pretium acceperat: inanis eſt igitur prohibitio mea, quia imtempeſtiva, poſt ſolutum pretium, videlicet, quæ eſt ſententia *l. Papinianus*.

Ad L. XLVII. de Manum. teſt.

Cum ex falſis codicillis per errorem libertas, licet non debita, præſtita tamen ab herede fuiſſet, viginti ſolidos a ſingulis hominibus inferendos eſſe heredi, Princeps conſtituit.

§. 1. Sed ſi conditionis implendæ gratia ſervum inſtitutus manumiſerit, ac poſtea filius de inofficioſo agendo tenuerit, vel teſtamentum falſum fuerit pronuntiatum, conſequens erit, idem in hac ſpecie fieri, quod in falſis codicillis conſtitutum eſt.

IDem Papinianus eodem libro, quod tractat *l.* 47. *de manum. teſt.* poteſt etiam referri ad vindicationem, puta, ad petitionem hereditatis de inofficioſo vel falſo teſtamento. Finge: Heres ex falſis codicillis cum per errorem exiſtimaret eſſe veros, ſervo libertatem præſtitit: poſtea cognovit eſſe falſos: cognovit errorem ſuum: an poteſt revocari libertas? Minime: nam jure data eſt a domino, ſervo ſuo ſcilicet; ſed æquum eſt ei ſubveniri, ne damnum ſervi faciat temere, & inconſulto manumiſſi, ita ſcilicet ut cogatur ſervus manumiſſus ei præſtare æſtimationem ſui, id eſt, viginti aureos, ex Conſtitutione Adriani non favore libertatis: neque enim ullo modo poterat revocari: ſed in gratiam dominorum, qui errore decepti ſervos manumiſerunt, *l.* 2. *C. de fideicomm. libert. l. pen. in fine, de jure patronat.* Adrianus definit æſtimationem ſervi; voluit enim pro capite ſingulorum qui manumiſſi eſſent ſolvi vicenos aureos. Hæc fuit æſtimatio vulgaris ſervorum, & alii quidem aliis pretioſiores erant, ſed æſtimatio vulgaris erat viginti aureorum: *l. ſi fundum*, §. *ſi libertas, de leg.* 1. *l.* 4. *C. de ſerv. fugit.* Ergo cum heres per errorem ex falſis codicillis præſtitit libertatem beneficio conſtitutionis Divi Adriani, ſervus manumiſſus cogetur ei ſolvere & dependere pro pretio ſui viginti aureos. Hoc cum ita eſſet conſtitutum ab Adriano, a Juriſconſultis porrectum eſt etiam ad ſequentem ſpeciem. Finge: Heres inſtitutus eſt ſub conditione, ſi ſervum ſuum proprium manumiſerit, conditionis implendæ cauſa manumiſit ſervum ſuum proprium, non hereditarium: deinde teſtamentum reſciſſum eſt querela inofficioſi, & evicta hereditas heredi ſcripto, vel etiam teſtamentum falſum eſſe pronuntiatum eſt: non revocabitur libertas, quæ jure data eſt a domino: ſed æquum eſt, ne fruſtra heres ſervum ſuum perdat ſine emolumento aliquo, ut ſervi pretium a manumiſſo recipiat, id eſt, 20. aureos, *l. ſi ſub cond. de inof. teſtam.* Et hi ſunt duo caſus qui notantur in hac lege. His tria obſtant. Primum *l.* 31. *ſi mulier, de minor.* cujus ſpecies eſt. Heres ſcriptus adivit hereditatem, & ſervo hereditario præſtitit libertatem fideicommiſſariam; poſtea reſtitutus eſt in integrum beneficio ætatis abſtinendi cauſa; ad quem tranſeunt bona? Ad proximum ſucceſſorem, non jure legitimo: nam qui ſe abſtinuit, heres quidem manet jure civili: ſed jure prætorio tranſeunt ad proximum ſucceſſorem data poſſeſſione, quia Prætor, qui dat facultatem abſtinendi, non habet eum pro herede, etiam ſi heres ſit jure civili. Si igitur proximus ſucceſſor, ad quem per abſtentionem bona heredis ſcripti perveniunt, deſideret a ſervo manumiſſo ſibi pretium præſtari 20. aureorum, ſi velit retinere libertatem: an cogetur ſervus eos præſtare? Minime. Cur hic aliter definitur, quia hic ſervus de quo agitur in *l. ſi mulier*, jure optimo libertatem conſecutus eſt, id eſt, ex teſtamento juſto, id eſt, ſolemni, & vero, & non deſerto, quandoquidem heres adivit, nec abſtentione deſiit eſſe heres, nec etiam reſciſſo teſtamento pro libertate, quam quis optimo jure habet, eſt æquum inferre æſtimationem ſui. At in ſpecie legis 47. ſervus quidem libertatem habet jure, quia eſt manumiſſus a domino, ſed non optimo jure: uno caſu per cauſam falſorum codicillorum, qui impoſuerunt heredi: altero caſu per falſi teſtamenti vel inofficioſi cauſam. Secundo obſtat *lex ult. C. de petit. hered.* ex qua hoc eliciunt contra *l.* 47. ex teſtamento quod falſum pronuntiatum eſt non competere libertatem, & tamen in ſpecie hujus legis videtur competere libertas ex falſo teſtamento, vel ex codicillis falſis. Et plenior ſententia leg. ultimæ eſt. Duo ſunt, qui certant de hereditate, legitimus, & ſcriptus: in teſtamento relictæ ſunt libertates duæ fideicommiſſariæ, vel directæ, an in ſuſpenſo etiam erunt libertates quamdiu lis pendebit de hereditate? non eſt æquum diu moram fieri libertatib. & vero Juſtinianus huic rei ita proſpexit, ut velit libertates manere in ſuſpenſo annum duntaxat: ſi diutius moram trahat lis, nec conſtare poſſit a quo debeant ſervi manumitti, competet libertas poſt annum ipſo jure, nec revocabitur libertas, etiamſi judicetur contra heredem ſcriptum: Sed ut exprimit Juſtin. ſi judicetur teſtamentum falſum, atque ita vincatur ſcriptus, non intelligentur ſervi ipſo jure perveniſſe ab libertatem: atque ita apparet ex teſtamento, quod falſum pronuntiatum eſt, libertates non competere. Reſpondeo ſic, non jure competere, id eſt, non videri eſſe liberos; non conſervari præſtitas libertates nego. Poſtremo, quod valde obſtat, nec tamen objicitur, eſt *l. Papinianus*, §. *ult. de inoffic. teſtam.* ſecundum quam eſt accipienda *l.* 4. *eod. tit.* & *l. uxorem, in fi. de manum. teſtam.* Finge: Teſtamentum inofficioſum pronuntiatum eſt, in quo ſervi quidam erant manumiſſi: vel etiam idem teſtamentum, injuſtum pronuntiatum: utraque ſententia totum teſtamentum infirmatur. Ergo & legata, & libertates. Sed ex Nov. Juſtiniani, non infirmatur ex cauſa inofficioſi totum teſtamentum, ſed heredis inſtitutio ſola, cetera firma manent. Ante Novellam Juſtin. querela inofficioſi omnia reſcindebat: querela injuſti ſane ſi is qui agit obtinuerit declarat omnia eſſe nulla ipſo jure ab initio: libertates igitur ſunt nullæ teſtamento præſtitæ, vel directo, vel per fideicommiſſum, ſi teſtamentum pronuntietur inofficioſum, vel injuſtum, & revocantur quaſi non jure datæ in teſtamento injuſto, vel quaſi reſciſſo querela inofficioſi. Revocantur, inquam, niſi quinquennium morati ſint in libertate, antequam moveretur querela inofficioſi, vel injuſti: quo caſu retinent libertatem, modo vi-

victori referant pretium sui, id est 20. aureos. Quæro cur hoc casu exigis, ut quinquennium morati sint in libertate, & prioribus casibus id non exigis? Breviter sic est respondendum: prioribus casibus justa fuit, & utilis manumissio, quæ non indigebat confirmatione quinquennii. Nam heres manumisit servum suum, & effectum habuit manumissio statim. At in casu *d. l. Pap. & l. uxorem*, vel non valuit ab initio manumissio ex injusto testamento, vel ex post facto rescissa est per querelam inofficiosi: revocabitur ergo, nisi accedat confirmatio quinquennii: ægre in servitutem revocantur qui in libertate fuere quinquennio. Nam & de statu defunctorum post quinquennium non quæritur.

Ad L. VIII. Ut in poss. legat.

NOn possum referre ad vindicationem *l. si legatorum 8. D. ut in poss. legat.* cujus sententia est: Legatum relictum est sub conditione: pendente ea caveri debet legatario, si hoc desideret, de solvendo legato, ubi conditio extiterit: a quo? an ab herede scripto, vel ab herede heredis, vel a fideicommissario Trebelliano, cui heres restituit hereditatem, *l. 1. §. non solum, ut legat. nom.* nam alia sunt onera creditorum, alia legatariorum vel fideicommissariorum. Onera creditorum dividuntur inter heredem & fideicommissarium pro dodrante & quadrante: onera autem legatariorum aut fideicommissariorum non dividuntur, sed solida transeunt in fideicommissarium Trebellianum, *l. 2. §. si is qui, ad Trebell.* Merito igitur ab eo exigitur cautio legatorum, & si eam non præstiterit, ex ordine legatarius mittitur in possessionem rerum hereditariarum omnium, quæ in causa hereditatis manserunt, vel etiam, quæ dolo fideicommissarii in causa hereditatis esse desierunt: nam & hæc finguntur mansisse, *l. is cui, §. qui in possessionem, hoc tit.* & hoc est quod ait Papin. in hac lege.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. VII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. V. de Usufructu.

Ususfructus & ab initio pro parte indivisa, vel divisa constitui, & legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hereditarias usufructus obligatio dividitur. Et si ex communi prædio debeatur, uno ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio.

IN hac l. hoc unum agit Papinian. ut ostendat usumfructum servitutem esse dividuam: ceteræ servitutes sunt individuæ. Ratio differentiæ constabit ex definitione usufructus: quid est usufructus? *jus utendi fruendi, quod homini competit in re aliena, quamdiu is homo, eaque res salva permanet.* Recte, *fruendi*: nam si utendi tantum, usus est, non usufructus: usus est individuus, usufructus dividuus. Recte etiam, *quod homini competit in re aliena*: nam per usumfructum res aliena servit homini, *l. dominus, in princ. h. t.* Alia est servitus quam homo homini debet, aut servit servus libero scilicet: alia est servitus, quam prædium prædio debet, veluti iter, actus, via, jus stillicidii immittendi, jus altius non tollendi. Alia autem est servitus, quam prædium, aut qua alia res homini debet, & ex hoc genere est usufructus. Usufructus igitur est servitus hominis, ut loquitur *l. 15. de servit.* id est, servitus ex re aliena debita homini, id est, personæ: Homini igitur libero: nam servus est quidem homo (servus homo, ut dicitur mulier ancilla Salustio) sed personam non habet, est ἀπρόσωπος, Theoph. *Institut.*

A *quibus mod. toll. obl.* Aliud est homo, aliud persona. Persona est civile nomen, homo naturale. Recte etiam in definitione, *quandiu is homo, eaque res salva permanet*: nam ut eleganter est scriptum in *l. pen. C. de usufruct.* cum anima, & cum rei substantia usufructus exspirat: cum anima, id est, cum vita hominis: neque enim usufructus transmittitur ad heredem, *l. 3. quan. di. leg. ced.* Quod autem est præcipuum verbum in definitione? est verbum *fruendi*, quo maxime hæc servitus ab aliis sejungitur, quoque vis ejus propria maxime demonstratur: Nam usufructus potissimum ex fruendo consistit, *l. 1. in prin. eod.* Frui autem est fructus percipere, quæ res divisionem recipit: possum enim partim fructus capere, partim non capere. Hinc fit, ut cum aliæ servitutes sint individuæ, hæc una sit dividua, quæ usufructus dicitur. B Aliæ servitutes, sive sint hominum, sive prædiorum, sunt individuæ omnes. Cur? quia in utendo consistunt, & usus sui natura individuus est: neque enim possum ullius rei parte uti, quin re tota utar, & ut dicebat Pompon. usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat: dum hanc l. una vobiscum studeo, non pro parte utor hoc libro, sed toto libro: & fructus possum capere pro parte, *l. 17. viæ, de servit. l. 19. usus pars, de usu, & hab. l. 5. si ut certo, §. ult. commod.* Frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus. Nam si vel minimam rem attigero utendi causa, totius rei usum usurpare videor. Breviter, ceteræ servitutes in utendo consistunt, usufructus in fruendo: ex quo sequitur, ceteras servitutes divisionem, vel, ut loquitur lex, *Quadringenta ad l. Falc.* & Tertullianus, dividuitatem non recipere, C usumfructum vero dividuitatem recipere. Et hoc Papinian. in *h. l. 5.* quinque argumentis docet. Primum est hujusmodi, usufructus potest constitui, hoc est, cedi pro parte divisa, & pro parte indivisa. Indivisa, ut ex omnibus fructibus, qui in illo fundo nascuntur tertiam partem capias: pro divisa ut omnes fructus partis tertiæ fundi capias; pars divisa est certa, & sensibus percipi potest, & totum potius quam pars est. Divisio ex uno toto conficit plura. Pars autem indivisa est diffusa per totum fundum, & incerta, quæ intelligitur tantum, cerni autem, tangi, vel demonstrari non potest. Quum dicis, hæc pars mea est, hæc pars tertia vel dimidia, partem divisam dicis: demonstras enim eam: cum autem dicis partem simpliciter, pars tertia mea est, partem indivisam dicis. Aliæ servitutes possunt quidem D constitui pro parte divisa, puta, ut ad hanc partem fundi mihi ire agere liceat, *l. 6. de servitut.* Pro parte autem indivisa servitutes alteri constitui non possunt *l. pro parte, de servit.* puta, ut ad tertiam fundi partem mihi ire agere liceat, non demonstratam, quia scilicet non possum illa parte ire, quam non video, quamque monstrare nemo mihi potest: & si alia parte iero, non ea iero, quæ constituta est. Unde constat, ad partem indivisam non posse constitui alias servitutes; ad partem divisam posse, quæ totum est potius quam pars. Secundum argumentum, quo utitur, hoc est. Eodem quoque modo usumfructum amitti non utendo, non tantum pro parte divisa, sed & pro indivisa: ut si is, qui totius fundi usumfructum habet, legitimo tempore, id est, secundum jus antiquum per biennium, vel secundum jus novum per E decennium inter præsentes, aut vicennium inter absentes, non perceperit nisi fructus dimidiam partem, alterius dimidiæ partis usumfructum amisit pro indiviso. Ceteræ servitutes non utendo intereunt legitimo tempore, quod jam supra definivi, sed pereunt in solidum, non amittuntur pro parte indivisa, *d. l. pro parte, de servit.* Sequitur tertium argumentum. Usufructus minuitur per legem Falcidiam pro parte, id est, pro quadrante Falcidiano, si sit exhausta legatis hereditas: etiam ex legato usufructus heres retinet quartam Falcidiam: sic igitur retinebit quartam partem usufructus singulis annis. Nam in usufructu fructus spectamus potissimum, veluti corpora quædam, non jus utendi fruendi, qui fructus divisionem recipiunt, atque adeo deminutionem

legis

legis Falcidiæ. Ususfructus minuitur per legem Falcidiam, *l.* 1. §. *si ususfruct. & l. sed & usuf. ad leg. Falcid.* & hoc est quod ait in princ. hujus legis. Breviter hoc ait, usumfructum pro parte constitui posse, & amitti, & minui: at aliæ servitutes non minuuntur per legem Falcidiam, sed præstantur in solidum legatariis sine ulla deminutione, ut via, iter, actus, hæc solida præstantur: succurritur tamen heredi hoc remedio, *ut fiat æstimatio legatæ servitutis, quanti sit servitus viæ, itineris, actus, &c.* & facta æstimatione, ut heres opposita exceptione doli mali, non aliter præstet servitutem, quam si legatarius inferat quadrantem æstimationis: atque ita non fraudatur heres Falcidia. Ceterum servitus integra ceditur, quia res est incorporalis, *l.* 8. *si is qui*, §. *ult. ad l. Falc. l.* 5. *pure* §. 1. *de doli except.* Quod Papin. hoc eodem libro scripsit de aliis servitutibus in *l.* 7. *ad leg. Falc.*

Ad L. VII. ad L. Falcid.

Lege Falcidia interveniente, legata servitus quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur æstimatio.

Contulit Papin. hoc lib. usumfructum cum ceteris servitutibus, & quæcunque scribit in ea lege 5. de usufructu, ea existimandum est, locum non habere in ceteris servitutibus, scribuntur enim de usufructu, ut intelligatur non idem servari in ceteris servitutibus, quod idem subjecerat in *l.* 7. *ad l. Falc.* quæ cum d. l. 5. est omnino conjungenda. Quartum argumentum est hujusmodi. Si is, qui stipulanti promiserat usumfructum, decesserit duobus aut pluribus heredibus relictis, obligatio inter coheredes dividitur pro portionibus hereditariis ex 12. tab. ut scilicet singuli heredes pro portione sua præstent usumfructum stipulatori: ex quo apparet usumfructum esse dividuum. At si is, qui promisit aliam servitutem, decesserit pluribus heredibus relictis, ea obligatio non dividitur ex 12. tab. sed singuli heredes tenentur in solidum, quia nec possunt partem præstare, *l.* 2. *de verb. obl. l. heredes* 25. §. *an ea stipulatio* 9. *famil. ercisc.* Quintum argumentum quo utitur Pap. tale est. Si ex fundo communi duorum debeatur ususfructus, & unus tantum ex his conveniatur, an condemnabitur in solidum? minime: uno ex sociis convento condemnatio fiet pro parte tantum, quia æquum non est, eum pro parte socii condemnari; quoniam res divisionem recipit: sed si ageretur de alia servitute, cujus causa, vel natura est individua, etiamsi conveniretur unus tantum ex sociis, & rem defenderet, damnaretur in solidum, & restitueret servitutem in solidum, *l.* 4. *loci*, §. *si fundus*, *l.* 6. *sed etsi forte*, §. *si ædes*, *si servi. vind.* & hoc est quod sequitur in hac l. in summa, quæ de usufructu scribit Papin. in hac lege, ea vult, locum non habere in ceteris servitutibus. Ea igitur scribit ad differentiam ceterarum servitutum. Qui dicit usumfructum esse dividuum & individuum, ceteras servitutes individuas, multa dicit & infinita, non has tantum differentias notat, quas hic Papinian. nam ex hoc principio pendent plurima.

Ad L. IV. de Servitut.

Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui possunt: sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti, idque, & Sabinum respondisse Cassius retulit, & sibi placere.

§. 1. *Modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.*

§. 2. *Intervalla dierum & horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis.*

A Diximus heri usumfructum legitimo tempore non utendo amitti pro parte divisa, vel indivisa, quod etiam ostenditur in *l. placet, quibus mod. ususfr. amitt.* quæ & certæ partis, & pro indiviso ait usumfr. non amitti: rursus quæ notata est differentia ad *d. l.* 5. ea est inter usumfructum, & ceteras servitutes omnes, sive personales, sive prædiales: quæ vero notabitur ad l. 4. erit tantum inter usumfructum & servitutes prædiales. Nam servitutes personales eodem jure sunt, quo dicimus esse usumfructum, differentia est hujusmodi, ususfructus ex die, vel ad diem constitui potest, *l.* 4. *de usufr. l. & puto*, §. *ususfr. fam. ercisc. l. unica* §. *item si ex die, quando dies ususf. ced.* Ergo potest etiam constitui ususfructus ex conditione, vel ad conditionem, & finietur, ac extinguetur die, vel conditione: ut si ad conditionem sit con-
B cessus ususfructus servi, quandiu scilicet non manumittatur, manumisso servo extinguitur ususfructus, *l. interdum, quib. mo. ususf. amitt.* Servitutes autem prædiales neque ex die, vel ad diem, neque ex conditione, vel ad conditionem constitui possunt jure civili. Ex die, puta, cedo tibi iter ex Cal. Janu. Ad diem, cedo tibi iter ad Cal. Mart. utrumque dicitur fieri ad diem: nam & quod fit ex die, fit in diem, *l. quoties*, §. *ult. de her. inst.* Sub conditione autem hoc modo: Cedo tibi iter, si navis ex Asia venerit: ad conditionem, cedo tibi iter, quandiu vivam, vel quandiu volam, & utrumque dicitur fieri sub conditione: nam & quod fit ad conditionem, dicitur fieri sub conditione, *l. pater* §. *ult. de condit. & demonst.* & his omnibus modis servitus ipso jure inutiliter constituitur in prædio urbano, vel rustico. Proinde servi-
C tutibus prædiorum neque dies, neque conditio adjici potest. Notandum interim est, conditionem illam, *quandiu volam*, multum distare a conditione, *si volam*, nam sub conditione si volam non recte constituitur ususfr. neque enim intelligitur constitutus, quando est in potestate domini, an sit constitutus, *l. sub hac, de obl. & act.* Sub conditione, *quandiu volam*, recte constituitur ususfr. & nihil refert utrum dixeris, quandiu volam, an quandiu nolam. Nam utriusque conditionis eadem vis, ac potestas est. Videntur hæc contraria, sed unum idemque tempus utraque oratio demonstrat. His positis, quæ sunt certissima, videamus, quæ sit differentiæ ratio inter usumfructum & servitutes prædiorum. Usuifructui recte adjicitur dies, vel conditio, non etiam servituti prædiali. Ser-
D vitus est qualitas prædii, ex qua prædium, vel dicitur dominans, cui adquisita est servitus, vel serviens, cui imposita: servitus, est habitus prædii, *l. qui fundum, quemadm. servit. amitt.* Celsus in ea lege ostendit, servitutem itineris retineri non tantum per dominum fundi, sed & per possessorem bonæ aut malæ fidei, si usus sit itinere, quod fundo debetur: retineri, id est, non perire non utendo: Pereunt enim servitutes non utendo legitimo tempore, sed non pereunt, si quis usus sit, licet sit prædo. Et addit Celsus rationem: fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, jus non perit, id est, servitus non perit non utendo, si vel aliquis possederit fundum cum qualitate sua, id est, si usus sit aliqua qualitate, causa, & habitu fundi. Et eadem loquendi formula idem Celsus utitur in *l. quid aliud, de verb. signif.* Quid aliud sunt jura prædiorum, quam qualiter se habentia,
E ut bonitas, salubritas, amplitudo? Sciendum est jura prædiorum alia dici stricte servitutes: & quum servitutes absolute dicimus, prædiales intelligimus: sed *d. l. quid aliud*, ostendit, jura prædiorum latius accipi pro omnibus qualitatibus prædiorum, & in ea significatione jura prædiorum definit Celsus, ut si morbos definires, corpora male affecta ex adjuncto & subjecto: & subjicit exempla, ut salubritas, bonitas, amplitudo, quæ etiam qualitas est, non quantitas: fundum cum dicis esse tot jugerum, non quantitatem, sed qualitatem dicis, ac si de pinguedine diceres: ex *d. l. qui fundum* intelligimus, servitutem esse habitum prædii, hoc est, qualitatem inhærentem prædio, quasi habitum. Esse igitur firmam, constantem, perpetuam: ut in definitione Justitiæ *Constans*,

ſtans, & perpetua voluntas, id eſt, habitus voluntatis par ſibi ſemper, qui nec die finiri poteſt, neque pendere ex die, ſed eſt perpetuus, & ſecundum hæc, ſervitus exiſtit ſtatim, & ubi exiſtit ſemel, die non finitur, non mutatur, non evellitur etiam ſi ita convenerit. Denique conventio ſola non mutat habitum prædii. At uſusfructus eſt etiam qualitas: fateor, nam ex ea fructuarius dicitur, id eſt, qualitas ex qua qualis dicitur, is ſcilicet ex cujus perſona conſtitutus eſt uſuſf. atque ita ſecernitur a proprietario. Et cum dicimus non eſſe uſumfructum itineris, ſicut non eſſe aquæ hauſtum, aquæ ductum, ex quo ſervitutis ſervitus eſſe non poteſt, *l. 1. de uſuf. leg. l. 33. §. ult. de ſervit. ruſtic.* hoc dicitur, quod qualitas qualitatis eſſe non poteſt, accidens accidentis. Ergo facile concedo, uſumfructum eſſe qualitatem in homine, cui cohæret, & cum quo extinguitur, ſed diſpoſitionem eſſe, διάθεσιν, non habitum: qualitatem igitur infirmam & inſtabilem pro voluntate hominis, id eſt, fructuarii, & ſecundum quod conventum fuerit inter contrahentes. Papinian. cum ait conſtitui, quod eſt, adquiri & imponi uni ſcilicet prædio, imponi & adquiri alteri: nam promitti poteſt ſervitus prædialis ex die, & conditione, *l. exiſtimo, de verb. oblig.* ut ſi ſtipulanti promittam me daturum iter Cal. prox. vel etiam ſi navis ex Aſia venerit, ſtipulatio valet. Aliud eſt conſtituere, aliud promittere: conſtituta vindicantur, promiſſa non vindicantur, ſed agitur in perſonam ut præſtentur. Item conſtituta ſervitus pro parte retineri poteſt fundo communicato alteri, *l. ut pomum, §. 1. hoc tit.* promiſſa ſervitus pro parte adquiri non poteſt, & ideo ſtipulatio ſervitutis fundo communicato corrumpitur, quia pro parte non poteſt conſtitui *l. pro parte, hoc tit.* Atque ita promitti quidam poteſt ex die vel conditione, ſed addamus, non poſſe etiam promitti utiliter ad diem, vel conditionem, ut ſcilicet finiatur die, vel conditione; ut incipiat quidem recte, ſed ut finiatur non recte; & generaliter nulla obligatio contrahi poteſt ad diem, vel ad conditionem, ut ſcilicet permaneat ad eum uſque diem tantum, vel ad eam conditionem: nam ſemel nata obligatio, tempore, vel conditione non finitur, *l. obligationum, §. 1. & §. conditio, de oblig. & act. l. eum, qui, §. qui ita ſtipulatur, de verb. obl. §. at ſi ita, Inſt. eod. l. nemo poteſt, de leg. 1.* ſed explicanda eſt ratio. Placet valde ratio *d. l. obligationum, §. 1.* Nam quod ſemel deberi cœpit, certis modis deberi deſinit, cui ſimile eſt quod eſt ſcriptum *l. ex ſtipulatione, C. de ſenten. & interloc.* Obligatio contracta ex ſtipulatione certo tantum jure tollitur, id eſt, certis modis, non qualibet pactione nuda: nam omnium rerum, vel ſimplicium, vel compoſitarum, certi ſunt modi, quibus vel fiunt, vel deſinunt eſſe: neque enim temere, & uno modo creantur omnia, neque eodem modo tolluntur, ſed certis præſcriptiſque modis. Sic in obligationibus & omnibus, quæ artis, vel juris ſunt, certi ſunt modi, quibus ea tolluntur, vel inducuntur. Certi ſunt modi contrahendæ obligationis, veluti contractus jurisgentium, aut juris civilis, qui quidem ſunt certi, vel etiam pactiones legitimæ, id eſt, jure civili comprobatæ: certi quoque modi tollendæ obligationis, veluti ſolutio, & cetera, quæ pro ſolutione ſunt, ut compenſatio, in ſolutum datio rei alterius, quam quæ in obligationem venit, & novatio, & acceptilatio, & diſſenſus, qui intervenit re integra, quando conſenſu nudo contracta eſt obligatio. Ad ſummam, hi tantum ſunt modi tollendæ obligationis, qui continentur *tit. Inſt. quib. mod. tol. obl.* hi tantum ſunt modi tollendæ ſervitutis, qui continentur *tit. quib. mod. ſerv. amit.* hi tantum ſunt modi tollendæ patriæ poteſtatis vel dominicæ, qui continentur tit. quibus modis jus pot. ſolv. nec licet nobis alios addere: Sicut nec enumerationi actionum bonæ fidei alias addere, enumerationi ſtipulationum inutilium alias addere. Denique certi ſunt tantum modi tollendæ obligationis. Cic. pro Cæcinna: *Si majores noſtri per has rationes liberari nos voluerunt, certe intelligimus alio modo nos liberari noluiſſe.* An pactione nuda tolletur obligatio? Minime: an tempore vel conditione? minime, etiamſi convenerit, ut duraret obligatio ad diem, vel conditionem. Ergo poſt diem, vel eam conditionem eadem obligatio manet, & ex ea agi poteſt ipſo jure: verum ex æquitate actio elidetur exceptione pacti, vel doli mali, quod dolo faciat, qui facit contra fidem pacti. Et ita obligatio & actio, quæ ipſo jure non tollitur tempore, vel conditione, id eſt, jure civili, prætorio tollitur: id eſt, prætoria exceptione pacti, vel doli. Tollendæ obligationis jure civili ſunt certi modi, ex jure prætorio incerti, & infiniti: nam quotieſcumque æquitas deſiderat tolli obligationem aliquam dat prætor exceptionem. In remediis prætoriis tollendæ obligationis, factum verſatur, id eſt, exceptio, quandoquidem ſi omittatur exceptio, obligatio non tollitur: ſi vis tollere obligationem remedio prætoris, neceſſe eſt, te objicere exceptionem. Et hoc eſt, quod dicitur, in remediis prætoriis, quibus tollitur obligatio, factum, in civilibus jus verſari, ut ſolutione & ceteris modis obligatio tollitur: etiamſi non objicias, ea interveniſſe creditur, *l. ſi unus, §. pactus, de pact.* Quod igitur ipſo jure non fit, ſæpe fit per exceptionem. Et ita in ſpecie hujus legis: *ipſo quidem jure*, ut ait, *ſervitutes neque ex tempore, neque ad tempus conſtitui poſſunt*, ſed ſi quis eas vindicet non habita ratione temporis, vel conditionis, quia facit contra placitum, licet non contra jus: huic, inquam, vindicanti contra placita obſtabit exceptio pacti, vel doli mali, quæ ſemper concurrit cum exceptione pacti. Exceptio doli generalis eſt, pacti ſpecialis; & honeſtior eſt pacti, quia in factum concipitur, non in dolum, id eſt, doli mentionem non facit: turpis eſt quodammodo exceptio doli, quanquam nullæ exceptiones jure turpes, & infames ſunt. Ergo generaliter Papinian. concludit, nullam ex tempore conſtitui ſervitutem prædiorum alienorum, ſed conſtitutam retineri exceptione. Et hoc ait placere Sabinianis, quo ſatis demonſtratur, diſſenſiſſe Proculianos: Sabinianos ſpectaſſe æquitatem. Procul. aſſeruiſſe jus ſummum, nec dediſſe exceptionem: nec ulla res inter eos peperit majorem diſſenſionem, quam quod alii æquitatem ſpectarent, alii jus ſtrictum. Non conſtabat igitur inter omnes, an remedio exceptionis utilis eſſet adjectio temporis, vel conditionis in imponenda ſervitute: ſed, ut poſtea ſubjicit, conſtabat inter omnes, modum recte adjici ſervitutibus, quod cum ait, diem aut conditionem adjici poſſe non conſtabat: nam quod ait, utiliter adjici tuitione prætoris, ſive beneficio exceptionis pacti, aut doli, hoc ſoli Sabiniani probavere: at modum poſſe adjici conſtabat inter omnes. Separat igitur modum a conditione; conditio retardat uſum ſervitutis, aut etiam finit: modus non retardat, non finit uſum ſervitutis, ſed incommodiorem eum reddit. Et utitur Papinianus exemplo ſervitutis actus. Actus eſt jus agendi jumentum, vel vehiculum per fundum alienum. In hac ſervitute conſtituenda poteſt adjici modus, *l. 11. quemadmod. ſervit. amit.* quo ſcilicet genere vehiculi agat, aut ipſe agatur, & quo non; num hoc vehiculo utatur, ne alio forte quam rheda, vel ut equo dumtaxat, id eſt, ut vehiculo jungat equum, non aliud animal: ut equo tantum utatur ad vehendum ſub jugo; vel etiam, ut certum pondus, certum onus tantum vehatur, *d. l. 11.* vel ut grex ille traducatur, qui erit conſtitutus actu, grex equorum forte, non ovium, vel carbo portetur, non alia materia. Sic modus recte adjicitur ſervitutibus, quia neque finit, neque moratur uſum ſervitutis. Modus etiam adjicitur ſervitutibus, ſi uſus ſervitutis ſecernatur temporibus, ut puta ſi id agatur conſtituto itinere, ut eat tantum ab hora octava ad decimam, ut die non noctu, ut alternis menſibus, vel diebus: his conventionibus fit incommodior uſus ſervitutis, ſed non ei affertur mora aut finis. Et hoc eſt, quod ait, intervalla dierum & horarum non pertinere ad tempus, ſed ad modum conſtitutæ ſervitutis. Qui præſcribit horas vel dies, ut utatur ſervitute is cui ceſſa eſt, modum præſcribit conſtitutæ ſervituti, non etiam illam tempore circumſcribit, *l. iter, comm. præd. l. ſi prius, de aq. & aq. plu.*

Ad

Ad L. XXXVI. de Servit. urb.

Binas quis ædes habebat una contignatione tectas, utrasque diversis legavit: dixi, quia magis placeat tignum posse duorum esse, ita ut certæ partes cujusque sint contignationis, ex regione cujusque domini fore tigna: nec ullam invicem habituros actionem, jus non esse immissum habere, nec interest, pure utrisque, an sub conditione alteri ædes legatæ sint.

QUæstio hujus legis hæc est: Qui habebat binas ædes una contignatione tectas, unam legavit Primo, alteram Secundo. Contignatio est lignorum contextura comparata ædium operiendarum causa. Tignum uno ductu, igitur unum utrasque tegebat ædes, denique divisæ erant ædes parietibus, non etiam tignis. Quæritur, an possint Primus & Secundus invicem agere actione negatoria, jus non esse tigni immittendi: nam cum eadem sint tigna utrarumque ædium, videntur ex ædibus Primi immitti in ædes Secundi, vel ex ædibus Secundi in ædes Primi? Sed Papinianus ait, nullam eos invicem habituros actionem negatoriam, jus non esse tigna immissa habere, quia scilicet, nec intelligitur sua tigna immissa habere Primus in ædes Secundi, nec Secundus item sua in ædes Primi: sed intelliguntur cujusque propria esse tigna, quibus ædes sibi legatæ conteguntur pro regione contignationis: non videntur tigna immissa in ædes nostras, quæ nostra sunt, sed quæ aliena, & alienorum duntaxat nomine, quæ immittuntur in ædes nostras, competit actio negatoria. Denique non competit hæc actio, jus non esse immittendi, cum nihil sit immissum. Contignatio dividitur regionibus, est regio, quæ pertinet ad ædes Primi, est regio, quæ pertinet ad ædes Secundi, & pro regione contignationis tigna propria sunt. Sunt igitur communia pro diviso: si contignatio dividatur regionibus, & tigna igitur, nec teguntur ædes Primi tigno alieno, sed suo, & contra: denique tigna sunt communia pro diviso, id est, pro regione contignationis: nec intelligitur quicquam esse immissum ex ædibus alienis in alias. Et ita arbor posita in confinio duorum fundorum, si ex utraque parte radices egerit, est communis pro regione fundi cujusque: pro diviso igitur, *l. arbor, comm. divid. l. 8. de adq. rer. dom.* Lapis quoque, qui in confinio nascitur & extenditur per fundos duorum, est communis pro regione finium fundi utriusque, ergo communis pro diviso. Nec obstat *l. si plures, §. ult. arb. furt. cæs.* dum ait: si radicibus arbor vicini alatur agro, arborem ejus esse, in cujus fundo origo est, arborem origini cedere, non alimento. Hæc sententia vera est, sed non est intelligenda de arbore posita in confinio: nam arbor posita in confinio utriusque est, si ex utriusque agri alimento alatur, & est communis pro diviso, id est, pro regione fundi cujusque. Dices, ergo lapis potest esse communis pro diviso, tignum commune pro diviso. Atqui ex *l. 8. in fine, de rei vind.* constat, rem mobilem non posse possideri jure dominii pro diviso, sed immobilem tantum. Neque est constituenda differentia inter dominium & possessionem: nam si res mobilis non potest possideri pro diviso, nec etiam esse jure dominii pro diviso, quod etiam constat naturali ratione: nam divisio rei mobilis fieri non potest sine ejus corruptione, ut tignum, navis, equus, homo: nam si equum, navem, bovem dividas, divisione definit esse navis, homo, equus, tignum: quod de qualibet re mobili dici potest. Si rem mobilem dividis, perdis: pars navis non est navis, pars bovis non est bos, & tamen pars fundi est fundus. Verum ex his quæ diximus ante apparet, & tignum, & arborem, & navem esse nostram pro diviso, id est, pro regione prædiorum. Respondeo, rem immobilem esse non mobilem, arborem, vel lapidem, qui cohæret solo, tignum quod junctum est ædibus. Quæ religiosis adhærent religiosa sunt, *l. 43. de rei vind.* quæ immobilibus adhærent, sunt quoque immobilia,

A nihil igitur vetat habere ea pro diviso: sed si lapis eximatur, qui est in confinio, vel si arbor eruatur, aut succidatur, aut si navis excidatur, vel si tignum ædibus solvatur, tunc fit res communis pro indiviso, quæ antea erat communis pro diviso, quia confunduntur partes, quæ antea ex regione prædiorum discernebantur, *l. arbor, com. divid. l. pen. pro soc.* Et secundum has leges, *l. 8. de adq. rer. dom.* est emendanda. *Si*, inquit, *lapis in confinio nascatur, & sint prædia communia pro indiviso, tunc lapis erit communis pro indiviso, cum terra exemptus erit:* male, *si sint prædia communia pro indiviso*: nam si prædia affinia sint communia pro indiviso, etiam lapis, qui est in confinio, quamvis non sit terra exemptus, erit communis pro indiviso. Et ideo legendum est: si sint prædia communia pro diviso. Ergo in specie hujus l.
B tigna sunt communia inter Primum & Secundum pro diviso: id est, pro regione contignationis: neque videtur quicquam alter immissum habere in ædes alterius: & proinde cessat actio negatoria, jus non esse tigni immittendi. Et in fine ait; *nihil interesse pure utrisque legatæ sint ædes, an uni pure, alteri sub conditione*: hoc ait, ut demonstret, quod sicut re conjuncti sunt, quibus eadem res legatur, licet uni pure, alteri sub conditione, *l. idem, §. ult. de usuf. accres.* ita quod ad contignationem attinet, quæ una eademque est, qua binæ ædes contignantur, & conjunctæ sunt, habent tigna communia pro diviso ii, quibus binæ ædes legatæ sunt, licet uni sint legatæ pure, alteri sub conditione. Et hoc est quod Papin. voluit in hac l. In l. seq. ait Julianus idem esse, & si duobus ædes quis cesserit; cedere est dominorum *l. ult.*
C *in fi. com. præd.* Idem igitur est, si quis legaverit binas ædes, quæ erant una contignatione tectæ, sive cesserit, veluti vendiderit. Idem juris est in ultimis voluntatibus & contractibus.

Ad L. XXXIV. de Serv. rust. præd.

Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse ire agere, nihil agit. Et ideo si duo prædia, quæ mutuo serviebant inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet ab altero, servitus alteri remitti non potest: quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur: tamen quoniam non personæ, sed prædia debent, neque adquiri libertas, ne-
D *que remitti servitus per partem poterit.*

§. 1. Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit: an aquæ ductus amissus erit, quæritur?

PEndet quæstio hujus legis ex eo, quod dicitur, servitutem prædialem non posse adquiri, vel imponi pro parte indivisa: non posse etiam remitti, aut adimi, *l. pro parte, de servit.* quamvis ad certam fundi partem constitui possit, & remitti, l. 6. Aliud est in usufructu, cujus differentiæ rationem exposuimus in *l. 5. de usufr.* Secundum hanc sententiam Papin. ostendit, quod si duo sint domini fundi pro indiviso, unus non potest fundo imponere servitutem pro parte sua: & consequenter ait, unum ex sociis non posse etiam remittere servitutem
E debitam fundo communi pro parte sua, quæ indivisa est, & ita argumentatur, si non potest imponere, nec ei fundo adquisitam servitutem remittere: rectissime; quia eadem est ratio & causa imponendæ & remittendæ servitutis, & eadem causa obligandi & liberandi, *l. 83. §. sacram, de verb. obligat.* Eadem facultas contrariorum, scilicet genere, non specie: nam specie contrariorum contraria est facultas. Sic igitur argumentatur: si potest condemnare, ergo & absolvere; si obligare, ergo & liberare; si imponere, & remittere; vel si non potest imponere servitutem, ergo nec remittere. Placet tamen servitutem, quæ ab initio recte imposita est, posse retineri pro parte indivisa, *l. ut pomum, §. 1. de servit. l. si quis ædes, §. 1. tit. prac.* & principium juris hoc est, servitu-

vitutem non posse constitui pro parte indivisa, retineri posse; quia facilior est retentio, quam adquisitio, facilior etiam quam actio, *l. 1. de pign.* Retentio fit beneficio exceptionis, cetera procedunt ipso jure, & suo marte (ut ita dixerim) sine opera, sine facto nostro, nec divisionem recipiunt. Explicemus quod dixi, servitutem posse retineri pro parte indivisa. Finge: fundum meum, cui tuus serviebat, tibi communicavi: retineo servitutem pro parte, atque ita proprius tuus fundus communi meo & tuo serviet. Et similiter, si fundum meum, qui tuo servit, tibi communicavero, tu retines servitutem pro parte, atque ita fundus communis meus & tuus servit proprio tuo: & in summa per hanc rationem, qua servitus pro parte retineri potest, fit, ut proprius servat communi, vel communis proprio, *l. si communi, in fi. hoc tit.* Per eandem rationem, id est, quod servitus retinetur pro parte, fit etiam absque dubio ut fundus communis inter nos serviat fundo communi inter nos & alium: & contra, ut fundus communis inter nos & alium serviat fundo communi inter nos tantum: & per hanc rationem fit, ut fundus communis inter nos serviat fundo communi inter nos, quod notandum. Fundum communem deinceps accipias pro fundo communi inter nos, non inter nos & alium. Quæro ita accipiendo fundum communem, an communis communi servire possit? Et est unus casus in *dic. l. si quis ædes*, §. 1. quo fundus communis communi servit. Est & alius in *hac l.* in qua fundus communis communi servit propter illam regulam, quæ vult, servitutem pro parte retineri posse. Denique quoquo modo accipias, commune communi servire potest, propter illam rationem. Sed obstat vehementer *l. si comm. in princ. hoc tit.* Communi fundo meo & tuo servit fundus Sempronianus: fundum Sempronianum in commune redimimus, atque ita incipit esse fundus communis inter nos dominans & serviens. Confunditur servitus adquisitione dominii fundi Semproniani, quia par utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit. Commune igitur non potest servire communi: quod pugnat cum hac *l. & d. l. si quis ædes*, §. 1. in quo laborat maxime Accurs. Sed mihi videntur distinguendi hi tres casus; Casus *leg. si quis ædes*, §. 1. & casus *l. unus:* in quo idem obtinet quod in casu *d. l. si quis ædes*. Tertius casus *l. si communis*, qui est longe dissimilis ab illis duobus. Primus hic est, communicas mihi fundum servientem, communico tibi fundum dominantem: communis fundus communi serviet: quia servitutem retineo, quam mihi debuisti ante: retineo pro parte tua, *d. l. si quis ædes*. Secundus casus qui est *l. unus*: Meus fundus tuo servit, & tuus meo: communicas mihi tuum, communico etiam tibi meum: non fit confusio servitutis omni modo: nam & hoc casu fundus communis communi servit. Nam servitutem, quam ante mihi debuisti, retineo pro parte tua; & similiter servitutem, quam tibi antea debui, tu retines pro parte mea. Denique hoc casu utraque ex parte retinetur servitus pro parte quantumvis indivisa: an poterit remitti alteri ab altero? Minime, sive retineatur solida servitus, sive pro parte tantum: non potest adquiri servitus pro parte, nec libertas etiam. Quia ergo non est confusa servitus, sed retinetur per partes, non poterit alteri ab altero remitti, id est, non poterit remissione tolli, quæ penitus non est sublata confusione. Dices: videtur posse remitti alteri ab altero, quia jam non debetur utrique, sed uni soli ex sociis, cur & ei soli non remittetur? Respondet Papinianus, non personæ, sed prædio deberi servitutem: non esse servitutem personalem, sed prædialem, & quoties dico, mihi deberi servitutem, intelligo propter prædium meum: quod evidentius apparebit, si persona alienet prædium: neque enim amplius personæ debebitur: non potest servitus remitti pro parte: quin remittatur tota. Ergo ex *l. unus, & d. l. si quis ædes*, quamquam sint diversi casus, colligitur, fundum communem communi servire posse. Dissimilis est tertius casus *l. si communi*. Casus hic est: Communi fundo meo & tuo servit Sempronianus: eum in commune acquisivimus: communis communi non serviet: Qua ratione communis communi non serviet, duobus superioribus casibus servit? propter retentionem partis: hic casu tertio non suppetit retentio partis: nec igitur potest communis communi servire. Cedo, cur non suppetat retentio partis? quia non possum pro parte tua retinere servitutem, quam mihi ante non debuisti, vel non potes tu pro parte mea retinere servitutem, quam tibi ante non debui. Quid est retinere? est ex eo, quod solidum mihi ante debuisti propter fundum tuum, partem retinere pro indiviso. Atqui fundus meus, vel tuus non fuit, qui serviebat, sed Sempronii, qui desiit servire abalienato fundo: necessaria est igitur adquisitio in communi fundo, nec suppetit retentio partis: proprius proprio non servit: & ideo si dominus fundi servientis adquirat dominantem in solidum, vel contra dominus fundi dominantis adquirat fundum servientem in solidum, perimitur servitus, quia nec potest conservari pro parte, nec pro solido, quia res sua non potest rei suæ servire, nec pro parte, quia non suppetit retentio partis.

Ad §. ultim.

Ex priore quæstione *l. unus, de servit. rust. præd.* intelleximus, unum ex dominis rei communis servitutem debitam fundo remittere non posse, solidam certe non posse invito socio, sed neque pro parte indivisa, quæ ei competit, licet socio ea servitus non competat pro parte sua. Ergo nec remitti servitutem pro parte, id est, libertatem adquiri pro parte non posse ei, qui solus servitutem debet, licet solus eam non debeat pro parte sua: servitutis & libertatis adquisitionem individuam esse, retentionem dividuam, quia & personalis magis est, quam realis, & personalis potius, quam realis, & facti magis quam juris. Sequitur alia quæstio in §. *ult.* Constat servitutes admitti non utendo biennio, secundum jus antiquum: ex constit. Justiniani decennio aut vicennio. Finge: fons, ex quo ducebam aquam jure servitutis, exaruit, atque ita per biennium usus non sum ea servitute: post fons ad suas venas prodiit, & ex eodem fonte fluere cœpit aqua: quæritur, an mihi liceat aqua uti, an aquæductus videtur amissus non utendo? non videtur, quia neque per culpam, neque per negligentiam meam videtur factum ut non uterer aqua: hac servitute fonte profluente cum uti licet, si non uterer fonte torrido, non sum culpandus si non utar, quo uti non possum. Nescimus quid ad hanc quæstionem responderit Papinianus: Nam hic tantum proponitur quæstio, non definitur, sed definitur rescripto Octavii Augusti in *l. seq. ex Pauli libris*, his verbis. *Et Atticilinus ait, &c.* quo loco Cæsarem accipio pro Augusto, ut Alphenus Jurisconsultus in *l. Cæsar, de Publican.* Cæsar, hoc est, Augustus, quem constat censoria potestate lustrum condidisse, publica locasse, senatum recensuisse, &c. Fuit autem Alphenus sub Augusto ex sutore Jurisconsultus, & Atticilinus eadem ætate, cum laudetur a Fufidio *l. 5. de au. & arg. leg.* & consulat etiam Proculum qui fuit eadem ætate, ut constat ex *l. Atticilinus, de pact. dot.* & Statilius Taurus ad quem rescripsisse dicitur Cæsar hac de re, is est, qui Consul fuit cum Augusto, qui triumphavit. Et Tertull. mœnia Carthaginis construxisse scribit libro de Pallio. Definitio igitur quæstionis est, non utendo quidem amissam servitutem esse tempore legitimo, sed ex æquitate eam renovari, & restitui fonte reverso: & ita si fundus, per quem via aut iter aut actus debetur, inundatione fluminis occupatus sit, & post biennium restitutus in pristinum statum, sane restituetur etiam & renovabitur servitus, quæ videtur summo jure non utendo periisse, *l. si locus, quem. ser. amitt.* Idemque erit, si quis per vim tanto tempore prohibitus sit uti servitute, quanto servitus amittitur: Nam & huic servitutem restitui æquum est, *l. 1. §. si propter, de itin. act. priv.*

Objicitur huic definitioni *l.* 1. §. *ult. C. de ann. except.* quæ adeo movit Accurſium, ut cenſuerit hac in re ſeparandas eſſe res corporales a ſervitutibus, quo nihil opus eſt: ex ea lege colligunt, non utendo non amitti ſervitutem, quando per eum, cui ſervitus debetur, non ſtat, quo minus utatur. Male; nam ſententia *d. l.* 1. §. *ult.* eſt, præſcriptionem temporis, qua excluditur actio non nocere actori, quo agere cum effectu non potuit, id eſt, actori non computari tempus quo agere non potuit; exempli gratia, ſi ut quaſi filiofamilias ſit adquiſita actio temporalis, ei non currit tempus, quo fuit in poteſtate patris, nam eo tempore invito patre non poteſt agere. Igitur ex eo die actionis tempus currit, quo factus eſt ſui juris, anterius tempus non currit, quo non potuit agere, quia lex impedit exercitationem actionis ſoli filiofam. exceptis quibuſdam caſibus: non tantum ſervi, ſed nec filiifam. cauſas orare poſſunt, invito patre ſcilicet, niſi de peculio. Et hoc etiam congruit cum *l. ult.* §. *pen. quis ord. in poſſ. ſerv.* quæ loquitur etiam de filiisfamil. qui non poſſunt petere bonor. poſſeſſ. ſibi delatam invito patre, aut ſi petant, fruſtra petunt, niſi pater ratum habeat. Quamobrem filiofamil. non cedit tempus petendæ bonorum poſſeſſionis, quamdiu eſt in poteſtate patris: & ita creditoribus hereditariis, quibus competit actio temporaria, non cedit tempus, quo heres conficit inventarium. Nam Juſtin. conſtitutio vetat eo tempore agi adverſus heredem, quo jure utimur, a creditoribus, vel legatariis. An igitur intercidit interim actio tempore, quæ creditoribus competit? Minime: non currit creditoribus tempus, quo eos agere lex vetat, *l. ult.* §. *donec, C. de jur. delib.* Reſp. præſcriptio ejus temporis non obeſt actori, quo agere cum effectu non potuit, quia lex impedit: ſecus ſi alia cauſa impedierit actionem, vel uſum ſervitutis, ſi natura rei ſcil. non lex, quæ hac de re certa fuerit, ſed defectus aquæ quo fons exaruerit: non ideo minus peribit aquæductus, quia lex non inhibuit uti.

Ad L. pen. Com. præd.

Si precario vicinus in tuo maceriam duxerit, interdicto quod precario habet, agi non poterit, nec maceria poſita, donatio ſervitutis perfecta intelligitur: nec utiliter intendetur, jus ſibi eſſe invito te ædificatum habere, cum ædificium ſoli conditionem ſecutum inutilem faciat intentionem. Ceterum ſi in ſuo maceriam precario, qui ſervitutem tibi debuit, duxerit: nec libertas uſucapietur, & interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur. Quod ſi donationis cauſa promiſeris: & interdicto agere non poteris, & ſervitus donatione tollitur.

DUæ proponuntur ſpecies in *hac l.* Finge: Vicinus tibi debet iter, tu ei conceſſiſti precario, non abſolute, non perfectæ donationis cauſa, ut in tuo maceriem duceret, id eſt, ædificaret: quam Græci τριγκὸν, & male maceriem definiunt eſſe congeſtum lapidum cum cæmento. Imo eſt paries ex puris cæmentis, ſine arenato & calce: duxit maceriem, an ages precario interdicto, ut demoliatur maceries? Precarium eſt quod datur utendum ea lege, ut revocetur cum libuerit concedenti: & hoc diſtat a commodato: nam commodatum datur etiam utendum, ſed non revocatur ſtatim ac libet commodatario, ſed ubi is cui commodata res eſt, uſum explevit, cujus cauſa commodatum eſt contractum. Precarium revocatur, quando libet interdicto de precario. Tu igitur, qui conceſſiſti vicino precario, ut in tuo maceriem poneret, an potes cum eo agere, quum libuerit, ut maceriem demoliatur? Minime, cum poſſis eam demoliri quæ eſt poſita in tuo ſolo. Ceſſit enim maceria ſolo ſecundum eam regulam, ſuperficies ſolo cedit, ſuperiora inferioribus, *l. hoc quod dictum, de ſervit. urb.* Subjicit Papinian. *maceria poſita in tuo non videri perfectam donationem ſervitutis:* qui locus male interpretatur vulgo: Nam donationem accipiunt pro ceſſione ſervitutis, cum donatio hic ſit remiſſio ſervitutis, non ceſſio, ſive conſtitutio ſervitutis: & tota lege ſane donatio ſervitutis eſt remiſſio, condonatio ſervitutis, quæ fit precario, donatio ſervitutis imperfecta eſt donatio, dicitur quidem precarium donationi ſimile, *l.* 1. *de precar.* ſed hoc diſtat inter precarium & donationem, quod illud revocari poſſit, hæc non poſſit. Ergo dum ait, maceria poſita in tuo, & te vicinus precario rogavit, non videri perfectam donationem ſervitutis, hoc ait; non videri remiſſam ſervitutem itineris, quam tibi debuit vicinus, quia ſervitus precario non remittitur perfecte, atque adeo non uſucapis ſervitutem, aut vicinus libertatem, etiamſi tanto tempore maceriem in tuo habuerit, quanto uſucapitur libertas, & ſimiliter maceria poſita in tuo non videtur contraria ſervitus impoſita, ut vicinus in tuo ædificatum habeat, quia precario ſervitus non imponitur perfecte: nec ejus generis poteſt eſſe ulla ſervitus, ut in tuo ædificatum habeam, quod non poſſum in tuo, quod meum ſit ædificatum habere: poſſum habere in tuo immiſſum, quod ſit meum, quia quod in te immiſi, illud eſt meum, *d. l. hoc quod dictum*: non eſt meum quod ædificatum habeo in tuo. Altera ſpecies hæc eſt. Vicinus tibi præbuit iter, tu precario ei etiam conceſſiſti, ut in tuo maceriem duceret, quæ iter impediret: hoc etiam caſu vicinus non uſucapiet libertatem, nec liberat ſuum fundum ſervitute itineris, etiamſi tanto tempore maceriem precario ædificatam in ſuo habuerit, quanto libertas uſucapitur, *l. ſi ædes, de ſervit. ruſt. præd.* Sed an interdicto precario poterit cum eo agi ut maceriem tollat? ſic ſane. Modo precarium interdictum dicitur, modo interdictum quod precario conceſſit, *l. illud*, §. *pen. de pet. hered.* Hoc loco dicitur interdictum, quod precario habet, a primis verbis edicti, *l.* 2. *de precar.* quia igitur precario tantum illud conceſſiſti, non amittes iter ut ſuperiori caſu: ſed ſi ut in tuo, non ages interdicto precario, cum ipſe poſſis diruere maceriem, quæ in tuo eſt, & tua: at poſteriore caſu recte ages precario, quum voles, ut vicinus diruat maceriem, eſt enim precarium imperfecta donatio: nam ſi donationis perfectæ cauſa tibi conceſſero maceriem ducere, quæ iter impediat, ceſſat interdictum de precario, quia donatio perfecta contracta eſt, & ſervitus tollitur donatione, id eſt remiſſione, ut *l. ſi ſtillicidii, quem. ſer. amit.* Ergo ut in fine donatio ſervitutis eſt remiſſio, ſic & initio. Et tollenda eſt Gloſſa, quæ donationem aliter accipit: & hinc apparet evidenter, aliud eſſe donationem, aliud precarium. Eſt ſimile quidem donationi precarium, ſed non donatio, ut ſimile commodato, ſed non vere commodatum.

Ad L. XIII. alienationes & L. XXXI. ſi ſervus, Famil. Erciſcun.

L. XIII. *Alienationes enim poſt judicium acceptum interdictæ ſunt duntaxat voluntariæ, non quæ vetuſtiorem cauſam & originem juris habent.*

L. XXXI. *Si ſervus pignori obligatus luatur ab uno ex heredibus, quamvis poſtea decedat, officium tamen arbitri durat, ſufficit enim communis cauſa, quæ præceſſit, quæque hodie duraret ſi res non intercidiſſet.*

MAteria harum legum repetenda eſt ex *l.* 12. quæ præcedit. Res quæ ſub conditione legata eſt, interim quamdiu pendet conditio eſt heredum, qui hereditatem adierunt, ſervus quoque manumiſſus ſub conditione, id eſt, ſtatuliber, interim eſt heredum, *l.* 11. *de leg.* 2. *l.* 9. §. *certe, de pec. l. edictum*, §. *ult. de quæſt. l.* 1. §. *ſervi, ad Senatuſc. Syll.* Sunt igitur illæ res heredum interim, & conſequenter veniunt in judicium familiæ erciſcundæ. Sed pendente judicio ſi exiſtat conditio legati, vel libertatis, ea res, iſve homo ſubducentur judicio, res tranſibit in legatarium, ſervus liber fiet, ipſo jure eximetur communione, nec veniet in diviſionem inter coheredes: atque ita fit, ut poſt litem conteſtatam, poſt acceptum judicium famil. erciſc. res hereditaria alienetur: & eodem modo uſucapio rei hereditariæ cœpta ab extraneo ante litem conteſtatam, ſi impleatur pendente judicio familiæ erciſcun-

ciſcundæ, huic judicio ſubducitur, quia deſinit eſſe hereditaria, & communis inter coheredes, quod oſtenditur in *l. ſeq.* Uſucapio eſt alienationis ſpecies: quod apparet ex l. Julia, quæ vetat fundum dotalem alienari: Nam ea pertinet etiam ad uſucapionem, *l. ſi fundum, de fun. dot.* & lex, quæ vetat alienari, vetat & uſucapi: eo igitur modo etiam fit, ut poſt litem conteſtatam de dividenda hereditate, res hereditaria alienetur. Obſtare huic definitioni videtur, quod dicitur: poſt litem conteſtatam judicio familiæ erciſc. vel judicio communi dividundo interdictas eſſe alienationes, *l. 1. C. comm. divid.* Sunt interdictæ lege, ipſo jure: non Prætor ſed lex eas interdicit, quæ non vult rem hereditariam alienari, poſteaquam inter coheredes agi cœptum eſt de familia erciſcunda. Sed ea lex eſt accipienda tantum, vel ea interdictio, de alienationibus voluntariis: neque enim licet coheredibus, vel ſociis ultro quicquam judicio diviſionis ſubtrahere. Ante litem conteſtatam, poteſt quilibet coheredem, vel ſociorum partem ſuam pro indiviſo alienare, *l. portionem, C. de donat. l. ante, C. de jure dot.* & ut oſtenditur in *l. falſo, C. de comm. rer. al.* etiam poteſt coheres vel ſocius, qui partem ſuam vendit ante judicium diviſionis, præferre extraneum emptorem coheredi vel ſocio, quia jure noſtro coheres aut ſocius non habet jus προτιμήσεως, ut ſi velit eodem pretio emere ſocius, vel coheres, cogatur ei potius vendere, quam alteri: habuit quidem olim jus προτιμήσεως, imo & propinquus, ſed ſublatum eſt, *d. l. falſo, & l. dudum, C. de contr. empt.* At noviſſime productum eſt jus προτιμήσεως, conſtitutione Friderici, qua utuntur etiam quidam in Gallia: Nam & propinquo licet uti jure προτιμήσεως, atque ab extraneo emptore revocare ac retrahere rem, quam emit oblato aut obſignato eodem pretio. Habent etiam jus προτιμήσεως domini ἐμφυτεύσεως, & domini beneficiorum ſive feudorum: ſed jure civili jus προτιμήσεως non approbatur, quanquam aliquando obtinuerit, ut dicit *d. l. dudum*: & obtinet etiam in auctionibus: nam pluribus licitantibus propinquis & extraneis, propinquo potius addicetur res, quam extraneo, niſi extraneus plus liceatur, id eſt, adiiciat. Liceri eſt adiicere pretium, & addicere, id eſt *eſtrouſſer*: ſed quoties omnes idem pretium adjiciunt, creditor, cui ut ſatisfiat ſit auctio, præferetur cognato, & cognatus extraneo: & inter creditores, præferetur is, cui plus debetur, *l. cum bona, in fi. de priv. cre. & l. Imperator, de pact.* Ergo, ut ad rem redeam, ante litem conteſtatam coheres, vel ſocius quilibet partem ſuam alienare poteſt, nec eſt coheredi ſalvum jus προτιμήσεως: poſt litem conteſtatam nullus poteſt alienare ſua ſponte. Nam neceſſariæ alienationes admittuntur, quæ vetuſtiorem cauſam & originem juris neceſſariam habent; ut in ſuperioribus caſibus, ſi conditio ſtatulibertatis poſt litem conteſtatam exiſtat, vel conditio legati, vel ſi uſucapio poſt litem conteſtatam impleatur, quæ ante incœpta fuit. His omnibus caſibus licita eſt alienatio, & antiquior eſt origo alienationis lite conteſtata. Et hoc eſt, quod ait Papinianus in *l. 13.* Multa in hanc rem peccat Accurſius. Primum ſtatuit hanc eſſe differentiam inter judicium famil. erciſc. & judicium communi dividundo: quod in judicio fam. erciſc. non tantum poſt litem conteſtatam, ſed etiam poſt controverſiam motam ſint interdictæ alienationes voluntariæ: in judicio communi dividundo poſt litem conteſtatam tantum. Sumit hanc differentiam ex *l. 1. in C. com. divid.* quod dicat, ſocium poſt litem conteſtatam invito ſocio rem alienare non poſſe, & tractat de judicio communi dividundo: ergo tantum interdicta eſt alienatio in judicio familiæ erciſcundæ poſt litem conteſtatam. Eodem argumento uti licebit in judicio familiæ erciſcundæ ex hac l. quæ ait, poſt acceptum judicium familiæ erciſcundæ interdictam eſſe alienationem: nam poſt acceptum judicium, & poſt litem conteſtatam, idem eſt ſemper. Ubi interim notandum eſt, aliud eſſe judicium accipere, aliud judicem accipere. Judicium accipit reus lite conteſtata, actor dictat: judicem accipit reus, actor adverſus reum, *l. 9. §. quem igitur, de tut. & rat. di-*

A *ſtrah. & l. 30. mand. l. 1. C. de in lit. jur.* Rurſus exiſtimat Accurſius, in judicio familiæ erciſcundæ etiam poſt controverſiam motam interdictam eſſe alienationem. Monetur *l. Divus, de pet. hered.* quæ ait poſſeſſorem alienæ hereditatis poſt controverſiam motam, ſi vel in jus vocatus ſit tantum, vel ſi porrectus ſit libellus adverſus eum antequam hereditas petatur, nihil ex ea hereditate deminuere poſſe, nihil detrahere, nihil diſtrahere, nihil alienare. Poſt controverſiam motam ait, prohibendum eſſe poſſeſſorem quicquam alienare ex ea hereditate, etiamſi lis non ſit conteſtata. Reſpondi, *l. Divus* loquitur de petitione hereditatis, non de judicio familiæ erciſcundæ; & propterea ait, prohibendum eſſe poſſeſſorem a Prætore, non prohiberi lege, ſed prohibendum eſſe a Prætore, cauſa cognita, quia de univerſo jure heredita-
B tis movetur controverſia: alter enim negat alterum eſſe heredem. Controverſia de familia erciſcunda non eſt de univerſo jure hereditatis: imo alter alterum fatetur eſſe coheredem; ſed eſt de dividendis rebus hereditariis, quæ diviſionem recipiunt, de communione diſſolvenda, dirimenda, nec eſt cauſa interdictæ alienationis, ſi coheres velit ſuam partem alienare ante litem conteſtatam. Poſt litem conteſtatam, id eſt, cœpto judicio familiæ erciſcundæ eſt cauſa, ne quid diviſioni ſubtrahatur. Eſſet abſurdum provocare coheredem ad diviſionem: & interim res diviſioni ſubducere. Provocat autem ad diviſionem alter alterum judicio familiæ erciſcundæ: nam eſt actio duplex, in qua uterque eſt reus, & actor. Petitio hereditatis non eſt actio duplex, & interdictio hæc ex lege eſt. Permaneamus igitur in verbis legis, & dicamus inter-
C dictam tantum eſſe alienationem poſt litem conteſtatam judicio familiæ erciſcundæ, & judicio communi dividundo ſine diſcrimine. Male etiam Accurſius, interdictam eſſe alienationem partis coheredibus, vel ſociis ante litem conteſtatam, ſi fiat judicii mutandi cauſa, ut acturo judicio famil. erciſcundæ, vel communi dividundo opponatur durior adverſarius, in quem ſit alienata pars: nam ex hac cauſa jure non invenies interdictam eſſe alienationem, quod fiat judicii mutandi cauſa: imo vero alienatio valet. Sed is qui alienavit ut duriorem adverſarium opponeret, tenetur in id, quod intereſt duriorem adverſarium non habuiſſe ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſa facta. Ceterum alienatio valet, nec fit irrita: nam & alienatio rei litigioſæ valet ipſo jure, *l. 17. & ſeq. de rei vind.* Sed emptori rem litigioſam per-
D ſequenti obſtat exceptio litigioſi: atque ita per exceptionem redditur inutilis, quæ valet ipſo jure: ac propterea tam venditor, quam emptor rei litigioſæ fiſco tenentur pœnæ nomine, ſi emptor ſciens rem litigioſam emerit, *l. 1. de jure fiſci, l. 2. de litig. l. ult. C. eod. tit.* Punitur, qui vendidit rem litigioſam, vel qui emit: non fit igitur irrita venditio, non fit irrita ipſo jure, nec aliter quam per exceptionem, quæ dicitur exceptio litigioſi: & non ideo poſt litem conteſtatam judicio famil. erciſcun. interdicta eſt alienatio, quod familia ſit litigioſa: (neque enim eſt litigioſa,) ſed quod ſumpto arbitro famil. erciſcundæ cauſa, non debeat ulla res arbitro ſubduci, ſed omnia in medium proferri, quæ hereditaria ſunt, ac poſtea dividi: Male etiam Accurſius in *l. ante C. de ju. dot.* poſt litem conteſtatam familiæ erciſcundæ nomine, vel communi
E dividundo poſſe alienari partem dotis cauſa, quod ducit ex *l. ult. C. de litig.* quæ loquitur de re litigioſa, non de re, de qua dividunda agitur, quæ certe non eſt litigioſa: inter partes enim convenit de dominio ejus rei, & alter alterum fatetur ſibi in ea eſſe ſocium. Itaque non oportet rem litigioſam permiſcere rei, de qua non eſt lis, ſed de diviſione ejus. Et quod ait *d. lex ult.* hoc eſt impune alienari rem litigioſam dotis cauſa, ſponſaliorum cauſa, tranſactionis cauſa, diviſionis cauſa, has cauſas excepit tantum ex quibus ſi fiat alienatio rei litigioſæ pœna in fiſcum non committitur. Sic igitur concludamus: impunita eſt alienatio rei litigioſæ dotis cauſa. At alienatio rei, de qua dividunda agitur, eſt impunita qualibet ex cauſa, quia ipſo jure nulla eſt: nam ſi quid agens nihil

ago, non punior; id tantum pœna plectitur, quod affectum habuit, & lex quæ vetat alienari rem litigiosam est imperfecta. Imperfecta lex est, quæ vetat quid fieri, sed factum non rescindit, verum pœnam injunxit ei, qui fecit, ut lex Cincia, de donis & muneribus, quæ modum imposuit donationibus: prohibebat scilicet donare ultra certam quantitatem, & si plus donatum esset, non rescindebat, ut scribit Ulp. *tit.* 1. §. *quæ prohibet*: sed donatarium coercebat. Imperfecta fuit lex Furia testamentaria, quæ prohibuit capere legatum supra mille asses, & ei, qui ceperit, indixit pœnam quadrupli, nec legatum revocavit. Sic etiam lex, quæ vetat rei litigiosæ alienationem, alienationem non rescindit, sed punit tum venditorem, tum emptorem. Perfecta lex est, quæ rescindit, quod fieri vetat; & ideo perfecta est lex, quæ interdicit alienationem partis post litem contestatam: ideoque qui alienat, nihil agit, & consequenter non punitur. Postremo male Accursius in *l.* 1. *C. comm. divid.* ait, post litem contestatam communi dividundo, vel familiæ erciscundæ, non posse etiam partem pignori obligari, & tamen rem litigiosam posse pignori obligari: placet, quod separat rem litigiosam a re, de qua dividenda agitur, quod supra non fecit; ego volui antea separare accuratissime, quia quæstio divisionis alia est, alia proprietatis, & res litigiosa dicitur tantum, si de proprietate ejus sit lis, alio dicente, se esse dominum, & alio negante. Verum falsum est, quod ait, rem de qua dividenda agitur, non posse pignori obligari: hoc enim ratione vacat, quia pignus non mutat dominium, pignus rem non subducit judicio: nam & res pigneratæ veniunt in judicium familiæ erciscundæ. Causa interdictionis est, ne quid divisioni subducatur. Pignus rem divisioni non subducit: ergo pignus non interdicitur. Falsum etiam quod ait, Rem litigiosam posse pignerari, neque enim potest utiliter: nam creditori, cui pignerata est res litigiosa, agenti hypothecaria obstat exceptio litigiosi, *l.* 1. §. *ult. quæ res pign.* Et alia est sententia Novell. de litig. quam adducit Accursius: non hoc vult, rem litigiosam posse pignerari, sed rem litigiosam non esse eam, de cujus hypotheca, seu pigneratione lis est, sitne posita hypothecæ, an non: sed rem litigiosam esse eam de cujus dominio lis est.

Quod est in *l.* 31. *hoc tit.* est facillimum: non solui judicium familiæ erciscundæ interitu rei hereditariæ. Finge: servus hereditarius pignori obligatus erat: unus ex heredibus sua pecunia luit, deinde actum est familiæ erciscundæ judicio, eoque pendente homo decessit, an solvitur judicium familiæ erciscundæ? & ait, durare officium arbitri propter præstationes, scilicet, quæ eum hominem respiciunt: nam veniunt in hoc judicium præstationes earum rerum, quæ in rebus humanis esse desierunt, *l.* 24. *sed & ejus*, *hoc tit. l.* 18. *in fine*, *l.* 25. §. *idem jur. hoc tit.* nam judex familiæ erciscundæ, quod propter eum hominem luendum coheres de suo solvit, curabit ut coheres partem recipiat pro rata, *κατ' ἀναλογίαν*, ut est in Basil. nam etsi divisione communio sit sublata, præcessit tamen, & duraret etiam hodie, nisi res interiisset. Et ita etiam actio communi dividundo non solvitur interitu rei communis: nam supersunt aliquæ præstationes, quæ spectant ad rem illam, *l.* 9. *l.* 11. *tit. seq.* ac similiter judicium rei vindicationis non tollitur rei interitu, etiamsi res, de qua agitur, sine dolo, & sine culpa possessoris interierit: nam superest adhuc lis propter partus, vel fructus, vel stipulationem de evictione, ut sciatur, an commissa sit ea stipulatio necne, *l. utique*, *de rei vindic.*

Ad L. Sabinus XXVIII. Comm. dividundo.

Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse: unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc prætermisit: & ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio, ad læsionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur.

EX Pap. hodie explicabitur hæc regula Sabini hac lege. Unus ex sociis in re communi nihil facere potest invito socio: secundum hanc regulam, ut scriptum est in *l. parietem*, *de servit. urb.* non potest unus ex sociis parietem, qui naturali ratione communis est, reficere ac demoliri invito socio, quia non solus dominus est: paries est communis naturali ratione, si ædificatus sit in loco communi, ut puteus est communis, si putei solum sit commune, ut puta si sit in confinio, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Et naturalis ratio est, quia semper superficies qualiscumque sequitur jus & conditionem soli, *l. pen. comm. præd. l. pen.* §. *sed si*, *uti possid.* Integerinus paries est, qui duo B ædificia disterminat, ut Glossæ antiquæ interpretantur. Et hic vel est communis inter vicinos, vel proprius alterius horum. Communem reficiendi aut demoliendi jus non est alterutri vicinorum invito altero: imo nec agere ita potest, sicut agitur de servitutibus, jus sibi esse reficiendi, vel demoliendi parietem communem invito socio, & est propria vis *l. parietem*, nullam esse positam actionem talem sicut solet concipi de servitutibus, quia non solus dominus est. Secundum eandem regulam unus ex sociis de communi servo quæstionem habere non potest, nisi communis negotii causa invito socio altero, *l. causa*, *hoc tit.* propter quam puto statim subjectam fuisse hanc regulam. Item secundum hanc regulam, unus ex sociis in loco communi ædificare non potest invito altero, *l. an unus*, *si servit. vindic. l.* 27. *sed si inter*, §. *ult. de servit. urb.* C unus ex sociis in communem locum purum inferre mortuum invito altero, & locum religiosum facere non potest, *l.* 2. §. *an & socius*, *de religio. l.* 6. §. *si quis*, *hoc tit.* Unus ex sociis non potest imponere servitutem fundo communi, *l.* 2. *de servit.* solidam scilicet. Sed nec etiam pro parte sua, quia servitus individua est. Ergo omnibus modis vera est definitio Sabini. Ex ea Papinianus colligit: si quid vicinus faciat in fundo communi invito socio, socio jus esse prohibendi, quia Sabinus ait invito socio: & invitus est proprie, qui prohibet alteri: igitur socio est jus prohibendi per Prætorem extra ordinem, vel per arbitrum communi dividundo: nam agendo de communione tollenda hoc consequitur, ne socius faciat, quod conatur facere, *l.* 3. §. *plane*, *de novi op. nuntiat.* Si quid socius ædificet, vel moliatur, an etiam est jus D prohibendi per operis novi nuntiationem? Minime: quia nec adversus socium agere potest, jus ei non esse ædificandi, licet non possit ædificare in loco communi invito socio, *l.* 26. *in re communi*, *de sevitut. urban.* Fateor, non licere socio ædificare invito socio in loco communi, sed non licet etiam socio, quo invito ædificatur, ita agere, ut agitur de servitute, jus illi non esse ædificandi, quia quodammodo videtur asserere servitutem, & fieri non potest, ut res nostra vel pro parte, vel in solidum, nobis serviat: & consequenter non licebit etiam socio nuntiare opus novum: nam & eadem ratione usufructuarius non nuntiat novum opus proprietario ædificanti, quia nec agere potest, jus non esse domino ædificare se invito, *l.* 2. *de no. op. nunt.* Ergo socio jus est prohibendi tantum per prætorem, vel arbitrum communi dividundo, non per actionem confesE soriam, aut negatoriam, qualis competit de servitutibus, non per novi operis nuntiationem. Jus faciendi non est socio, igitur jus prohibendi est. Id Papinianus verum esse demonstrat pulchra ratione, quæ aptari potest multis negotiis, quia in re pari melior & potentior est causa prohibentis. Alia est regula, in re pari meliorem esse causam possessoris, id est, si in hac re neque ego jus habeo, neque tu, sumus pares; ego tamen, qui possideo. sum potior te. Sed alia est regula, in re pari, &c. Par est, causa utriusque socii in re communi: uterque dominus. In re autem pari, si vel unus intercedat, prohibeat, contradicat, ceteris impedimento est: aut enim omnes consentire debent, quando omnium par est causa, aut injuria fit quidquid fit, & potior est qui prohibet, quam

qui

qui facit, quia socio magis est jus prohibendi, quam faciendi, nec videbatur esse jus prohibendi, sed magis est jus prohibendi quam faciendi sine altero, quia is qui conatur agere, magis quodammodo jus alienum sibi præripit, si quasi solus sit dominus, ad suum arbitrium re uti velit, *l. an unus, si servit. vindic.* Est ea ratio valde notanda; invitus ut dixi, est, qui prohibet. Invitus est etiam is qui abest, & per absentiam prohibere non potest, nam & hic prohibere intelligitur qui abest, quique ignorat quid faciat socius, vel qui scit, nec tamen per absentiam prohibere potest. Quæro an etiam invitus sit is, qui præsens est, & tacet, dum socius in re communi facit aliquid? nam hic neque nolle omnino videtur, neque velle: præsentem & tacentem non posse dicere nolle, & velle. Et notanda est differentia inter eum, qui præsens est, & tacet, & prohibentem vel absentem. Quod si prohibente vel absente socio, socius aliquid fecerit in læsionem socii, id tollere cogitur per prætorem, vel per actionem communi dividundo, & interdum etiam per interdictum uti possidetis, si ex re afferat vel adroget sibi possessionem totius rei communis, ut in specie *l. pen. §. si vicinus, uti possid.* Si vicinus in pariete communi imponat tectoria, incrustationes ac picturas, non tantum pro parte sua, sed etiam ex parte vicini: nam hoc genere inquietat vicinum, & sibi quodammodo defendit possessionem totius parietis, atque ideo uti potest interdicto uti possidetis, ne vim faciat possidenti, & ut abradat picturas, & tollat tectoria ex parte vicini, ne ex eis in futurum argumentum sumat possessionis, & dominii consequenter. Quod si presente & tacente socio, socius aliquid fecerit in re communi, non cogitur tollere quod fecit, sed damnum sarcire actione communi dividundo, si quo affectus sit socius, quo non consentiente fecit. Præsentem esse & tacere est medium quiddam inter consensum & dissensum: ideoque quasi consenserit denegatur ei actio communi dividundo per quam sarciatur damnum quod patitur: nec quasi dissenserit, agit ut opus tollatur. In summa taciturnitas præsentis est media inter consensum & dissensum: taciturnitas autem absentis omnimodo dissensum imitatur hac in re: nam sunt pleræque causæ, in quibus taciturnitas consensum imitatur, nec possis certi quicquam definire in hac quæstione; Qui tacet, consentiat ne, an non? Nam pro subjecta materia alias dissentire, alias consentire dicitur. Absens comparatur contradicenti, prohibenti. Notandum quod ait hæc *l. damnum sarciri*, quod scilicet, fecit socius. Et paulo post, *pro damno*, & in extremo, *ad læsionem ejus:* Nam ut cogatur tollere quod fecit, vel præstare damnum, sane necesse est, ut intersit socii, ut læsus & damnum passus sit: nam si ejus nihil intersit, nulla competit actio, nulla datur actio, nisi ejus intersit cui datur: atque ita etiam si socius aliquid fecerit inscio socio, aut non consentiente in re communi, id permanebit, neque eo nomine convenietur, si alterius non intersit. Recte igitur tribus locis ait, damnum datum, læsionem: Finge, unum ex sociis refecisse parietem communem, vel diruisse reficiendi causa, quia vitium faciebat, & cujus labes gravius damnum rei communi allatura fuisset, finge refectionem necessariam aut demolitionem. Sane tantum abest, ut de eo possit queri alter socius, cujus commodo hæc res cessit, ut teneatur præstare partem impensæ actione pro socio, vel communi divid. cum usuris centesimis, si cessaverit in inferenda impensæ parte intra quatuor menses: nam si traxerit solutionem, quoad exierint quatuor menses, ex oratione D. Marci rei communis dominus fit in solidum ipso jure is, qui refecit rem communem, qui impensam eam necessariam fecerit, *l. si ædibus, de dam. inf. l. cum duobus, §. item respondit, pro socio, l. 4. C. de ædif. priv.* Imo vero, si sit necessaria refectio, vel demolitio parietis communis, vel alterius rei communis, in ipso initio reficiendi, si non patiatur socius reficere, potest eo nomine cum socio experiri communi dividundo, vel pro socio, vel interdicto uti possid. Quia, qui me impedit reficere rem communem, quum est opus & expedit, & rem possidere impedit, tenetur interdicto uti possidetis, quæ est sententia legis *si ædes hoc tit.* in qua notandum maxime quod dicitur, *quum est opus*; nam necessariam refectionem socius non potest impedire, nec est, quod exspectet alter ejus consensum, quando est necessaria refectio, quanquam verum est, eum non posse ita agere, quamvis necessaria sit refectio, vel demolitio, jus sibi esse reficere (facessant hæ formulæ) ac si ageret de servitutibus, sed agit pro socio, communi divid. vel interdicto uti possidetis, cum nobis res communis non serviat, *d. l. an unus, si serv. vind. & l. in re communi, de serv. urb.* Nihil esset addendum, nisi nos Accurs. cogeret, qui putat vitiari hanc regulam Sabini in quibusdam casibus: primum in casu *l. quidam, §. ult. de servit. urb.* quo dicitur, posse socium parietem communem incrustare invito socio: facit igitur aliquid in re communi invito socio. Primum fateor voluptariam esse impensam, non necessariam, non utilem, & ejus non esse repetitionem: nam ea ornamenta ponit in parte sua, quæ res non offendit vicinum: deinde non tam id videtur facere in re communi, quam ad rem communem quod licet, ut ait M. Tullius in Top. ad parietem communem licet adjicere parietem directum, solidum, vel fornicatum, quod adjiciendum est ex *l. fistulam, §. pen. de servit. urb. pr.* Paries directus adjunctus ad communem est, qui ita suspenditur, & retinetur ut sublato communi maneat, nec refectionem communis parietis impediat. Dicitur ergo recte, fieri ad communem, non in communi, & jure igitur etiam non exquisito consensu socii. Vitiari secundo putat Accurs. reg. Sabini, si id faciat socius in re communi, cujus causa res communis parata est, ut si inhabitet ædes communes, si immittat onus in parietem communem: nam parietes destinantur oneri ferendo: vel si inferat mortuum in commune sepulchrum. Hæc omnia licent sociis etiam non explorata sociorum voluntate, *l. 6. §. si quis, hoc tit.* Sed non videtur hæc exceptio recte accommodari ad hanc regulam, quia ab initio, ut id liceret, convenit inter socios, quando ejus rei causa rem communem paraverunt, nec si contradicat socius, ideo non servabitur conventio facta in comparanda re communi. Tertio putat vitiari regulam istam, si reficiatur res communis. Hoc non est admittendum indistincte, sed addendum est, si reficiatur necessario. Quarto eandem vitiari ait, favore necessitatis publicæ & religionis: & hoc facile admitterem in casu *legis sunt personæ, de relig.* (in aliis enim casibus non admitto) in qua socius in locum communem purum potest inferre mortuum aliquem ex suis, forte, si non habeat, ubi inferat, ne corpus insepultum maneat, propter publicam utilitatem, & compellet socium interdicto de mortuo inferendo, ut sinat inferri mortuum, nec tamen erit locus religiosus, nec justum sepulchrum, quia dissentit socius. Postremo ait, vitiari regulam, si res quædam sit communis inter donatorem & donatarium, ex *l. sancimus, §. non autem, C. de donat.* ex eo §. nunquam id colliges, si res sit communis inter donatorem & donatarium, alterum in ea re quicquam facere posse invito altero. Sed sententia hæc est. Finge: Donatio, quam in te contuli, pro parte utilis est, pro parte inutilis ut ante Imp. proponit casum similem: quo casu res donata sit communis inter donatarium & donatorem, quia pro parte tantum donatio consistit, verum mox est dividenda desiderante alterutro, si commode possit dividi, vel ei, cui major pars competit, licet offerre æstimationem reliquæ partis, quam si offerat, alter cogitur accipere: atque ita is totam rem possidebit sublata communione per oblationem æstimationis minoris partis: vel si nolit offerre is, cui major pars competit, licebit ei, cui minor pars competit, alteri offerre æstimationem suæ partis, atque ita totam rem possidere. Is, cui offertur, accipit quidem invitus, sed oblatio hæc nihil facit in re communi: itaque non est quod existimas hanc speciem a regula Sabini.

Ad

Ad L. ex mille LXIV. de Evict.

Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit, si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta, præstabitur: nam quod periit, damnum emptori non venditori attulit. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus, deterior factus sit: nam & e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.

§. 1. *Quod si modo terræ integro, qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt: ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta præstabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus quæ tradita sunt, fuissent evicta: quia alluvionis periculum non præstat venditor.*

§. 2. *Quæsitum est: si mille jugeribus traditis, periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quæ universo fundo decesserunt pro rata novæ regionis esse intelligenda.*

§. 3. *Ceterum cum pro diviso pars reliqua fundi evincitur tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis, præstatur evictio.*

§. 4. *Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit: secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, quemadmodum, si locum certum, aut fundum similiter tradidisset.*

SCiendum est, evictionis nomine venditorem solere promittere emptori duplam, quanti res veniit, ut si decem veniit, promittit 20. & tota re evicta præstantur 20. parte autem evicta, si quidem singulis partibus condictum sit pretium, ejus partis, quæ evicta est pretium duplatur & præstatur ex causa evictionis, *l. si fundo tradito, hoc tit.* Quod si singulis partibus dictum non sit pretium, sed aversione, id est, confuse uno pretio fundus venierit, parte una fundi evicta, quid fiet? quanti ea pars æstimabitur? neque enim ei parti dictum est pretium, & non omnes partes fundi dignitate sunt pares, est una vilior & pretiosior altera, & propter unam partem sæpe totus fundus emitur. In hac quæstione acumina valent Jureconsultorum, si quæ sunt, & separanda est statim pars pro diviso a parte pro indiviso. Si evincatur pars pro diviso, id est, certa pars circumscripta suis finibus, non fiet æstimatio, non præstabitur evictio pro modo ejus partis, pro modo jugerum quibus ea pars constat, licet in emptione modus dictus sit: sed præstabitur evictio pro qualitate ejus partis, hoc est, pro bonitate & pravitate ejus. Finge, fundus venierat decem: ea pars, quæ evicta est, digna fuit octo venditionis tempore, præstabuntur 16. evictionis nomine ex stipulatione duplæ: vel contra, ea pars fuit digna duobus tantum: præstabuntur quatuor ex stipulatione duplæ, quod ostenditur in *l. 1. & l. bonitatis, hoc tit. l. pen. de ædil. ed. & in §. penul. hujus legis.* Et hoc expeditum est, si tanti emisti fundum, quanti dignus erat: nam si emisti minoris, (quod Joannes annotavit) ut si fundum dignum 20. emisti 10. (quæ fraus non est illicita) & evincatur pars tertia pro diviso quæ est digna octo, non præstabuntur octo, nec ea pars æstimabitur octo, quia non tanti empta intelligitur, sed æstimabitur quatuor dimidio minoris, sicut res tota veniit dimidio minoris: & e contrario, si pluris emisti, ut si fundum dignum decem, emisti viginti, & evincatur pars tertia, quæ digna est octo, quanti æstimabitur? Sexdecim, id est, dimidio pluris, quia tanti empta intelligitur, sicut res tota empta est dimidio

A pluris: atque ita ineunda est bonitatis seu qualitatis ratio. Nunc tractemus de parte pro indiviso. Si pars pro indiviso evincatur, æstimatio fiet pro quantitate ejus partis, id est, pro modo jugerum, *l. 1. hoc tit.* Ut si fundus mille jugerum veniit quingentis, & evincantur ducenta pro indiviso, id est, quinta pars mille jugerum: pro indiviso æstimabitur quinta pars pretii, & præstabuntur 200. ex stipulatione duplæ: nam quinta pars pretii est 100. Pars ergo pro indiviso æstimabitur ex quantitate, ex modo: nec enim ex qualitate potest æstimari, cum ejus partis nullum certum corpus subsit, nulla qualitas. Pars est quota ut ajunt, non qualis: pars est sine qualitatibus. His cognitis, finge: Quidam vendidit & tradidit fundum mille jugerum, & stipulanti promisit duplam evictionis nomine: fundus minor factus est eluvione, B quia flumen abstulit ducenta jugera. Eluvio minuit fundum, alluvio auget: flumen igitur abstulit 200. jugera, post evictus est fundus totus, residua igitur octingenta jugera. Jure, inquit Papinianus, ut in *l. ubicunque, de fidejuss. l. fundum Cornel. de novat.* jure, id est ipso jure stricto: jure, inquam, præstabitur evictio pro mille, quamvis evicta sint octingenta tantum, atque ita perinde præstabitur evictio duplex totius pretii mille jugerum, atque si flumen nihil abstulisset, sed mansisset semper integer fundus non immutato modo qui fuit venditionis tempore, atque ita diminutio illa fundi, sive periculum eluvionis, non pertinet ad emptorem, qui agit de evictione, perinde atque si mille essent evicta in duplum, sed ad venditorem. Idemque erit, si fundus incuria deterior factus sit. Differentiam facit inter fundum minorem & deteriorem, C *ut §. cum autem, Institut. de empt.* minor si fundus, si minuatur modus terræ: deterior, si integro modo terræ terra uratur, vel alio modo corrumpatur, utrumque periculum respicit venditorem, non emptorem toto fundo evicto, quod ita proponit in §. 1. *his verbis: Si totus fundus, &c.* Id probat Papinianus a contrario secundum id, quod dicitur, eandem esse rationem contrariorum, eandem esse augmenti, & diminutionis, si fundus venditus melior fiat, aut pejor, & totus postea evincatur, venditor non tenetur nisi pro mille, id est, in duplum pretii fundi mille jugerum qui fundum addixit, etiamsi fundo accesserint alia mille jugera, & evincantur bis mille jugera. Ejus incrementi non habebitur ratio in causa evictionis, ergo nec diminutionis. Sed etsi supersint tantum octingenta, quæ evincantur, æstimatio D fiet mille jugerum, id est, pro mille jugeribus æstimabitur in duplum. Huic sententiæ objicitur *l. 70. hoc tit.* quæ ait, si minor fiat fundus, ut si flumen ei aliquid auferat, damnum esse emptoris: minui igitur emptori quantitatem evictionis. Item obstat *l. si cum venditor, §. ult. hoc tit.* quæ ait, si deterior fiat fundus, minui quantitatem evictionis, si melior, augeri: atque ita in causa evictionis spectandum, quanti res sit evictionis tempore, non & quanta fuerit venditionis tempore, & qualis. Et in *l. Titius, §. ult. & l. id quod, de act. emp.* si servus venditus apud emptorem deterior factus sit, minui præstationem evictionis: sin autem melior sit cum evincitur, si didicerit artem aliquam, augeri æstimationem evictionis. Æstimationem igitur non reduci ad tempus venditionis, sed sumi ex tempore evictionis; quod est contra hunc E §. 1. hujus leg. Fatentur omnes interpretes, & rectissime, constituendam esse in hac re differentiam inter actionem ex stipulatu, & actionem ex empto. Illæ leges sunt de actione ex empto, *l. 70. & l. Titius, & l. id quod, de act. empt. Et l. si cum venditor, §. ult.* est de actione præscriptis verbis, quæ ex permutatione datur, sive ex divisione, quid est divisio? distributio partium, quæ fit permutatis partibus, est igitur de actione præscriptis verbis, quæ datur ex permutatione, vel divisione, quæ comparata est ad exemplum actionis ex empto, & est bonæ fidei, sicut actio ex empto. Illæ igitur leges sunt de actione ex empto, vel quasi: hæc lex de actione ex stipulatu, vel quasi: hæc actio competit in solidum, sicut stipulatio concepta est in solidum, & in duplum stricto jure, quod

omnes

omnes ſtipulationes ſequuntur, tota re evicta, ſive minor ſit res, ſive major, quum evicta eſt, & ſive deterior, ſive melior: Eadem enim res eſt, quæ fuit ante, etiamſi aucta ſit, vel diminuta: alioqui nos non eſſemus iidem, propterea quod quotidie, ut Philoſophi dicunt, & refertur in *l. proponebatur, de jud.* atomi, quibus corpora noſtra conſtant, decedunt a nobis, & alii in eorum locum accedunt, ergo idem eſt fundus, qui venditus eſt, licet deminutus ſit, & ſit modo octingentorum tantum jugerum, non mille, & perinde atque ſi eſſet integer, & ita evictus agetur in duplum pretii ſine deminutione, id eſt, pro mille jugeribus: hoc eſt jus ſtrictum ſtipulationis. Actio ex empto, vel actio præſcriptis verbis ex permutatione, eſt bonæ fidei, in qua etiamſi tota res evicta ſit, ultra pretium id tantum venit, quod æquum & bonum eſt, id eſt, quod revera emptoris intereſt; ſi minor ſit fundus quum evincitur, minor erit æſtimatio ejus quod intereſt: ſi major ſit fundus, major erit æſtimatio ejus quod intereſt: & ita in hoc tractatu de evictione ſæpe quamvis id auctores non exprimant, diſtinguenda eſt actio ex ſtipulatu ab actione ex empto, etiamſi utraque detur evictionis nomine, non enim utraque eodem jure eſt, quia una eſt bonæ fidei, altera ſtricta; quod oſtendam aliis duobus exemplis. Fundo vendito & evicta parte fundi pro diviſo, in actione ex ſtipulatu fit ejus bonitatis æſtimatio, quando parti non eſt dictum pretium, quæ fuit venditionis tempore, *l. bonitatis, h. tit.* in actione ex empto fit, quæ fuit evictionis tempore. Item domo vendita & evicto tigno, non eſt actio ex ſtipulatu de evictione, quia neque domus evicta eſt, neque pars domus, tignum non eſt pars domus, imo nec venditum videtur tignum, *l. nave, h. tit.* Eſt tamen actio ex empto in id, quod intereſt, *l. eum qui de uſucap.* Et ſimiliter vendita ancilla & evicto partu non eſt de evictione actio ex ſtipulatu, quia non eſt venditus partus, *l. ſi prægnans, hoc tit.* eſt tamen actio ex empto, quod noſtra interſit partum ſequi matrem, *l. venditor, h. tit.* Atque ita ſæpe nobis eſt accurate ſeparanda actio ex ſtipulatu ab actione ex empto. Nunc conſtituamus aliam ſpeciem, in qua non evincitur totus fundus, ut ſuperiori ſpecie poſuimus, ſed pars fundi pro indiviſo poſt eluvionem fluminis. Finge: Quidam vendidit fundum mille jugerum, & promiſit duplam; flumen abſtulit ducenta jugera, deinde evincuntur ducenta jugera pro indiviſo, id eſt, quinta pars mille jugerum, non evincitur totus fundus, id eſt, octingenta, quibus nunc conſtat fundus, ſed pars quinta tantum, id eſt, ducenta. Hoc caſu non eſt differentia inter actiones, ſed ſive agatur ex empto, ſive ex ſtipulatu ob evictionem, periculum eluvionis reſpicit emptorem, & præſtatur evictio pro parte quinta tantum mille jugerum, id eſt, pro ducentis, quæ evicta ſunt. Sed videbatur eſſe præſtanda evictio pro parte quarta mille jugerum, id eſt, pro ducentis quinquaginta, hoc argumento quod intellexit Accurſius initio gloſſæ tertiæ, & notandum eſt maxime argumentum. Sic argumentor: ſi evicto toto fundo, cujus modus nunc eſt octingentorum jugerum, quoniam flumen abſtulit ducenta, evictio præſtabitur pro modo fundi, qui olim fuit, id eſt, pro mille, ut in §. 1. & evicta igitur parte quarta fundi, qui nunc eſt octingentorum, evictio præſtabitur pro quarta parte fundi, quæ olim fuit, id eſt, pro ducentis quinquaginta, ſervata ſcilicet eadem ratione in parte, quæ ſervatur in toto. Quod tamen Papinianus non admittit hac ratione, quia quinquaginta illa, quæ ſuperadjicis, id eſt, quartam partem ducentorum, flumen abſtulit, quæ res cedit damno emptoris non venditoris, cum pars evincitur, non totum. Non ita recte argumentaris: ſi evictis ducentis jugeribus pro ducentis tantum præſtatur evictio, & evicto igitur fundo toto, qui nunc eſt octingentorum, pro octingentis tantum præſtabitur evictio. Falſa eſt collectio, & omnino ea ſententia Papiniani res ita procedit. Toto fundo evicto, periculum eluvionis reſpicit emptorem. Et nihil reſtat quam ut exponamus rationem differentiæ. Quæſo repetamus eam ſpeciem quæ

A proponitur initio l. ex mille jugeribus venditis & traditis præſtita cautione duplæ, ducenta flumen abſtulit, poſt evicta ſunt ducenta pro indiviſo. Quæritur pro qua parte ſit commiſſa ſtipulatio duplæ, pro quinta, an pro quarta? & Papinianus ait, pro quinta eſſe commiſſa, non pro quarta. Ubi dubitatur quam quintam, aut quam quartam intelligat Papinianus; an quintam reſiduorum octingentorum, id eſt, centum ſexaginta, & quartam etiam reſiduorum octingentorum, id eſt, ducenta? quod ſtare non poteſt; an quintam mille jugerum, id eſt, ducenta, & quartam octingentorum, id eſt, totidem? quod eſſet perabſurdum: vel contra, an quintam octingentorum 150. & quartam mille jugerum, id eſt, 250. quod etiam ſtare non poteſt; an igitur quintam mille jugerum, id eſt, ducenta, & quartam etiam mille jugerum,
B id eſt, ducenta & quinquaginta? Et hoc eſt verius; nam & ita capitur quinta & quarta in §. *quæſitum, in hac l. &* in §. *quod ſi modo*, in illo loco: *Pars quinta præſtabitur.* Hoc igitur Papinianus ait; non præſtari ſtipulationem duplæ in ſpecie propoſita pro quarta parte mille jugerum, id eſt, pro ducentis quinquaginta, ſed pro quinta, hoc eſt, pro ducentis, quæ etiam ſola evicta ſunt; & ideo ſi fundus mille jugerum venierit 50. aureis, evicta parte quinta, id eſt, ducentis, poſt eluvionem ducentorum, non præſtabuntur 25. emptori actione ex ſtipulatu, ſed 20. tantum. Simpla quintæ partis pretii eſt decem: ſimpla quartæ partis eſt 12. cum dimidio. Duplanda autem eſt ſimpla quintæ, non quartæ: atque ita fit, ut præſtentur tantum viginti, non viginti quinque. Et ſimiliter, ſi fundus venierit decem, non præſtabuntur quinque, ſed
C quatuor tantum. Simpla quintæ partis, eſt duo: ſimpla quartæ, duo & ſemis, & duplanda eſt, ut dixi ſecundum reſponſum Papiniani, ſimpla quintæ, non ſimpla quartæ. Ratio autem decidendi, cur pro quinta parte tantum mille jugerum, quæ eſt quarta octingentorum, non etiam pro quarta mille jugerum, hoc eſt, pro ducentis quinquaginta, cur inquam, pro quinta, non pro quarta mille jugerum præſtetur dupla, hæc eſt; quia illa ducenta, quæ flumen abſtulit emptori perierunt, ut jam non poſſit illorum ducentorum quartam partem, id eſt, 50. a venditore repetere per evictionem, ac ſi evicta eſſent, nec ei periiſſent: nam ſane ei perierunt. Et generaliter veriſſimum eſt, poſt perfectam venditionem præter evictionis periculum ad emptorem pertinere omne periculum deminutionis & deteriorationis cum ad eum
D etiam pertineat omne commodum augmenti, & meliorationis: quod & nominatim de commodo alluvionis, & periculo eluvionis ita eſt proditum, *l. id quod, de peric. & comm. rei vend.* Et hoc eſt, quod Papin. ait in prima parte hujus l. Ratio autem, propter quam dubitatur, an ſtipulatio committatur pro quarta parte mille jugerum, id eſt, pro ducentis quinquaginta, ſumitur ex §. *ſeq.* argumentando a toto ad partem: quod etiam Accurſ. intellexit, & omnino vim præcipuam hujus legis intellexit: nec potui tandem poſt longam diſputationem, quam ab hac hyeme uſq; in hunc diem traxi tecum, doctiſſime Gregori, in ſententia Accurſii non manere. Ratio igitur dubitandi hæc eſt. Evicto fundo toto; qui nunc eſt octingentorum, ſtipulatio duplæ committitur, ut ait in §. *ſeq.* non pro pretio octingentorum, ſed pro pretio mille
E jugerum, perinde ac ſi fundo nihil deperiiſſet: ut ſi fundus venierit 100. ex ſtipulatione duplæ præſtantur ducenta, non 150. Sic igitur argumentor: evicto toto fundo, qui nunc eſt octingentorum jugerum, pro toto fundo, qui olim fuit mille jugerum, præſtatur evictio: ergo evicta quarta parte fundi, qui nunc eſt, id eſt, pro ducentis, non pro ea parte præſtatur evictio, ſed pro quarta parte fundi, qui olim fuit, id eſt; pro ducentis quinquaginta. Sed reſpondeo, non valere argumentum a toto ad partem, & aliam eſſe rationem totius fundi, aliam evictæ partis. Videamus, quæ ſit ratio differentiæ: ea non eſt obſcura: ſi fundus nunc eſt octingentorum jugerum, perinde committitur ſtipulatio, ac ſi fundus mille jugerum evictus fuiſſet, & duplatur pretium mille jugerum: quia

jure

jure committitur ſtipulatio in totum, cum fundus evictus ſit totus, quantus quantus eſt, qualis qualis eſt, etiamſi unius tantum jugeri fundus fuerit, cetera jugera flumen abſtulerit: Perierunt quidem etiam hoc caſu emptori ſecundum regulam juris, quæcunque flumen abſtulit, ſed finguntur non periiſſe ei, aut diſſimulamus ei periiſſe, & perinde, ac ſi non periiſſent, & evictus fuiſſet fundus mille jugerum, ei competit actio ex ſtipulatu: quia verum eſt totum fundum fuiſſe evictum, quamvis cum evinceretur, non fuerit tantus, quantus cum venderetur. Priore autem caſu hujus l. non jure committitur ſtipulatio pro quarta mille jugerum, cum non quarta, ſed quinta evicta ſit, id eſt, ducenta, quia iniquum eſt emptori præſtari amplius evictionis nomine, quam evictum eſt, & ducenta tantum evicta ſunt: ex ducentis, quæ flumen abſtulit, nihil eſt evictum: eorum igitur rationem haberi non convenit, etiamſi forte flumen fundum redegiſſet ad unum jugerum, cetera abſumpſiſſet, & evinceretur ſemijugerum pro indiviſo, non pro dimidia parte mille jugerum, ſed pro dimidia unius jugeri, quæ evicta eſt; committeretur ſtipulatio duplæ: hæc ratio apertiſſima eſt. Neque eſt alia quærenda. Azonis ratio alia eſt, quæ tamen Accurſio placet, ideo evictis ducentis, ſive parte quinta, non haberi rationem ejus, quod flumen abſtulit, quia quantum eluvio abſtulit, inquit Azo, tantum forſan poſt alluvio allatura eſt. Is qui ſperat commodum alluvionis, æquo animo debet ferre incommodum eluvionis. Evicto autem fundo toto, emptor nullum ſperat commodum alluvionis, quia nihil ex fundo retinuit. Sed ea ratio non eſt probanda nobis, quia non propter ſpem incertam alluvionis, vel cujuſvis commodi futuri periculum pertinet ad emptorem ex regula juris, ſed quia venditio perfecta eſt, & id tantum poteſt ex fide bona imputari venditori, quod dolo vel culpa ejus accidit, §. *cum ante, de empt. & vend.* Quæ ratio etiam efficit, ut ſequenti caſu, quo totus fundus evincitur, periculum etiam eluvionis pertineat ad emptorem, quamvis toto fundo evicto nullum ex alluvione lucrum ſperet, ſed effectu ipſo, perinde atque ſi ad eum non pertineret periculum, res æſtimatur & ſtipulatio committitur. Altera ratio differentiæ, quam Accurſ. affert, ideo evicto fundo toto, qui nunc erat octingentorum, & fuerat venditionis tempore mille, ſtipulationem committi pro mille, quia, qui eum evincit, ſi integer permanſiſſet, eum etiam evicturus erat, id eſt, mille jugera: quæ ratio merito diſplicet, quia non, quod evicturus quis fuerit, committitur ſtipulatio duplæ interpoſita evictionis nomine, ſed quod evicerit, *l. ſi rem, §. 1. h.tit.* Et fuit formula actionis de evictione hujuſmodi adverſus venditorem; *quod evictionis nomine victus fueris*, id eſt, quod denuntiato te ac præſente, ac liti ſubſiſtente res mihi evicta fuerit: vel dicamus, quod te denuntiato, ac præſente, & liti ſubſiſtente res evicta mihi fuerit: quod evicerit igitur adverſarius, non quod evicturus fuerit: & diſplicet ratio, quæ Accurſio diſplicet, nec placet quæ eidem placet. Non admitto etiam quod Accurſ. in ponenda ſpecie primæ partis, fingit, eum, qui evicit ducenta jugera pro indiviſo, petiiſſe 250. ab emptore, & emptorem ei reputaſſe 50. pro rata ducentorum, quæ flumen abſtulerat, atque ita eum non eviciſſe totum, quod petierat, id eſt, ducenta quinquaginta, ſed ducenta tantum. Nam etiamſi hoc emptor non fecerit, res ita procederet ut diximus: non eſt igitur neceſſe id fingere ubi ſuppletione non eſt opus. Quæ auctor omittit, & nos omittere debemus.

Ad §. quod ſi I.

NUnc videamus, quid præterea ad hæc tractet Papin. Proponit ſpeciem novam in §. *quod ſi, h.t.* ſed adſimilem ſuperiori. Quidam vendidit fundum mille jugerum, cui flumen nihil abſtulit, imo vero adjecit 200. jugera alluvione, deinde pro indiviſo evicta eſt pars quinta totius, id eſt, mille ducentorum jugerum pars quinta eſt evicta: igitur evicta ſunt 240. de mille ducentis: de ducentis, quæ accreverunt 40. Quæritur pro qua parte præſtetur evictio, an pro 240. quæ evicta etiam ſunt? Minime. Sed pro ducentis tantum, perinde atque ſi ſola 200. de mille fuiſſent evicta, non 240. quia periculum ejus, quod alluvione acceſſit, non præſtat venditor; neque enim id vendidit, nec de eo cavit quicquam, quod notandum: periculum alluvionis non præſtat venditor, ſed rei venditæ. Huic definitioni obſtat *l. 15. in princ. h. tit.* Si id, quod alluvione ceſſit evictum ſit, ait in actione ex ſtipulatu de qua accipienda eſt, *ut l. bonitatis* quæ præcedit, bonitatis æſtimationem fieri, non quæ fuerit venditionis tempore, ſed quæ alluvionis tempore: quo acceſſit illa pars fundo vendito, & pro bonitate ejus, quod alluvione acceſſit, damnari venditorem: præſtat igitur venditor periculum alluvionis, ſi evincatur. Reſpondeo, quod omnes agnoſcunt, in ea lege conveniſſe aliquid inter contrahentes de eo, quod accederet alluvione, quod eſſent frequentes in ea regione alluviones, & proximus flumini venditus fundus: nam citra conventionem ſane venditor evictionem ejus quod alluvione accedit non præſtat. Obſtat etiam *l. 16. in princ. h. tit.* quæ ait, evicto fundo vendito agi ex empto de eo, quod acceſſit: loquitur de actione ex empto, fateor, ſed quod attinet ad id, quod accedit alluvione, ejus nomine, neque ex empto de evictione, neque ex ſtipulatu venditor conveniri poteſt. Et verum etiam *d. l. 16.* non loqui de eo, quod acceſſit alluvione, ſed de eo, quod acceſſit, vel nominatim, vel etiam tacite. Nominatim, veluti ſervo vendito peculium tacite accedit, ut ancillæ venditæ partus, & ſi evincatur partus, actio eſt ex empto, non ex ſtipulatu, ut heri diximus, non quaſi ſit venditus partus, nec enim eſt venditus, ſed quia acceſſit rei venditæ, *l. 4. de penu leg.* & ita ibi recte Accurſ. accipit *d. l. 16.* hic male.

Ad §. quæſitum II.

ALia ſpecies, quam attingit Papinianus in §. *quæſitum*, hæc eſt. Quidam vendidit fundum mille jurum, flumen abſtulit 200. mox idem flumen adjecit 200. per aliam partem fundi: poſt evicta eſt quinta pars totius, id eſt, 200. pro qua parte præſtabitur evictio, ſeu committetur ſtipulatio: non pro parte quinta lex ait, id eſt, pro 200. quamvis ſint evicta: non etiam pro quarta mille jugerum, id eſt, pro 250. ſed committitur pro quinta octingentorum, id eſt, pro centum ſexaginta: cur non committitur etiam pro reliquis 40. hoc eſt, pro quinta ducentorum, quæ alluvio attulit? Ratio eſt in promptu, quia ut lucro emptoris ceſſit alluvio, ita pro rata ejus alluvionis evictionis periculum ſuſtinere debet, non venditor. Et Papinianus ait, hoc eſſe conſequens ſuperioribus, id demonſtremus. Non committitur ſtipulatio pro quarta parte mille jugerum, id eſt, 250. quia nec pro ea parte præſtaretur evictio, ſi nihil alluvione acceſſiſſet: non etiam pro parte quinta, quia pro rata alluvionis, id eſt, pro quadraginta periculum evictionis venditor non præſtat, ut dictum eſt §. præcedenti. Sunt igitur detrahenda ex 200. quæ præſtarentur, ſi nihil alluvio attuliſſet, quadraginta pro rata ejus, quod alluvio attulit, quodque periculo eſt emptoris, non venditoris: hoc eſt quod ait in §. *quæſitum*: mihi placet valde, quod novam regionem vocat eam, quæ alluvione acceſſit, quia per aliam partem acceſſit, quam qua fugerat: Nam ſi per eandem ipſam partem acceſſerit, qua deceſſit, eadem pars videtur eſſe, id eſt, fundus ſuæ priſtinæ formæ reſtitutus videtur, & forte tum præſtaretur evictio pro ducentis.

Ad §. pen. & ult.

QUod ſubjicit Papin. in §. *pen.* non eſt de parte pro indiviſo, ſed de parte pro diviſo: ſed quod eſt in §.

ult.

ult. eſt etiam de parte pro indiviſo non quidem affine, aut conſequens ſuperioribus, ſed acutum tamen ut ſuperiora. Finge, vendidi tibi unum jugerum pro indiviſo, ex fundo ſcilicet, quem habebam communem cum alio, & vendidi pro indiviſo: nec enim poteram aliter, non facta diviſione inter me, & ſocium. Præterea eum tradidi tibi pro indiviſo, non potui tradere corporaliter, quia ea pars quodammodo non eſt corporea. Sed traditionis multa ſunt genera, & tradidi tradito tibi inſtrumento meæ auctoritatis, *de mon titre*, qui modus traditionis receptus eſt, *l. 1. C. de donat. l. pen. §. ult. de leg. 3.* Quæritur, an totum jugerum fecerim tuum traditione? an traditione unius jugeri pro indiviſo, totius jugeri dominium in te tranſtuli? Minime, ſed pro dimidia tantum, quia erat tantum meum pro dimidia, altera dimidia erat ſocii: & ita erant confuſæ noſtræ partes per totum fundum, ut unaquæque gleba eſſet inter me & ſocium communis: ergo traditione jugeri non alienavi niſi partem dimidiam. Igitur, quod eſt ſupplendum, pro altera parte præſtabitur evictio, quam tibi vendere non licet, cum non dominus vendidero, & eam tibi ſit evicturus ſocius meus, qui nunc eſt tuus. Idemque erit ſi ego fundum, quem communem habebam cum alio, vel certum locum, id eſt, certam partem fundi (nam dividitur fundus in loca & regiones) tibi tradidero: Nam videor tantum tradere, & tradendo transferre dominium ejus partis, quam in eo fundo habeo pro indiviſo: alterius partis non facio te dominum nec poſſum, quia in eo nihil juris habeo, & ideo pro parte una tantum præſtatur evictio.

❦❦❦❦❦❦❦❦❦❦

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. VIII. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIX. de Interrog. in jur. fac.

Si filius, cum pro patre ſuo ageret, taceat interrogatus, omnia perinde obſervanda erunt, ac ſi non eſſet interrogatus.

HÆC lex brevis quidem eſt, ſed comprehenſione rerum longa ſatis & obſcura admodum, adeo ut nemo bene adhuc eam explicarit. Titulus eſt *de interrog. in jure fac.* In jure, id eſt, apud prætorem, ad ſellam prætoris, vel præſidis: actiones, vel exceptiones, vel replicationes, vel interdicta, vel ſtipulationes prætoriæ poſtulantur in jure: & ut M. Tullius eleganter 2. *de Invent.* ait, quodammodo poteſtas agendi datur in jure, & omnis privatorum judiciorum ordo conſtituitur. Denique eadem res bis veluti agitur, apud prætorem quaſi velitatione: apud judicem eum, quem dedit prætor, quaſi juſto certamine. Fiunt etiam in jure ſæpe interrogationes, antequam detur actio, & judex ſtatuatur: veluti cum is, adverſus quem poſtulatur actio, interrogatur, quota ex parte heres ſit, ut ex ea conveniatur, & formetur actio: Nam heres creditori hereditario ex 12. tabul. non tenetur ultra portionem hereditariam, & cauſa cadit creditor, vel alia pœna afficitur hodie, ſi contra heredem ex quadrante agat in ſemiſſem, quia quantitate plus petit: vel etiam is, adverſus quem poſtulatur actio, interrogatur, an filius ſuus ſit, vel in ſua poteſtate, an ſervus, cujus nomine poſtulatur actio de peculio, vel de in rem verſo, vel quod juſſu, vel inſtitoria, vel exercitoria, vel noxalis actio: Nam cauſa cadit etiam is, qui non cum eo agit, quocum agi oportet. Formandæ igitur & concipiendæ futuræ actionis cauſa, antequam ea detur, in jure fiunt interrogationes, ne aliter agatur, quam oportet, ne plus petendo actor cauſa cadat, damnumve ſentiat, *l. 1. hoc tit.* Et interrogationes ejuſmodi fiunt ab eo, qui acturus eſt, ab adverſario, vel actore ipſo, ubi æquitas eum movet, ubi laborat in concipienda formula, & interrogatus reſpondere cogitur, ac mox

A ex ſua reſponſione convenitur ex hoc edicto *de interrog. in jur. fac.* nam ſi confiteatur, ſe heredem eſſe ex aſſe, ex contractu defuncti convenitur in aſſem: vel ſi interrogatus quota ex parte ſit heres, confiteatur ſe heredem non eſſe; quo caſu neceſſe fuit proprie illud edictum proponi, & dari ex eo eandem actionem in eum, qui falſo confiteretur: Nam fides ei habetur contra ſe, & perinde ac ſi heres eſſet, convenitur ex edicto, *l. de ætate, §. 1. hoc tit.* Dixi ſciens, qui ſciens ſe heredem non eſſe, confitetur tamen ſe heredem eſſe: Nam ignoranti & erranti ſuccurritur ut *d. l. de ætate, §. ex cauſa*: ut ſi filius ignorans ſe eſſe exheredatum, reſpondeat ſe heredem eſſe: vel etiam ſi quis ignorans falſum eſſe teſtamentum, in quo eſt heres ſcriptus, reſpondeat ſe heredem: ignoranti ſuccurritur, ne ex ſua confeſſione damnetur, quæ falſa
B eſt. Et denique falſa confeſſio ei tantum nocet, qui improbe confitetur, qui mentitur, non qui mendacium dicit. Notandum etiam falſam confeſſionem ita demum nocere, ſi juri & naturæ congruat: Nam ſi juri vel naturæ refragetur, nihil nocet: ut ſi quis interrogatus, an ille ſuus filius ſit, reſpondeat filium ſuum eſſe, cum tamen ætas ejus non patiatur, ut filius ejus eſſe poſſit, falſa eſt confeſſio, ſed naturæ repugnas, quia quod confitetur non poteſt eſſe, nec fieri: vel etiam ſi liberum hominem confiteatur ſervum ſuum eſſe, quod abhorret a jure & natura, vel etiam ſi eum, qui jam exceſſit e vita, confiteatur ſervum ſuum eſſe, ut in *l. confeſſionibus, & l. ſeq. & l. ſi ante.* Joculares ſunt hujuſmodi confeſſiones potius quam improbæ. Qui jocatur, non mentitur, mendacium eſt ſpecies doli mali, *l. quid enim, de dol. mal.* Ergo
C qui confitetur ſe heredem eſſe, quod dicitur exempli gratia, omnimodo convenitur, ſive mentiatur, ſive verum dicat, non ſi mendacium dicat. Nam qui fallitur, venia dignus eſt: contra is, qui negat ſe heredem eſſe, & verum dicit, non convenitur; qui mentitur, ut ſi neget ſe heredem eſſe, qui heres eſt; in ſolidum convenitur in aſſem, licet heres ſit ex parte tantum: hanc mendacii fert pœnam, *d. l. de ætate, §. ſi non.* Et ita ſi quis negat ſervum ſuum eſſe, cujus nomine poſtulatur actio noxalis, cum tamen is ſervus ſit ſuus, ſi mentiatur negando ſervum eſſe, non in hoc convenitur, ut ſervum noxæ dedat, *l. ſi ſervus, hoc tit. l. 1. §. interdum. ſi quadr. paup. fec. dic.* Sed ſi mendacium dicat, negando ſe heredem eſſe, id eſt, ſi juſto errore ductus, non dolo malo neget ſe heredem eſſe, cum tamen heres ſit, ut quia teſtamentum cer-
D nit prius, in quo alius eſt heres ſcriptus & ignorat prius ruptum eſſe poſteriori, in quo ſcriptus eſt ipſe, ducitur hic falſo errore, ut neget ſe heredem eſſe, & ideo excuſatur *d. l. de ætate, §. qui juſto.* Quid autem dicemus, ſi interrogatus in jure taceat? de confitente & de negante diximus, nunc de tacente. Et placet eum, qui tacet quaſi mendacem propter ſuam contumaciam teneri in ſolidum, etiam ſi ſit ex parte heres, vel ex nulla parte; perinde atque ſi dolo malo negaſſet ſe heredem eſſe, cum eſſet. Taciturnitas negationem imitatur, non confeſſionem, *d. l. de ætate, §. qui cavit, & §. nihil.* Ubi adjicitur illa ratio contumaciæ: quia qui non reſpondet prætori, vel alii apud prætorem, qui non reſpondet in jure contumax eſt, id eſt, contemnit majeſtatem prætoris, contemnit jus: contumax dicitur a condemnendo, *l. contumacia, §. 1.*
E *de re jud.* videtur παρετυμολογεῖν: Contumax is eſt, qui non reſpondet ei, cui obtemperare debet: ſuperbus is eſt, qui non reſpondet etiam cui obtemperare non debet. Et inde M. Tull. 2. de orat. *ex Juriſconſultis noſtris Trebatius & Caſſ. ſuperbos dici volunt, qui rogati non reſpondeant:* & idem in Lucullo, *ſi habes quod reſpondeas, nec reſpondes, ſuperbe agis.* Quod erga alium ſuperbia eſt, erga prætorem eſt contumacia, quæ ita plectitur, ut habeatur tacens pro negante. Et ita in ceſſione in jure is qui tacet, pro negante habetur: neganti comparatur, Cajus 2. *Inſtitut.* ut refert Boet. *Poſtquam,* inquit, *is, cui res in jure ceditur, vindicaverit, Prætor interrogat eum, cui cedit, an contra vindicet, quo negante vel tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eandem rem addicit prætor:* comparatur neganti tacens.

Verum etiam aliquando tacenti ſuccuritur, ut in ſpecie *l.19. ſi filius hoc tit.* Credo vos ſcire filium, qui beneficio prætoris abſtinet ſe hereditate paterna, non deſinere eſſe heredem jure civili, heres manet poſt abſtentionem nomine nudo, non rè, quia re ſe abſtinet. Jure igitur civili heres eſt, ſed jure prætorio non habetur loco heredis. Finge: Hic in jure interrogatus poſt abſtentionem a creditore hereditario, vel a prætore inſtante creditore hereditario tacuit: videtur ergo negaſſe ſe heredem eſſe, cum tamen heres ſit jure civili; atque adeo videtur teneri in ſolidum creditori. Imo vero non tenebitur, quia etſi mentiatur negando vel tacendo jure civili inſpecto, jure tamen prætorio inſpecto, neque mentitur, neque mendacium dicit, *d. l. ſi filius*, aliquando etiam tacente eo, qui interrogatus eſt, omnia perinde obſervantur, ac ſi interrogatus non fuiſſet. Quod proponitur in hac l. his verbis: *Si filius, cum pro patre ſuo ageret, taceat interrogatus.* Accurſius aliter legit: *ſi filius cum patre ſuo ageret.* Et ita rem bene explicat, ſi lectio eſt caſta: Filiusfam. vult agere cum patre, & viciſſim pater cum filio: mutuæ ſunt petitiones, mutuæ actiones, & interrogatus filius tacet, nulla eſt interrogatio: nullum igitur taciturnitatis periculum. Cur? quia nullum eſt judicium, quod poſtulatur, nulla lis eſſe poteſt inter patrem & filium. Et utitur argumento *l. 9. §. 1. hoc tit.* ſi ſervus interrogetur in jure, nulla eſt interrogatio, quia interrogatio fit formandi judicii cauſa: atqui cum ſervo nullum judicium eſt, nulla eſt interrogatio, ſi nullum judicium ſequi poſſit. Et mihi videtur veriſimile, Accurſium & anteriores mutaſſe ſcripturam hujus legis, quod veram non intelligerent, ſed non bene mutarunt: quia ut legunt eſt imperfecta oratio, quia ita eſſet legendum, *ſi filius cum ageret cum patre ſuo*: veram ſcripturam retinent Florentini ſicut plurimum: *Si filius cum pro patre ſuo ageret.* Et Baſilica ὁ υἱὸς ὑπὲρ τοῦ πατρὸς ἐνάγων ἔσω ἐρωτηθεὶς σιωπήσῃ. Elegans eſt ſententia Papiniani, filius poteſt agere pro patre, etiam ſine mandato, *l. ſed & hæ de procurat.* Sunt quædam perſonæ, quæ poſſunt agere pro aliis etiam ſine mandato, ut liberi, fratres, liberti: ſed finge eum, cum quo agit filiusfamil. pro patre, agere viciſſim nomine patris, mutuas eſſe actiones, mutuas petitiones, ſi patrem non defendat filius, qui litem facit, ſive inchoavit pro patre, non poteſt agere. Pœna procuratoris non defendentis hæc eſt, ut ei denegetur actio, *l. mutus, §. pœna, de procurat. l. 7. de novi op. nunt.* Nunc ergo filius agit recte pro patre ſuo: ſed rurſus non aget recte, niſi & patrem defendat, ſi conveniatur ab eo; cum quo agit nomine patris, non videtur autem defendere is, qui non cavet, ſeu ſatisdat judicatum ſolvi, non eſt idoneus defenſor alienæ litis quiſquam ſine ſatiſdatione judicatum ſolvi, *l. qui proprio, §. qui alium, de procurat. l. 18. §. pen. de caſtr. pec. §. pen. Inſtitut. de ſatiſd.* quæ ſatiſdatio habet tres clauſulas: de ſolvendo judicato, *de payer la choſe jugee*, de re defendenda, & de dolo malo, ut is abſit habet ſemper has clauſulas, ſeu cauſas tres. Non videtur etiam defendere is, qui interrogatus tacet. Procurator enim eum cujus nomine agit, debet defendere non tantum in actionibus, ſed etiam in interdictis, & in ſtipulationibus, & in interrogationibus, quæ fiunt in jure, ſi taceat non videtur dominum defendere, *l. non ſolum, in princ. de procur. l. 9. §. Celſus hoc tit.* His igitur conſequens eſt, filium, qui agit pro patre, & interrogatus ab adverſario, vel prætore inſtante adverſario, tacet, non defendere patrem: ſi non defendat nec poteſt agere pro patre, nulla actio eſt, nullum judicium, & nulla igitur interrogatio; ac proinde nulla etiam taciturnitas: ſed omnia perinde, ut ait, obſervantur, ac ſi interrogatus non eſſet. Hæc eſt ratio Papiniani. Sed obſtat huic rationi & legi *d. l. non ſolum, in princ.* procurator agit nomine alieno, & adverſarius viciſſim etiam cum eo agit ejuſdem perſonæ nomine, cujus vicem ille procurator gerit, & interrogat procuratorem in jure, *an dominus ſit heres, cujus nomine agit.* Si reſpondet heredem eſſe, tenetur ex hoc edicto. Idem erit ſi tacuerit; ut ait *l. non ſolum.* Ergo non perinde omnia obſervantur, ac ſi non eſſet interrogatus; tenetur enim ex taciturnitate. Reſpondeamus, non quod tacuerit teneri ex hoc edicto in ſolidum, cum tacendo actionem a ſe inſtitutam, vel inſtituendam nullam reddiderit: ſed tenetur quod tacuerit ex ſtipulatione judicatum ſolvi, ſi eam præſtiterit, quod ponendum eſt: tenetur ex clauſula de re defendenda, quæ ineſt ſtipulationi judicatum ſolvi: quod recte Accurſ. intellexit. Nam & ſi filiusf. ſit, qui agat pro patre, & reconveniatur, debet ſatiſdare jud. ſolvi.: *filiusf. qui ſatiſd. cog.* Finge igitur: Filius egit patris nomine, & eodem etiam nomine egit cum eo is, cum quo ipſe experiebatur: mutuæ ſunt actiones, mutuæ petitiones, & mutuæ igitur ſatiſdationes, ut ait Cic. pro Quint. Filius igitur ſatiſdedit judicatum ſolvi, cui ſatisdationi ineſt clauſula de re defendenda, & interrogatus in jure tacet, & ita rem non defendit, an teneatur ex taciturnitate? Reſpondeo, non teneri ex hoc edicto, *de interrogationibus in jure fac. quod Papin. vult h. l.* ſed ex ſtipulatione judicatum ſolvi, quod rem non defenderit, hoc eſt, quod tacuerit.

Ad L. XLIII. de Religioſ. & ſumpt. fun.

Sunt perſonæ, quæ quanquam religioſum locum facere non poſſunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis ſi in fundum, cujus fructus alienus eſt, mortuum inferat, aut inferre velit. Nam ſi intulerit, non faciet juſtum ſepulchrum, ſed ſi prohibeatur, utiliter interdicto, quo de jure dominii quæritur, aget. Eademque ſunt in ſocio, qui in fundum communem invito ſocio mortuum inferre vult: nam propter publicam utilitatem, ne inſepulta cadavera jacerent, ſtrictam rationem inſuper habemus, quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæſtionibus omitti ſolet: nam ſummam eſſe rationem, quæ pro religione facit.

SUnt perſonæ, quæ locum religioſum facere non poſſunt. Socius invito ſocio in commune ſepulchrum mortuum inferre poteſt, quod conſtat ſatis; quia ejus rei cauſa habetur ſepulchrum, *l. 6. §. ſi quis, commun. divid. l. 6. §. pen. de rer. diviſ.* In communem autem locum purum, in quo non ſit ſepulchrum, ſocius invito ſocio non poteſt mortuum inferre, & religioſum locum facere ſecundum regulam Sabini: & ſi intulerit invito ſocio, non tenebitur actione in factum prætoria, qua tenetur is qui mortuum infert in locum alienum, ut tollat eum. Quanquam Trebatius & Labeo putabant eum teneri ea actione in factum, *d. §. ſi quis*, ſed male, quoniam ſufficit actio fam. erciſcundæ, vel comm. divid. *l. 2. §. an & ſocius, h. t.* qui habet civilem actionem, non indiget prætoria, *l. 1. in princ. de Publ. in rem act.* qui habet directam, non indiget utili, *l. ſi heres ad Trebell.* & melior eſt civilis quam prætoria, & directa quam utilis, *l. ſi creditori, de leg. 1.* Et quæ refertur ſententia Trebatii & Labeonis in *d. §. ſi quis*, refertur tantum, non etiam probatur: neque eſt quod exiſtimes eum *§. ſi quis* pugnare cum *§. an & ſocius.* Hoc vero, quod conſtituimus ita procedit, ſi ſocius extraneum inferat in locum communem invito ſocio: Nam ex ipſis ſociis quilibet ibi ſepeliri poteſt, etiam invito altero, maxime ſi non ſit alius locus opportunus, ubi ſepeliri poſſit, ſi non ſit proprius, ſepelietur in communi, *l. ſi plures, h. t.* Ergo ſi ſocius invito ſocio extraneum inferat, non fiet locus religioſus, imo ob id ipſum quod intulit tenebitur, ut tollat quem intulit fam. erciſc. actione, vel communi divid. non igitur intulit jure, qui poſtquam intulit, tenetur ut tollat. Huic definitioni, quæ tamen eſt veriſſima, obſtat hæc l. 43. Semper tractat Pap. ſingulare aliquid, & quod videtur pugnare cum regulis juris. Nam ex hac l. ducitur argumentum ejuſmodi. Socius invito ſocio jure mortuum infert in locum communem, etiam extraneum, quia ſi prohibeatur a ſocio, ei competit interdictum de mortuo inferendo, ne ſcilicet vis ei fiat inferenti mortuum in locum communem. Si agat de mortuo inferendo, jure igitur infert, etiam prohibente ſocio; agit in invitum: & jure igitur infert invito ſocio: & ut latius exponamus quæ ſcribit Papinianus, proponit generaliter,

quaſ-

quasdam esse personas, quæ etiamsi locum religiosum non faciant mortuum inferendo, tamen agunt interdicto de mortuo inferendo, ne prohibeantur inferre. Interdictum de mortuo inferendo datur domino proprietatis, *l.* 1. §. 1. *tit. seq.* ne scilicet prohibeatur mortuum inferre in locum suum, sive is locus sit religiosus, sive purus, ne vis ei fiat quo minus in eum locum, cujus dominus est, mortuum inferat, & ibi sepelire liceat: est interdictum prohibitorium, id est, ne prohibeatur, ne vis ei fiat inferenti mortuum: datur inquam domino proprietatis, sive locus sit religiosus, sive purus. Locus purus est suus absque dubio: locus religiosus si per se spectatur non est suus, sed nullius in bonis, sed si spectetur cum fundo ipso, est quasi suus, & fundo vendito etiam locus ille sequitur emptorem, atque ita venit per consequentias quod est nullius in bonis, & esse non potest, *l. in modicis, de cont. empt.* Ad summam, interdictum de mortuo inferendo datur domino, ne prohibeatur inferre in locum suum vel quasi suum: & ideo *l.* 2. §. *quædam, de interd.* interdictum de mortuo inferendo ait continere causam veluti proprietatis, maxime si quis velit inferre in sepulchrum suum, in locum religiosum. Est quædam veluti proprietas, quoddam veluti dominium, vel quasi dominium, nec omnia interdicta sunt de possessione, id est, non in omnibus quæritur de possessione, seu de momentaria possessione, quanquam ut plurimum pertineant ad causam possessionis interdicta: sed quædam sunt de proprietate, vel quasi proprietate, & ita eleganter ait Papin. hoc loco, qui de jure dominii quæritur: nam hoc quæritur, an is, qui agit interdicto de mortuo inferendo, sit dominus ejus fundi, in quem mortuum inferre vult. Satis intelligimus jam, quæ sit vis hujus interdicti: tractemus modo, quibus casibus locum habeat, quod sic generaliter proponit Papinian. *Sunt quædam personæ*, inquit, *quæ quanquam religiosum locum facere non possint, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt*. Hujus rei duo dat exempla: unum de dominio proprietatis nudo, alterum de dominio pleno ex parte tantum. Sunt in jure nostro quatuor genera dominii: est dominium proprietatis, ususfructus, possessionis, & dominium plenum aut plenissimum. Dominus proprietatis (ut de eo primum tractemus) invito domino ususfruct. seu fructuario, inferendo mortuo locum religiosum non facit, non facit justum sepulchrum, ut ait Papinian. quia locus non occupatur religione; sed si prohibeatur inferre suorum aliquem, ut loquitur *l.* 2. §. *ultim. hoc titul.* quem scilicet non potest inferre in alium locum tam opportune, ne corpus illud insepultum jaceat, aget interdicto de mortuo inferendo, ne tantisper prohibeatur mortuum inferre in eum locum, cujus proprietas nuda ad eum pertinet, ususfructus est alienus, sed non faciet locum religiosum, *l. locum*, §. 1. *de usufr. l.* 2. §. *si usufr. & l. ult. h. t.* Alterum exemplum est: Socius invito socio non facit religiosum locum, sed si prohibeatur suorum aliquem inferre, quem non potest in alium locum opportune inferre, tunc aget interdicto de mortuo inferendo, ut scilicet tantisper ei inferre liceat, dum quærat locum alium, ne corpus jaceat insepultum. Unde sic argumentor: si agat, ut ne inferre prohibeatur, quasi asserens sibi licere inferre, licet igitur inferre invito socio: Nam cujus rei actio mihi prodita est, & eam rem exequi jure possum: si persequor jure, & exequor etiam. Respondet Papinianus definitioni a nobis propositæ initio, stricta ratione non posse eum inferre mortuum in locum communem purum invito socio: sed summa ratio potior est: est ratio alia, alia potior, scripto est utilitas potior, & summa ratio est, quæ pro religione facit, quæ publicam utilitatem tuetur: ne corpora jaceant insepulta: summa ratio utilitatis, & æquitatis ratio, *l. sufficit, de cond. indeb. l. summa, de pecul.* Et ita quod dicitur fieri summa ratione, *l.* 2. *de præt. stip.* id in eadem specie dicitur fieri utilitatis causa, *l.* 4. §. *ult. de verb. oblig.* Stricta ratio videtur etiam esse summa ratio: Est enim summum jus, ἄκρον δίκαιον. Dion. 8. jus strictum νόμιμον. Plut. in Coriol. τοῦ ἄκρου νομίμου. & Arist. ἀκρίβεια περὶ τὰ δίκαια οὐδὲν ἐπιεικὲς διδοῦσα. Summa æquitas summa ratio est. Porro ex duabus summis rationibus ea est potior, quæ est pro republica, veluti pro religione, pro sepultura mortuorum. Dices, non est pro religione ratio dandi interdicti de mortuo inferendo in hac specie, cum illatione locus non fiat religiosus. Dicam, ea quidem illatione nullum locum occupari religione, sed religionem omnem esse in sepeliendo. Qua de causa interdictum de mortuo inferendo dicitur esse de religione, *l.* 2. §. 1. *de interd.* Et notandum quod ait Papin. in ambiguis religionum quæstionibus strictam rationem insuperhaberi, quæ notanda valde est regula: possis dicere, in ambiguis quæstionibus, in quibus vertitur quædam ratio publicæ utilitatis, strictam rationem insuperhaberi, propter utilitatem publicam: quod postea interpretatur, omitti: & eodem verbo usus est Papinian. in *l. heredem, de his quæ ut ind.* In qua lege ante Pandect. Flor. ex ora libri irrepserat in contextum hoc modo: *omisit & insuperhabuit*: quo verbo usus est Gell. & Symmac. & verbum hoc restituimus in *l.* 2. *C. si omiss. sit cau. test.* In qua lege proponuntur tres casus. Heres omittit causam testamenti, non petit bonorum possessionem secundum tabulas, sed ab intestato amplectitur hereditatem, cum is esset, qui poterat ab intestato succedere defuncto. Hic heres præstat legatum nihilominus relictum testamento, quamvis quantum in eo fuit, desertum sit & irritum testamentum. Alter casus est: non poterat ex testamento adiri hereditas, vel bon. possessio peti, quia erat falsum testamentum, vel irritum, vel ruptum, atque ita judicium defuncti non insuperhabitum est, *h. e.* non est omissa causa testamenti, sed ad irritum juris ratione revocatum est: hoc casu non debet tolerari petitio eorum, quæ ex testamento relicta sunt. Tertius casus, heres scriptus, qui erat extraneus defuncto, repudiavit, & legitimus heres adivit hereditatem deserto testamento: hoc etiam casu non debentur legata, nec libertates valent: ita est ille locus restituendus. Verum retineamus quod ait Papin. in ambiguis quæstionibus in quibus de religione, vel de alia publica utilitate aliquid vertitur, strictam rationem insuperhaberi. Stricta ratio est, ut in pari re potior sit causa prohibentis, *l. Sabinus, comm. divid.* causa prohibentis est potior: & hac causa rursus est potior publica utilitas sive religio: atque ideo in hac specie non est potior causa socii prohibentis, sed vincit qui vult inferre mortuum tantisper dum alium locum inveniat, & quasi deponere terræ, non quasi justæ sepulturæ. Et abutimur quotidie illa ratione stricta, ut in causa pari potior sit causa prohibentis, ut si in collegio quodam, in quo par est cujusque jus & potestas, sint qui vel propter unicam illam rationem velint impedire quod agitur; unius intercessio ceteris impedimento est: sic sane, nisi aliud suadeat publica utilitas: nam prohibitione publica utilitas est potior: sic leges ad usum sunt revocandæ.

Ad L. LXVI. de Condict. indeb.

Hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

Explicaturus quæ scripsit Papin. hoc *lib.* 8. *de cond. indeb.* incipiam a *l.* 66. in qua Papin. ait, hanc condictionem esse introductam ex æquo & bono; non est introducta lege aliqua certa, non prætoris edicto (nec enim est prætoria actio, sed magis civilis) verum est introducta auctoritate sive interpretatione prudentum, ex sententia legum, ex bono & æquo, quasi ex promutuo, *h. e.* perinde atque si is, qui indebitam pecuniam solvit, eam dedisset mutuam, *l.* 5. §. *is quoque, de obl. & act.* Indebiti solutio quasi promutuum est, & veluti ex mutuo datur condictio. Et hoc est, quod ait *l.* 15. *h. t.* indebiti condictionem esse naturalem, *h. e.* ex jure gentium, ex æquitate naturali,

quod confirmat *l. si id quod, hoc tit. & l. pen. ad S.C. Trebell.* Condictio indebiti, natura venit, non legibus, sed ex sententia legum tantum, id est, veluti ex mutuo, sive exemplo mutui, exemplo mutuatitiæ pecuniæ: non venit igitur sine exemplo legum. Et notandum quod ait *d. l.15.* quia condictio indebiti est naturalis, ideo venire in condictionem etiam quod accessit rei solutæ, veluti partum, id est, non tantum rem solutam condici posse, sed etiam, quod ei rei accessit, ut partum, si soluta sit ancilla, vel quod alluvione accessit, si fundus sit solutus, & venire fructus, qui ab eo, cui solutum est, bona fide percepti sunt. Videamus quemadmodum hæc recte colligantur ex illa propositione indebiti condiction em esse naturalem, & ideo venire partus, fœtus, fructus, accessiones deductis impensis, *l. in summa, §. ei qui, h.t.* ratio consequentiæ est evidens, quia sicut æquum est rem profectam ex bonis meis, quæ apud te sine causa deprehenditur, restitui mihi, ita etiam rei fructus & accessiones eadem ratione æquum est mihi restitui, quia ad te etiam pervenerunt sine causa. In omnibus est par æquitas, & æquitas mater hujus actionis. Quod tibi indebite solutum est, id sane apud te est sine causa. Itaque mihi est liberum id revocare vel per condictionem indebiti, vel sine causa: concurrit condictio indebiti cum condictione sine causa, & utraque est ex bono & æquo: de condictione sine causa est *l. si me, de reb. cred.* Eadem etiam causa est condictionis ob rem dati, & condictionis ex injusta causa, vel turpi: omnes hæ condictiones de quibus in hoc lib. 8. agitur, veluti condictio indebiti, ob rem datam, ex injusta vel turpi causa, sunt ex bono & æquo, *l. in summa, §. quod ob rem, hoc tit. l. 3. §. si quis, de cond. caus. dat.* Et ideo in eas omnes condictiones veniunt ea quæ venire æquum est: & accessiones igitur omnes, ut diximus: nam si res principalis est apud te sine causa, & accessio quoque, & æquum est omnia mihi restitui, a quo profecta sunt. Et similiter ideo fit, ut, exempli gratia, is qui accepit pecuniam indebitam, non teneatur condictione indebiti, nisi quatenus ex ea re locupletior factus est, si bona fide pecuniam quasi debitam acceperit, *l. cum hi, §. sane si is qui, de trans.* Pendent multa ex hac definitione Papin. quod indebiti condictio sit ex bono & æquo, & illud quod modo dixi, ut non teneatur qui accepit nisi in quantum locupletior factus sit: sequitur etiam ex eo, ut condictio indebiti non detur in ignorantem, ut puta si is, cui solutus est homo indebite, ignorans eum manumiserit, valet manumissio, ut facta a domino, nec potest rescindi libertas, & qui manumisit, non tenetur, quia bona fide manumisit, nisi in operas liberti, & ut ejus hereditatem restituat, *l. in summa, §. pen. hoc tit.* Omnia in his condictionibus ex æquo & bono dijudicantur. Et pari ratione condictio indebiti non revocat quod ex bono & æquo debetur, id est, quod natura, *l. Julianus, & l. naturaliter, hoc tit.* etiam si jure civili non debeatur, eoque nomine nulla competat actio: & e contrario condictio indebiti revocat quod ex bono & æquo non debetur, licet debeatur jure civili, ut si is, qui aliquid debet jure civili, tutus sit exceptione perpetua, & solverit per errorem, revocat quod solvit, quia id natura non debuit, sed jure ipso debuit: atque ideo tutus fuit exceptione æqua. Quod ita procedit, si exceptio fuerit ex genere earum, quæ tollunt naturalem obligationem, ut puta, exceptio pacti perpetui ne omnino petatur: nam ut pactum parit naturalem obligationem, ita omnino tollit. Et ideo, qui tutus hac exceptione per errorem solvit, repetit quia non debuit natura. Ejusdem generis est etiam exceptio doli mali, S.Cti Vellejani, jurisjurandi *l. qui exceptionem hoc tit.* Quædam aliæ exceptiones sunt perpetuæ, quæ non tollunt naturalem obligationem, ut exceptio S. Cti Macedon. qua se tuetur filiusf. cui mutua pecunia data est, & etiam pater ejus, si conveniatur. Si data sit pecunia mutua, debetur quidem, sed agenti obstat exceptio S. Cti Macedoniani, quæ non extinguit naturalem obligationem: Ideoque si filiusfam. solvit, non repetit, quia debuit

A natura, & non congruit ea exceptio cum naturali ratione. Cur datur exceptio S. Cti Macedoniani? an quia non est æquum mutuam pecuniam filio datam non reddi? minime, sed odio creditoris ratio pœnæ causa, *d. l. qui exceptionem.* Eadem est ratio exceptionis rei judicatæ & exceptionis ex edicto, *quod quisque juris in alt. stat. &c.* eandem causam habent hæ exceptiones: non tollunt naturalem obligationem, quamvis perpetuæ. Ideo qui, cum eas haberet, solnit, non repetit, non condicit, quia quod solvit, natura debuit. Ergo ita concludamus. Perpetua exceptio inducit condictionem indebiti, si modo ex genere earum fuerit, quæ tollunt naturalem obligationem. Aliæ sunt exceptiones temporariæ, & hæ generaliter non inducunt condictionem indebiti: veluti exceptio pacti temporarii, puta ne intra quinquennium B agatur. Finge: is, qui tutus erat ea exceptione, ante quinquennium solvit, an habet condictionem indebiti? Minime, quia id sane debuit & jure & natura, licet ante quinquennium pecunia peti non posset: & pactum proficit in hoc ne petatur, non etiam ut interim non debeatur: sane debetur interim, licet non possit peti. Igitur exceptio pacti temporarii non inducit condictionem indebiti. Idem etiam est, si quis promiserit pecuniam, ab initio in diem, puta se daturum Calend. Martiis: nam & hic tutus est exceptione temporaria, cujus vetus formula hæc erat: *cujus pecuniæ dies fuisset, ut est in 1. de orat.* nam dabatur actio pecuniæ creditæ adjecto hoc modo, *cujus pecuniæ dies fuisset*, id est, si ejus pecuniæ fuisset. Est igitur debitor tutus exceptione temporaria: quid si solverit ante diem per errorem (nam hoc semper statuendum est:) quod C solutum est per errorem, est sine causa apud eum, qui accepit: quod sciens solvit indebitum, est ex causa donationis apud eum, qui accepit, nec potest ei condici, quia qui sciens indebitum solvit, donat: & hoc de debitore in diem ita est proditum, *l. in diem, hoc tit. l. 51. mand.* & ratio est optima, quia ante diem nascitur obligatio statim, sed non potest peti statim: solvit ergo debitum, etiamsi repræsentaverit pecuniam & solverit ante diem: & ita statuenda est differentia inter exceptionem perpetuam & temporalem. Sunt quædam exceptiones ambiguæ, & de quibus dubitatur sint ne temporariæ, an perpetuæ. l. 56. est de ambigua exceptione:

Ad L. LVI. de Cond. indeb.

D

Sufficit ad causam indebiti, incertum esse temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est, Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti. Ut enim pactum quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex eo die debitor solvit: ita prorsus defensio juris, quæ causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

Finge: Cum mihi deberes certam pecuniam, pacti sumus ne ea peteretur donec Titius Consul fieret. Si Titius moriatur, exceptio fiet perpetua: si Titius consulatum injerit, invenitur fuisse temporaria. Quid fiet, si E interim pecunia solvatur vivo Titio necdum ineunte consulatum, an quod solutum est, repeti potest? Perpetua exceptio inducit condictionem indebiti, non temporaria. Et definit Papin. etiam ambiguam exceptionem inducere condictionem indebiti; & summa ratione, id est, æquitatis ratione, quia parere condictionem est condictione indebiti repeti, quod solvitur interim, id est, dum vivit Titius, nec Consul designatur; tandem ita definit Papin. exceptionem pacti temporarii non inducere condictionem indebiti: item, exceptionem, *cujus pecuniæ dies fuisset*, videlicet si debitor ex die solverit ante diem: nam uterque debitum solvit: loquimur de die certo ne ante quinquennium petatur, vel ut ex calendis illis pecunia solvatur: sed dies, de quo agitur in hac spe-

cie

cie non est certus, donec Titius consul fiat: & exceptio, quæ inde nata est, etiam incerta & ambigua est, & dies incertus conditionem facit, *l. dies, de condit. & dem.* Quod autem debetur sub conditione, si solvatur pendente conditione, repeti potest; *l. 16. hoc tit. l. sub conditione, de solution.* Ergo & quod debetur sub incerto die, pendente die si solvatur, repeti potest, quia dies incertus conditionem facit. Nihil refert aliquid debeatur sub conditione, an sub incerto die, quia non debetur absolute, *l. cedere diem, de ver. sig.* nec certum est debitum iri. Et hoc ita procedit, si dies adeo fuerit incertus, ut & incertum fuerit, an venturus sit: ut si promisero, cum domum ædificavero, vel cum Titius consul factus erit, quo exemplo utitur Papin. Cum dies ita est incertus, sane dies incertus conditio est, & quod sub die ita incerto promittitur, sub conditione promittitur, & interim deberi non intelligitur. Quapropter si solvatur interim, repetetur etiam interim, sed non posteaquam extiterit conditio. Alia ratio est diei incerti, quem tamen certum est esse venturum: nam hic comparatur diei certo, non conditioni, ut si promitto daturum cum moriar: incertus est dies mortis meæ, sed tamen certum est me moriturum. Finge: Vivus solvi, quod promiseram & contuleram in diem mortis meæ, an repetam quod solvi? minime, sicut non repeterem, si dies certus fuisset: quia sive sub die certo promittatur, sive sub incerto, qui omnimodo venturus sit, certum est debitum iri. Imo & jam debetur, antequam dies advenerit, *l. 17. hoc tit.* Et hic necesse est, nos observare maculam, quæ occupavit *l. 16. hoc tit.* cujus mens hæc est, ut ostendat multum interesse sub conditione aliquid debeatur an sub die incerto, qui omnino sit venturus. Nam dies incertus, quem incertum est an sit quandoque venturus, pro conditione est. Sed multum interest utrum quid debeatur sub conditione, an die incerto, qui omnino venturus sit: nam si sub conditione debeatur, id est, quasi debeatur, (nec enim debetur absolute) & solvatur pendente conditione, repeti potest, quia forsan non debebitur deficiente conditione: existente autem conditione non repetetur sub die incerto, promitto cum moriar: ait die existente non posse repeti. Idem dixit de debito sub conditione l. 16. & tamen certum est, eum velle constituere differentiam inter debitum sub conditione, & debitum sub die incerto qui omnino venturus est: nam cum dixisset, *debitum sub conditione, si solvatur, pendente conditione repeti, existente conditione non repeti*, subdit, *quod autem:* quæ nota est differentiæ & diversi casus: pro *existente* igitur, *pendente* legendum est. Cognata sunt verba quæ facile commutantur. Huc plurimum facit *l. 17.* nam ait: etsi cum moriar, promisero, & ante solvam, id est, pendente die, non repeto, quod valde notandum. Exceptio, est defensio juris opposita intentioni adversarii, quæ est, vel perpetua, vel temporaria, vel ambigua. Perpetua inducit condictionem indebiti, si naturalem obligationem tollat. Ambigua etiam inducit, non temporaria. Nam si qui, ut sæpe apud bonos auctores, idem ut si quis. Florent. male *condictionis*, legendum, *conditionis*.

Ad L. IX. & L. XXV. de Const. pec.

L. IX. *Titius tamen indebiti condictione tenebitur, ut quod ei perperam solutum est, ei qui solvit, reddatur.*

L. XXV. *Illud aut illud debuit, & constituit alterum, an vel alterum, quod non constituit, solvere possit quæsitum est. Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutæ rei frangere.*

§. 1. *Si jurejurando delato, deberi tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis. Sed & si non ultro detulero jusjurandum, sed ad deferendum necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat modestius facere, qui referat, quam ut ipse juret: nulla distinctio adhibetur, tametsi ob suam facilitatem ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.*

A LEx nona pertinet ad condictionem indebiti: Sæpe fit ut pro alio constituat quis se soluturum sine stipulatione his fere verbis, *de pecunia, quam credidisti Titio, noli laborare, illam illo die solvam tibi sine controversia.* Qua ex conventione etiam si stipulatio non intercesserit, ex edicto prætoris, is qui constituit, tenetur actione de constituta pecunia, quæ dicitur quoque actio constitutoria. Et is est proprie, qui vulgo dicitur respondere. Hic est proprie responsor non fidejussor, quia non intercedit stipulatio, & fidejussor intervenit tantum per stipulationem. Non est etiam expromissor, quia non intercedit stipulatio, & non novatur prior obligatio: nam hæc sunt rata, ubi quis expromittit pro alio, is pro quo expromittit liberatur, quia novatio fit: ubi autem quis fidejubet, vel constituit se pro alio soluturum,
B is pro quo fidejubet, vel constituit, non liberatur, *l. ubi quis h. tit. l. si Titius, de in rem verso.* fidejussor est adpromissor, non expromissor: responsor sive constitutæ pecuniæ reus, neque est adpromissor, neque expromissor. Sæpe enim fit, ut debitor ipse constituat se soluturum id, quod debet: nemo fidejubet pro seipso, *l. heres, §. servo, de fidejus.* respondet tamen quilibet pro seipso, id est, constituit se soluturum, quod debet, & tenetur hac actione constitutæ pecuniæ, nec non & priore actione: nam, ut diximus, constituto non novatur prior obligatio, *l. item, §. ult. l. si post, hoc tit. l. 4. §. in eum de adm. rer. ad civit. pert.* Plerumque autem, cum quis constituit se soluturum id, quod debet, novi aliquid intervenit, alioqui videretur esse supervacuum constitutum, cum satis teneatur priori obligatione: Nam vel constituit se solutu-
C rum alio die, vel alio loco, quam initio convenerit, *l. 3. §. ult. l. 14. in prin. h. tit.* Vel constituit aliud se soluturum, quam quod debet, veluti debet forte pecuniam, & constituit se soluturum frumentum, *l. 1. §. an potest, h. t.* vel etiam cum debet illud aut illud sub disjunctione, cum promisit se soluturum Stichum aut Pamphilum, constituit se soluturum Stichum, sine ulla disjunctione, *l. illud h. tit.* atque ita non constituit quis pro seipso, quin fiat novi aliquid, nec tamen sit novatio prioris obligationis. Nam integrum est, vel posteriore obligatione uti, vel priore. Verum cum quis pro alio constituit, etiam si nihil novi interveniat, hæc causa utilissima est, cum uni reo accedit etiam alius. Certum nullum est constitutum, nisi quod constituitur, debitum fuerit: nam sicut stipulatio nulla est, nisi procedat causa aliqua interponendæ
D stipulationis, *l. 2. §. circa, de doli except.* Ita etiam constitutum sine causa non valet, id est, nisi præcedat debitum, vel jure, vel natura: & constitutum comparatur etiam in eo stipulationi, quod non novat priorem obligationem: Nam stipulatio non novat priorem stipulationem: ut si credita pecunia in stipulationem deducatur, creditori est condictio si certum petetur, tam ex mutui numeratione, quam ex stipulatione; est condictio ex duob. contractibus, *l. obligamur, §. re de oblig. & act. l. certi §. quoniam, de reb. cred.* Stipulatio & constitutum accessiones sunt priorum obligationum, non novationes: conventiones sunt, quæ interponuntur prioris obligationis confirmandæ causa, aut permutandæ: nam additur aliquid, ut si alio die constituatur solvi, vel alio loco, vel si alia res pro ea quæ debetur, vel si constituatur pure, quod
E debitum erat sub conditione. Quod autem prætori in hoc edicto est constituere, id legibus olim erat, recipere, veluti recipere se soluturum, aliquid daturum, vel facturum; & actio legitima, quæ dicebatur receptitia. Sic mutantur vocabula juris: Quod olim recipere, hodie constituere est; longeque alia est ratio constituti, quam fuerit recepti, ut jus mutatur ita & nomina: longe alia ratio receptoriæ, quam constitutoriæ. Sed Justiniani constitutione transfusa est receptitia actio in constitutoriam, ut jam duæ non sint actiones, sed una sit constitutoria. Ita sæpe mutata sunt juris vocabula. Ita quod fuit olim utendum dare, id est hodie commodare: quod in interdicto de vi detrudere, hodie est dejicere. Et hæc quidem de constituto præfari erat necesse. Dicendum est etiam ali-

aliquid de adjecto ſolutionis gratia: ſi ſtipuler mihi & Titio dari, partim utilis, partim inutilis ſtipulatio eſt; nam pro parte Titii eſt inutilis, cum pro alio facta ſtipulatio non valeat. Itaque mihi ſoli pro parte mea adquiritur obligatio, *l. ult. in fin. de verb. obl. §. quod ſi quis inſt. de inut. ſtip.* Aliud dicemus, ſi ſtipuler mihi aut Titio dari: nam illa ſtipulatio pro parte mea tantum valet, poſterior vero tota utilis eſt, quia non id agitur, ut Titio adquiratur obligatio, quæ etiam non poſſet adquiri Titio per me, ſed ut adquiratur mihi ſoli: ſolvatur autem vel mihi, vel Titio quaſi procuratori meo: conjunctio facit nos pares, disjunctio facit diſpares: Et in perſona quidem alterius, non ſtipulantis, obligatio conſiſtere non poteſt, quia per liberam perſonam, vel per alienam perſonam, alteri non adquiritur obligatio, ſed per eum tantum, qui illius juri ſubjectus eſt: verum in alterius perſona, quaſi procuratoris, ſolutio conſiſtere poteſt. Hoc igitur ſermone, *mihi & Titio dari*, applicatur obligationi Titius, quod fit inutiliter. Illo autem ſermone; *mihi aut Titio dari*, Titius ſolutioni applicatur & adhibetur, quod fit utiliter: obligationi enim non applicatur. Atque ideo dicitur Titius adjectus ſolutionis gratia. Nemo poteſt communis obligationis gratia adjici: communis ſolutionis gratia adjici quilibet poteſt: & ideo Titio recte ſolvitur, etiam invito me ſtipulatore; ſed non poteſt ex ſtipulatu agere, & ſimiliter non poteſt novare obligationem, non acceptum facere, non pignus, non fidejuſſores accipere: poſtremo ei etiam non conſtituitur recte. Finge: ſtipulatus ſum de te *mihi aut Titio dari*, conſtituiſti Titio, te ei daturum, an tenearis conſtitutæ pecuniæ actione? minime, quia conſtitutum caret cauſa: neque enim tu Titio quidquam debuiſti. Titius actionem non habuit, tametſi ei ſolvere potueris: ergo ita dicamus: conſtitui Titio, ſuo nomine non poteſt, *l.7.§.ult. hoc tit.* Recte ait, *ſuo nomine*, quia ſcilicet ei ſuo nomine nihil debetur: nam procuratorio nomine ei conſtituitur recte, videlicet quaſi procuratori ſtipulatoris, *l. 6. §. Julianus, h. t.* Omnis autem adjectus ſolutionis gratia, eſt procurator, quoniam videtur ei mandatum, ut pecuniam ſolutam accipiat. Atque illud in jure paſſim dicitur, eum teneri actione mandati, ut ſcilicet ſolutam ei pecuniam reddat, *§. plane, inſt. de inut. ſtip.* Conſtitui igitur adjecto poteſt ut procuratori, ſed non ut creditori, alieno nomine, non ſuo. Rurſus finge: ſtipulatus ſum de te mihi aut Titio dari; ac ſimiliter tu conſtituis te ſoluturum mihi aut Titio; conſtituis ut promiſiſti, res expedita eſt, mihi ſoli competit actio de conſtituta pecunia, *l. 8. h. tit.* Titio ſolvi poterit: ut adjectus eſt in ſtipulatione ſolutionis gratia tantum, ita & in conſtituto: mea eſt autem actio propria, & prior ex ſtipulatu, & poſterior ex conſtituto: Titio tamen ſolvi poteſt etiam invito me, & ſi ſit ſolutum, non eſt condictio indebiti ei qui ſolvit, argum. *l. ſed etſi, de cond. indeb.* ac rurſus, ſi ſolutum ſit Titio, ipſo jure perimitur utraque actio, quæ mihi competebat ex ſtipulatu, & ex conſtituto, *§. plane, inſt. de inutil. ſtip.* perinde ac ſi mihi ſolutum fuiſſet: nam quod ſolvitur Titio, mihi videtur ſolvi, & debitori ipſo jure contingit liberatio utriuſque obligationis. Quod quidem ita procedit, ut propoſui, ſi ſtipulatus ſim mihi aut Titio dari, ac ſimiliter promiſſor conſtituerit ſe daturum mihi aut Titio: nam (qui eſt alius caſus) ſi ſtipuler mihi dari non adjecto Titio; deinde promiſſor conſtituat ſe daturum mihi aut Titio, & ſolvat Titio, ipſo jure perimitur actio conſtitutoria, quæ mihi competebat, quia ſolutionis gratia Titius fuit adjectus conſtituto. Actio autem prior ipſo jure non perimitur, quia in ſtipulatione priori Titius non fuit adjectus, nec inſpecta ſtipulatione Titio recte ſolutum intelligitur: Ideoque ipſo jure non perimitur prior obligatio, ſed perimitur per exceptionem hujuſmodi; ſi non tua voluntate ſolvi Titio. Quæ eſt ſententia legis *pen. h. tit.* nam ut recte Accurſ. intelligit, pone in illa l. me mihi tantum ſtipulatum eſſe, deinde conſtitutum eſſe mihi aut Titio, & ſoluta pecunia Titio, ipſo quidem jure peremptam eſſe actionem conſtitutoriam, ſed non priorem actionem ex ſtipulatu. Verum ut ait *d. l. pen.* debitor erit adjuvandus per exceptionem, ſi conveniatur priori actione: priorem illam actionem vocat, ut vulgo eſt ſcriptum, propriam actionem, cùm utraquè ſit illius propria, qui ſtipulatus eſt, non communis cum adjecto. Vocat haud recte ut videtur propriam actionem, cum utraque ſit propria, quæ dicitur alibi in *h. tit.* obligatio ſortis (ſequens n. quod ex conſtituto naſcitur eſt potius acceſſio) & dicitur prior obligatio, *l. ſi actor, de jurejur.* atque ita cum Flor. in *d. l. pen.* ſit ſcriptum *propriæ actioni*, auſim affirmare eſſe traductionem literarum, & legendum, *priori actioni*, ut in *d. l. ſi actor*, quia inſpecta priori obligatione non potuiſti ſolvere Titio: ſtricto igitur jure priori actioni pecuniæ, poſtea conſtitutæ obligatum manere debitorem, ſed etiam ei ſuccurrendum data exceptione hac, *ſi non voluntate tua ſolvit Titio*. Quod ſi mihi aut Titio promiſiſſes, & conſtituiſſes etiam, ſolvendo Titio, ipſo jure & priorem & poſteriorem obligationem perimeres, *d. §. plane*. Rurſus fingamus ex *d. l.* 8. cum qua hæc lex 9. eſt coaptanda: ſtipulatus ſum mihi aut Titio dari, & conſtitùit promiſſor mihi ſoluturum ſoli: nihil mutat, etiamſi adjecerit ſoli. Cum ita conſtituiſſet: Titio ſolvit, an liberabitur? Priori ſane actione liberatur, quoniam in ſtipulatione priori Titius fuit adjectus ſolutionis gratia: poſteriori actione non liberatur. Atque ita licet ſolverit Titio, tamen cogetur mihi ſolvere actione de conſtituta pecunia, ſed dabitur ei condictio indebiti adverſus Titium, quia bene ſibi non proſpexit ſolvendo Titio, qui mihi ſoli conſtituerat ſoluturum. Erravit: condictio indebiti ſolet dari errantibus & improvidis. Et hoc eſt, quod ait Papin. in l. 9. Ego vero nihilominus agam actione conſtitutoria, ut mihi ſolvat, quod mihi conſtituit ſe ſoluturum, tametſi jam ſolverit Titio. Nec obſtat *l. ſi ita ſtipul. de ſolution.* cui aliter reſpondendum eſt, quam reſp. Accurſ. Species eſt hujuſmodi: ſtipulatus ſum mihi, aut Titio dari, deinde conſtituit promiſſor ſe mihi ſoli ſoluturum. Si poſtea ſolvat Titio, non eſt perempta actio de conſtit. pec. quamvis potuerit ſolvere Titio. Si potuit ſolvere Titio, cur tenetur actione conſtitutæ pecuniæ? cur bis eandem pecuniam infert, Titio ſemel, & mox mihi, vel etiamſi recte ſolvit Titio, cur condicit? res ita explicanda eſt: potuit ſolvere ſecundum ſtipulationem Titio, ſed non ſecundum conſtitutum, ideoque ſolvendo Titio ipſo jure liberatur priori obligatione, ſed non poſteriore: quamquam etiam hoc caſu æquum eſt ei ſubvenire per exceptionem, quod ſequutus ſit formam ſtipulationis, quam non putabat immutari velle ſtipulatorem, etiam ſi conſtituerit non adjecto Titio. Igitur debitori ſuppetunt duo remedia, ut vel me agente de conſtituta pecunia opponat exceptionem quod ſolverit Titio ſecundum ſtipulationem, arg. *l. pen. hoc tit.* vel ſi omittat hanc exceptionem, & mihi iterum ſolvat hanc pecuniam, ut condicat, quaſi indebitum, aut quaſi ſine cauſa, quod ſolvit Titio perperam, hoc eſt, per errorem: perperam vox eſt communis Græcis & Latinis, quod ſignificat per errorem, & inconſulto; nam ſcienti nunquam datur condictio indebiti. Perperam eum ſolviſſe ex eo apparet, quia non eſt a me liberatus actione conſtituti. Cur non liberatur ex cauſa conſtituti, qui ſolvit Titio, licet conſtituerit ſe mihi ſoluturum non Titio? quia ut dicitur in *l. ſeq.* is, cui conſtituitur, loco ejus habetur, cui ſolutum eſt: conſtitutum eſt vice ſolutionis: videtur ergo quodammodo mihi ſolviſſe, qui conſtituit mihi ſolvi. Ergo, ſi poſt ſolvat Titio per errorem, æquum eſt ei ſoluti repetitionem dari. Erravit quod conſtitutum non habuerit pro ſolutione, vel quod oblitus fuit ſe conſtituiſſe mihi ſoli. Et ita ſi duo ſint rei ſtipulandi, ut ſi ego & Titius ſtipulati ſumus de te nobis dari, ſingulis debetur in ſolidum. Poſt ſi conſtitueris te mihi ſoluturum, & ſolveris Titio alteri ex correis, nihilominus teneris mihi actione conſtitutoria, ſed dabitur tibi condictio indebiti adverſus Titium, quia is cui conſtituitur, inquit *l. ſeq.* haberi debet

bet loco ejus, cui solutum est, & similis ei est, qui pecuniam accepit: quod si ita est, apparet perperam eum solvisse alteri, quia jam non habetur pro correo, cum alteri solutum intelligatur. Et ita in hoc tractatu observo semper auctores argumentari a solutione ad constitutum, ut in *l.* 1. §. *an potest, hoc tit.* aliud pro alio solvi potest volenti creditori, & constitui igitur: quia constitutum vice solutionis est: ac similiter pro invito solvere possum, & eum liberare, *l. solutione, de solut.* Possumus etiam pro invito constituere, *l. utrum, hoc tit.* exemplo solutionis, nec tamen eum liberabo; constitutum enim non solvit obligationem: atque ita constitutum non per omnia simile est solutioni, sed in multis.

Eadem ratio est *l.* 35. *in prin. hoc tit.* quæ est ex eodem lib. Pap. Stipulatus sum illud aut illud dari, Stichum aut Pamphilum: uterque est in obligatione, alter in solutione tantum, uterque in petitione; modo ita petatur ut est deductus in stipulationem. Promisisti illud aut illud, & peto illud aut illud: solves alterum tantum. Finge: constituisti alterum tantum, ut Pamphilum te soluturum, an postea poteris solvere Stichum, quem non constituisti? Minime, quia non debes constitutæ rei fidem frangere, & licet addere, & quia pro eo est, ac si solvisses Pamphilum, quem constituisti, ut jam non sit tibi integrum solvere Stichum: præstare debes in constituto & solvere Pamphilum, ut in solutione Pamphili perstares, siquidem eum solvisses naturaliter. Addit aliud de constituta pecunia, quod Accurs. pessime interpretatur, & ceteri, & delenda est summa Bartoli ad §. *seq.* Finge: detulisti mihi jusjurandum, cum esset inter me & te lis de pecunia credita, quam ego dicebam me tibi credidisse, & juravi mihi deberi: ex jurejurando nascitur actio in factum honoraria ad exemplum judicati, *l. actori, C. de reb. cred.* §. *item si quis stipul. Inst. de act.* Qui tenetur actione jurisjurandi in factum; an & constituendo tenetur? Qui scripserunt de constituta pecunia veteres auctores percurrunt omnes actiones, ut cum scribunt de fidejussoribus, & ostendunt constitui recte, quod debetur actione furti, aut vi bonor. raptorum, actione legis Aquiliæ, aut injuriarum, *l.* 29. *hoc tit.* pro actionib. quæ ex maleficio oriuntur, recte fit constitutum; certe etiam pro actionibus, quæ ex contractib. vel quasi nascuntur, sive sint civiles sive honorariæ, *l.* 1. §. *debitum, hoc tit.* Imo & pro naturali obligatione tantum recte fit constitutum, sicut & pro his omnibus causis recte adhibetur fidejussor. Notandum in hac l. etiam pro actione jurisjurandi recte fieri constitutum, id est, recte constitui, quod venit in actionem in factum ex jurejurando: ut si delato mihi juramento juravero mihi deberi, recte mihi constitues quod possum petere actione in factum ex jurejurando. Non est ponendum me jurasse, te constituisse mihi, sed jurasse mihi debere: & adjicit nihil interesse, an juravero delato, an relato jurejurando: defertur ultro, refertur coacte. Nam exempli gratia, si cum abs te peterem decem, & negares te mihi quidquam debere, detulero tibi jusjurandum ut jures te non debere, nec velis jurare, si ita sis superstitiosus, vel verecundus, sane cogeris mihi jusjur. referre, ut ipse jurem mihi deberi, *l. manifestæ, de jurejur.* alioquin manifestæ turpitudinis & confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre. Ergo sive cum mihi deferretur, sive cum mihi referretur, juravero mihi deberi, recte postea mihi constitues, quod petere potui actione in factum ex jurejurando. Est quidem ea actio prætoria, non civilis: Sed & deberi recte dicitur, quod jure prætorio debetur: si debetur, & constituitur igitur recte: quapropter licet etiam addere ad tit. de fidejussoribus pro actione jurisjurandi recte actionem dari.

Ad L. I. de Præscript. verbis.

Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis, & vulgarib. actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

§. 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit.

§. 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradet, neque depositum, neque commodatum erit, sed non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.

CUm libro octavo Papin. proposuisset varias species actionum, quæ ex singulis negotiis dantur, & nomen proprium habent, transiens ad actionem de præscr. verb. quæ nomen proprium non habet, & non ex uno, sed ex innumeris negotiis datur, quorum actiones nullæ jure civili proditæ sunt: usus est præfatione eleganti in hac *l.* 1. nonnunquam evenire, ut deficientibus usitatis & vulgaribus actionibus, quæ legibus proditæ sunt, deficiente proprio nomine contractus, facile decurramus ad actionem præscr. verb. quasi ad extremum subsidium juris sui persequendi, & obtinendi; quod ait, se breviter demonstraturum duobus exemplis. Verum antequam ea exponamus, paululum nobis est enarranda causa introducendæ actionis, quæ dicitur præscr. verbis, & explicandum etiam, cur hæc appellatio non sit proprium nomen, seu propria appellatio. Prætor vel Jureconsf. qui formulas concipit, vel actor, qui eis utitur, cum eas sibi dari, aut ita concipi postulat, hoc custodire, hoc curare semper debet, ut rebus accommodentur actiones propriæ: & actor, ut edat etiam specialiter nomen actionis adversario suo puta se acturum ex empto, depositi, vel commodati, *l. edita, C. de edend. l.* 2. *C. Gregor. de calum.* & in nov. Valentin. de Episc. jud. Et hoc quidem est facile factu, si quibus de rebus agitur, legibus proditæ sint actiones propriæ. At non omnibus de rebus proditæ sunt actiones propriæ, peculiares, singulares, non est plenus actionum numerus, *l. quia actionum hoc tit.* neque vero tanta potuit esse prudentia majorum, quanquam fuerit summa, ut omnib. reb. actiones proprias, nomina propria constitueret. Ingens est copia rerum & infinita, nominum autem non est tanta, ut omnia negotia suis nominibus appellari possint. Rerum est infinitus numerus, nominum finitus, *Arist. initio elenchor.* Nec mirum, cum res sint a natura, voces ab hominib. & superat facile natura hominum inventa: finiti ad infinitum nulla est proportio: & hoc est, quod ait Ulp. in *l.* 4. *hoc tit.* natura rerum conditum esse, ut plura sint negotia, quam vocabula. Contractus superant nomina: non suppetunt omnibus contractibus nomina civilia: nec actionibus igitur civilibus, quæ manant ex contractibus ὑπὲρ τὰ ὀνόματά ἐστι τὰ συναλλάγματα: concurrunt sæpe negotia, ex quibus nullæ legibus proditæ sunt actiones, negotia, quæ proprio nomine vacant, ac sæpe est magna quæstio, negotium, quo de agitur, quemadmodum gestum sit inter contrahentes, & ejus nomen quale sit, aliud aliis imponentibus; & diversa sæpe in ea re judicia Jurisconsf. & judicum, & litigatorum. Quod cum evenit, tutius est, ut ait *l. naturalis*, §. *pen. & l. Titius, hoc tit.* dubitationis tollendæ causa, ut ait *l.* 1. *de æstimator.* agere præscr. verbis, id est, conceptis verbis in factum & rem, de qua agitur, narrare prout gesta est, nullo nomine expresso actionis contractus: agere, ut Teoph. ait, διηγηματικῶς, *narrative*: datur ergo actio præscr. verbis: quæ definitio notanda est: ex contractib. sive negotiis, quæ nomen non habent certum, vel quia quemadmodum sunt gesta, non liquet satis, vel quia de eorum nomine ambigitur, ita ut nesciatur ad quam legem referenda sint, & est ea actio non prætoria, sed civilis, quia sci. non datur, nisi ex negotiis moribus civitatis receptis, vel quæ proxime accedunt ad negotia civilia, legitima, usitata, vulgaria, solemnia, quæ nomen suum habent. Et ita in *d. l.* 1. *de æstimat.* si rem meam æstimatam tibi vendendam dedero, ut vel eam referres, vel pretium & æstimationem, quam ego indicavi, dari actionem præscr. verbis, quia civile negotium gestum est, inquit, consimile scilicet negotio habenti nomen proprium, locationi scilicet & conductioni, vel mandato. Omnis actio præscriptis verbis est similis

actioni

actioni civili, *l. naturali §. pen. h. tit.* Et civilis igitur etiam ipsa: quæ est proxima & similis civili, & ipsa civilis est. Omne negotium, ex quo datur actio præscr. verbis, est simile vel emptioni, vel locationi, deposito, commodato, mandato, vel negotiis aliis, quibus leges nomina dederunt propria: alioqui, si quod negotium forte illorum instar non habuerit, ex eo non dabitur actio præsciptis verbis, *l. naturalis, §. quod si fac. h. tit.* Sed ne longe aberremus a lege nostra, ejus, quod proposuit, Pap. initio, duo dat exempla. Tractemus de priori. Locatori, si sit contracta locatio & conductio, datur actio ex locato, conductori ex conducto. Verum sæpe dubitatur, quis sit locator, quis sit conductor, cui sit danda actio ex locato, cui ex conducto. Definiamus igitur, quis sit locator, quis sit conductor, cui sit danda actio ex locato, cui ex conducto. Locator est is, qui accipit mercedem, ut dominus ædium: conductor autem est is, qui dat mercedem, ut inquilinus, qui ædes conduxit, dat mercedem, & est conductor. Hæc definitio est falsa in multis casibus: Nam si ego domum ædificandam dedi, locator sum, nec tamen accipio mercedem, sed do: & contra, si domum ædificandam accepi, conductor sum, nec tamen do mercedem, sed accipio. Igitur certissima definitio hæc est, qua ego uti soleo, & quæ neminem fallet. Locator est is qui dedit aliquid fruendum vel faciendum: qui dedit fruendum, accipit mercedem, qui dedit faciendum, dat mercedem. Conductor est is qui accipit fruendum vel faciendum: qui accipit fruendum, dat mercedem; qui accipit faciendum, accipit mercedem. Denique locatoris est dare, conductoris accipere: & secundum hæc, si magister navis mercatori det navem utendam constituta certa mercede, locator est magister navis, & accipit mercedem, dominus mercium est conductor, & dat mercedem. Longe aliud erit, si res ita gesta sit, puta, si magister navis merces vehendas acceperit: ita enim gesto negotio magister navis est conductor, & accipit mercedem: dominus mercium est locator, & dat mercedem; *l. 2. ad l. Rhod.* Atque ita multum interest magister navis navem locaverit, .i. dederit utendam, quo casu dominus mercium conductor est, & agit cum magistro navis ex conducto, non ex locato, an vero magister navis acceperit merces vehendas, quod est conduxerit, quo casu dominus mercium est locator operarum magistri, & agit cum magistro navis ex locato. Si agat ex conducto, agit perperam. Quid ergo fiet, ne agat perperam? Si incertum sit, magister navis navem locaverit an conduxerit merces vehendas, si ignoretur quemadmodum negotium gestum sit, hoc si ignoretur, & illud quoque ignoratur, mercatori in magistrum navis danda ne sit actio ex hoc negotio ex locato, an ex conducto: & in re dubia tutius est missa utraque actione, agere præs. verb. sive, quod idem est, in factum civili actione, quæ tamen erit instar actionis locati conducti, instar civilis actionis, quæ nomen suum habet, quamvis ipsa non habeat: & hoc est prius exemplum, quo utitur Papin. Sequitur posterius: rem tibi tradidi, ut eam inspiceres, & pretium ejus explorares: quæritur, quale sit hoc negotium, an sit depositum? Minime: neque enim rem tibi custodiendam, sed inspiciendam pretii excutiendi causa dedi: non etiam commodatum, quoniam non tibi dedi rem utendam, sed inspiciendam tantum. Et hoc ita proponit Papin. Nihil scribit de mandato, & tamen videtur esse mandatum, ut cum ego rem tibi do & mando, ut inspicias & æstimes: quod negandum tamen est, alioquin ex hoc contractu non daretur actio præscr. verb. si sine controversia esset mandatum. Ut igitur neque est depositum hoc genus negotii, neque commodatum: Sic nec mandatum, quia mandatum non est, nisi fuerit animus constituendi procuratoris in hanc rem: & hoc liqueat, quod non liquet, cum in dubio possit videri depositum, vel commodatum. Ergo ex hoc negotio etiam tutius erit agere præs. verb. sive in factum civili actione, quasi ex negotio novo & inusitato, ex quo datur actio præscriptis verb. *l. si tibi polienda, hoc tit.* sed quod sit proximum & vicinum negotio usitato. Et ita in hoc po-
A steriori exemplo dices, actionem præscriptis verbis esse similem civili, negotium illud esse proximum civili, atque adeo civile ipsum esse. Et placet verbum, quo utitur Papinianus: *non exhibita fide, subjici actionem in factum civilem*, id est, si non exhibeat fidem is, qui rem inspiciendam accepit, id est, si explorator eam rem non reddat, subjici actionem civilem in factum: non dicit eum subjici actioni in factum civili, ut Marc. Tullius in Topicis, quod sumpsit ex jure: In actionibus civilibus plerumque subjici illum arietem, id est, defensionem illam juris, si telum manu fugit magis, quam jecit: quoties reus excusat factum imprudentia teli emissi. Ad quam formulam antiquam, non ex 12. tab. ut quidam scripserunt, sed ex auctoritate prudentum respicit Augustin. *lib. 1. de lib. arbit.* cui invito atque impru-
B denti telum manu fugit, quod est relatum in can. *si homicid. 25. quæst. 5.* Ita exceptio subjicitur actioni, ut in *l. 7. de condit. instit. l. ex contractu, de re jud.* actio enim subjicitur actioni, & hoc est quod heic ait. Papin.

Ad §. Papinianus L. XVII. eod. tit.

§. 2. *Papinianus lib. 8. quæstionum scripsit. Si rem tibi inspiciendam dedi, & dicas te perdidisse, ita demum mihi præscriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit. Nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum. Secundum hæc, si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, & dolum & culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem; periculum non. Si vero mei dum-*
C *taxat causa datum est, dolum solum: quia prope depositum hoc accedit.*

Subjicienda nobis sunt necessario, quæ ex eodem libro Papin. de eadem specie, quæ proponitur in posteriore exemplo Ulpian. refert in *l. si gratuitam, §. Papinianus, hoc tit.* & quod ex eodem libro Papin. exstat in *l. rem 78. de furt.* Illi loci sunt conjungendi cum extrema parte hujus legis. Exponamus quemadmodum tibi rem inspiciendam dedi; sic loquitur *l. si gratuitam, §. Papinianus, & l. rem, de furt. & l. eum, qui §. 1. commod.* quod ita interpretandum est. *Si rem tibi dedi pretii explorandi causa.* Bas. ἐὰν παράσχωσι πρᾶγμα διατιμήσασθαι; non utitur quidem Papin. hoc loco verbo *inspiciendi*, sed nihil interest dixeris rem dari inspiciendi gratia, vel
D pretii explorandi gratia, Græcis διατιμητὴς, inspector dicitur, & longe aliud est inspicere, aliud respicere: de eo, qui rem accepit, ut respiceret, est *l. duo, hoc tit.* Legitur enim in ea recte Florentiæ, *respicere*, non *inspicere*. Species est. Duo secundum Tyberim ambulabant, unus ex his rogatus, alteri annulum suum ostendit, ut respiceret, inquit, is culpa ejus illi excidit & devolutus est in Tyberim, quæritur, qua actione cum eo agatur? non est commodatum, quia dedit, ut eodem momento redderet, ut respiceret, non inspiceret, non ut exploraret pretium annuli; quasi tamen ex commodato dabitur actio præscr. verbis, quia ita intelligitur dedisse, ut mox redderet, & culpa ejus factum est, ne redderet, aut posset reddere. Sed videamus, quid ad hoc postremum exemplum sit addendum ex *d. §. Papinianus, & d. l. rem, de furt.*
E Si inspector rem non reddat, tenetur actione præscr. verb. Hoc ita procedit, si ignoretur, ubi res sit, si non inveniatur, si quis eam furto abstulerit, nec sciatur quis ille fur sit, nec tamen indistincte: nam inspector quandoque culpam præstat, quandoque non: Nam si mea causa tantum rem inspiciendam dedi, dum volo inquirere pretium rei meæ, quia nulla utilitas versatur inspectoris, sed mea tantum, inspector debet præstare dolum tantum, sicut depositarius, & culpam dolo proximam eadem ratione, quia in deposito nulla utilitas depositarii versatur: depositum fit solius deponentis gratia, & ideo præstat depositarius dolum tantum: hoc casu inspector similis est depositario, nec tamen depositarius, quia non custodiendi, sed inspiciendi causa rem accepit: &

ideo

ideo si sine dolo ejus vel inspectoris ejus res interierit, A licet culpa ejus levi perierit, non tenetur actione præscr. verbis. Finge, extraneum furto abstulisse eam rem, est sane in culpa depositarius, vel inspector, quod rem non servaverit diligentius, sed tamen non tenetur depositarius depositi, vel inspector præscriptis verbis: & ideo non habet actionem furti adversus furem, quia nihil ejus interest, cum non teneatur domino rei: & actio furti datur tantum ei, cujus interest, & in id, quod interest in duplum, vel quadruplum, sed datur actio furti domino rei, *l. eum qui*, §. 1. *commod.* Et notandum, furtum plerumque imputari culpæ possessoris: latrocinium, prædatura, abigeatus, quoniam fiunt vi majore, sunt casus fortuiti, damna fatalia, quibus resisti non potest: furtum non est damnum fatale: nam furto cavere diligentia paterfamilias potest, *l. cum duobus*, §. *damna*, *pro* B *soc. l.* 4. *naut. caup.* Et ideo ego probavi semper, quod alii improbant, id scilicet, quod est in more positum in quibusdam Galliæ regionibus, ut fur plectatur sua pœna ob turpe lucrum, & dominus publicatione rei furtivæ ob suam negligentiam: furtum plerumque negligentiæ imputatur. Invenies interdum furtum culpæ non imputari, *l. eum qui*, §. *item quæritur*, *de furt.* Fateor, est quoddam furtum quod adnumeratur casui majori potius quam culpæ, ut quod faciunt saccularii, qui sunt quasi præstigiatores, vel quod faciunt apertularii, *Crocheteurs*, quibus nihil est tam bene obsignatum, quod non aperiant: quis istos cavere potest, quorum ars in furando est subtilis nimis? Quid vero dicemus si ego rem tibi dedi inspiciendam tua causa, vel mea & tua? si tua tantum: si mea tantum causa, præstas dolum tantum ut de- C positarius, si mea & tua, quia etiam tua utilitas vertitur, teneberis mihi præscr. verb. etiamsi sine dolo tuo, non tamen sine culpa tua levi, ut si furto res sublata sit: atque ideo habebis actionem furti adversus furem, non ego, *d. l. eum qui*, §. 1. & *d.* §. *Papinianus*: & hoc est quod ait lex *rem*, de furt.

Ad L. LXXVIII. de Furt.

Rem inspiciendam quis dedit, si periculum spectet eum, qui accepit, ipse furti agere potest.

SI *periculum spectet* inspectorem, quod scilicet in ea re utilitas ejus aliqua fuerit, vel ut dicam apertius, quod ei expediret eam rem inspicere, dum forte eam emere vult: & periculum non oportet accipere pro casu D fortuito, ut in *d.* §. *Papinianus*, ubi ait, Inspectorem nunquam præstare periculum, hoc est, casum majorem: sed cum illius gratia res inspicienda illi data est, periculum eum spectabit, veluti periculum furti, quod intelligitur plerumque contingere culpa possessoris, vel ejus, qui rem naturaliter tenet. Concludamus ergo: si periculum furti ad inspectorem pertinet, quoniam tenetur domino actione præscr. verbis: ergo ei dabitur actio furti adversus furem, non domino. Quædam omiseram nudiustertius ad *l. rem*, *de furt.* Si tibi rem inspiciendam dedi, & aut extraneus furtum fecit, aut tu ipse. Si extraneus & tui causa eam rem inspiciendam tibi dedi, quod eam emere velles, tibi competit actio furti adversus furem, quia teneris mihi actione præscr. verb. quod culpa tua ea res amissa sit: si mei duntaxat causa rem E tibi inspiciendam dedi, dum volo pretium exquirere: ego habeo actionem furti adversus furem extraneum, quia tu mihi non teneris actione præscr. verb. nec enim hoc casu debes præstare culpam, sed dolum tantum, quia in hoc negotio nulla tua utilitas vertitur: quod satis exposuimus: sed, quod omiseram, si tu ipse, qui rem inspiciendam accepisti, ejus rei furtum feceris interversa possessione, & liqueat eam rem apud te esse, & retineri abs te lucri faciendi causa, jam non est quod agam tecum actione præscr. verb. ut eam rem mihi reddas, cum suppetant civiles & directæ actiones quamplurimæ adversus te, nimirum furti pœnalis in duplum & rei persequendæ nomine, condictio furtiva, & actio ad exhibendum, & rei vindicatio, quæ dantur in fures, *l. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *de præscr. verb.* & hoc est quod omiseram nudiustertius.

Ad L. I. qui pot. in Pign.

Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuæ quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de pignore? cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis. Nec probe dici in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

§. 1. *Alia causa est ejus, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac forte prius quam numeraret, alii res pignori data est.*

LEx 1. hujus tituli, imo omnes leges sunt de duobus creditoribus, quibus diversis contractibus, diversis temporibus eadem res pignori obligata est in solidum. Qua in re primum monendi estis, aliquantulum interesse, utrum eadem res duobus diversis contractibus vendita, aut donata sit, an pignori obligata. Nam si duobus diversis contractibus & temporibus eadem res sit vendita vel donata, in rei vindicatione potior est, cui res tradita est: nam traditione translatum est jus domini, si dominus est: & potior igitur in rei vindicatione, *l. quoties*, *C. de rei vind. l. sive autem*, §. *si duobus*, *de Publ. in rem act. l. si duobus de div. & temp. præs.* Sed si duobus eadem res pignori obligata sit diversis contractibus, in actione hypothecaria, in vindicatione pignoris, potior est non tantum is, cui pignori res tradita est: sed & is, cui priori res obligata est nuda conventione, nam pignus non tantum traditione contrahitur, sed etiam nuda conventione, *l.* 1. *de pigner. act.* Item si quis duobus eandem rem in solidum vendiderit diversis contractibus, tenetur crimine falsi, *l. qui duobus*, *ad l. Corn. de fals.* At si quis duobus eandem rem diversis temporibus pignori obligaverit, tenetur crimine stellionatus, quia scil. deficit proprium nomen criminis: nam crimen quod non habet proprium nomen, dicitur stellionatus: impostura quæ caret nomine dicitur stellionatus: & tamen certum est, eum, qui duobus diversis temporibus eandem rem obligat pignori, non teneri crimine falsi *l. Cornel. de fals.* sed crimine stellionatus. Num igitur est falsum crimen stellionatus, quod non est crimen legitimum, non ordinarium, est inscriptum, ut vocant Rhetores, de quo nulla lex scripta est, ut possis etiam actionem præscr. verb. appellare inscriptam *l. tutor*, §. *contrarium*, *l. si quis*, §. *ult. de pign. act.* Sed explicanda est ratio differentiæ, cur tenetur crimine falsi venditor? quia rem quam vendit, vendit quasi suam, afferens esse suam, aut quasi afferens, dicit rem suam esse, aut dicere intelligitur, & mentitur tamen, qui vendit posteriori, cum dominium ejus rei transtulerit in priorem emptorem, & mendacium species est falsi: mendax est falsarius, tenetur ergo *l. Corn. de fals.* quasi falsarius & mendax: Qui rem pignori obligat, dicit quidem esse suam, sed non dicit esse liberam, non esse obligatam alii, non mentitur, sed dissimulat priorem obligationem, dissimulatio est stellionatus, non falsum, cum nihil affirmet, vel affirmare intelligatur: sed si diceret pignerando rem posteriori, rem esse liberam, sane teneretur falsi, & cessaret crimen stellionatus: quod in hypothecis Athenienses semper exprimere solebant, rem esse liberam, ut in actionibus & præscriptionibus, Demosth. maxime in ea, quæ est adversus Lacritum, pignori obligari res liberas & immunes, ut etiam nostri auctores dicunt, liberam rem, liberum prædium, non solum, quod non debet servitutem, sed etiam quod non est pigneratum, *l. si pro fundo*, *C. de transf. l. ult.* §. 1. *ad Velle.* Et ita si pignerando eam rem posteriori

ſteriori dixeris eſſe liberam, & fuerit ante obligata aliis, committis in *l. Corn. de falſ.* nec opus eſt accuſatione ſtellionatus, cum ſuppetat ordinaria & legitima. Sed non ſolebant hoc affirmare qui pignori rem opponebant; Cum hoc autem affirmatur, hoc ſolo caſu eſt accuſatio ſtellionatus. Verum excutiendum illud eſt diligenter, quod poſuimus initio, eum qui prior eſt tempore, potiorem eſſe jure hypothecæ vel jure pignoris, id eſt, creditorem in cujus perſona prius conſtitutum eſt pignus, potiorem eſſe creditore pigneraticio, vel hypothecario. Quo principio poſito, oriuntur ſtatim ex eo quæſtiones multæ, & illa in primis, quis prior intelligatur, quis poſterior, quis antiquior in cauſa pignoris. Prior qui dicitur variis modis, ut docuit Ariſtotel. & non immerito dubitatur, quis; & hoc potiſſimum quæritur in ſpecie hujus legis, quæ eſt hujuſmodi. Ego promiſi dotem pro muliere marito ſtipulanti, nondum numeravi, & antequam numerarem maritus ſtipulanti mihi cavit, ſe dotem redditurum mihi ſoluto matrimonio; dos fuit receptitia, & eo nomine rem ſuam mihi pignori dedit de reſtituenda dote dirempto matrimonio; poſt ego partem dotis numeravi, & antequam numerarem reſiduam partem dotis, maritus eandem rem Titio pignori obligavit, ac deinde ego numeravi reſiduam partem dotis, implevi dotem, implevi maritum. Quæritur quis ſit potior in ea re pignoris jure, quis prior, ego an Titius?. & Papin. prudentiſſime ait pignoris jure, me eſſe priorem, potiorem, potentiorem, & non eſſe obſervandum tempus impletæ numerationis. Titius eſt prior, quia poſt Titium ego implevi numerationem dotis; ſed ſi ſpectemus tempus contractæ obligationis, ego ſum prior, non Titius. Prior igitur varie accipitur pro ratione temporis, quod obſervatur. Et Papin. ait, non eſſe ſpectandum tempus impletæ numerationis, ſed tempus contractæ obligationis, quo tempore in cauſa pignoris nemo me præceſſit, quo tempore pignus reſtituendæ dotis recte contractum eſt: nam pignus reſtituendæ dotis recte contrahitur non tantum dote numerata, ſed promiſſa ſtipulanti, quia qui promiſit non poteſt numerare, cum ſit efficaciter obligatus, neque poteſt mulierem pro qua promiſit dotem, indotatam facere: atque ita tempus contractæ obligationis efficaciter comparatur tempori numerationis, quia qui contraxit efficaciter obligationem, & numeraſſe intelligitur. Et hoc eſt quod ait Papin. in 1. parte hujus l. Efficax promiſſio pro numeratione eſt, quia non poteſt non ſequi numeratio; atque adeo non oportet animadvertere ad tempus numerationis, ſed ad tempus contractæ obligationis, cum quæritur uter ex creditoribus ſit prior vel potior. Eadem ratione idem dicemus, ſi poſt ſtipulationem dotis pignore mihi dato de reſtituenda dote ſoluto matrimonio, antequam quicquam numerarem ex dote, maritus eandem rem Titio obligavit; Nam & hoc caſu præferor Titio. Non pono, ut poſuit qui conſuluit Papin. per partes fuiſſe ſolutam dotem, partem antequam cum Titio contraheret, partem reſiduam poſt obligationem Titii, ſed fuiſſe promiſſam tantum, & nihil fuiſſe adnumeratum, antequam idem pignus Titio obligaretur, & tamen dico me eſſe Titio potiorem in vindicatione pignoris. Etiam illud adjicio, idem eſſe dicendum ſive ſtipulatio dotis ſit facta pure, ſive in diem, ſive ſub conditione collata in caſum, vel in poteſtatem mariti ſtipulatoris, quia exiſtente die vel conditione, perinde eſt atque ſi pure facta ſtipulatio fuiſſet, *l. qui balneum*, *& l. potior*, *hoc tit.* Et hæc quod ad priorem partem hujus legis attinet. In poſteriore parte Papin. docet, aliud eſſe dicendum, ſi nulla præceſſit ſtipulatio dotis, nulla obligatio, ſi me non obligavi ad dotem dandam, ſed maritus mihi cavit, mihi promiſit ſe redditurum dotem, quam ei numerarem intra diem certum, quam ei non promiſeram, etſi eo nomine rem ſuam mihi pignori dederit. Fingamus igitur & ponamus hanc ſpeciem apertius. Ego non promiſi dotem pro muliere, ſed ſpem feci numerandæ dotis pro muliere: & hac ſpe fretus maritus mihi promiſit ſe dotem reddituA rum quam ei numerarem intra diem certum, numerabo ſi volo, & rem ſuam mihi dedit pignori in eam ſummam, quam numerarem ſi velim: neque enim ſum obligatus: ac deinde ante eum diem, antequam numerarem, maritus eandem rem Titio pignoris obligavit. Sunt notandæ hujuſmodi quæſtiones, in quibus nullum verbum eſt, quod non accurate obſervetur hodie. Titius erit potior, non ego, & ſpectabitur tempus numerationis: non poteſt ſpectari tempus contractæ obligationis, cum nulla contracta ſit, cum non me obligaverim dandæ doti, & fuerit in mea poteſtate, non numerare, non dare: non eſt quod aliud tempus igitur ſpectes quam tempus numerationis: eo tempore me præcedit Titius; ergo me potior eſt. Addendum eſt, idem eſſe, ſi cum ego me non obligaſſem dandæ doti, ſed ſpem tantum feciſſem, B me daturum intra diem certum, & ſub hac ſpe maritus mihi rem ſuam pignori dediſſet de reſtituenda dote, ac deinde antequam rem numerarem, idem pignus Titio vendidiſſet, poſt ego numeraſſem pecuniam dotalem: Nam hoc caſu nullum pignus contractum intelligitur etiamſi poſtea numeraverim, quia tempore numerationis quod ſolum obſervari poteſt, ea res non fuit in bonis Titii, cui vendita & tradita fuit: & conſtat non conſiſtere pignus, niſi ejus rei, quæ eſt in bonis debitoris ex formula pigneratitiæ actionis, *l. pen. ſup. tit. prox. l. potior, in prin. hoc tit.* Unde ita concludam: pignus poteſt præcedere obligationem ſicut fidejuſſio: pignus eſt ſequela principalis obligationis ut fidejuſſor, fateor, & intelligitur etiam eſſe ſequela, licet præcedat obligatio, & non male præcedit, *§. fidejuſſor, Inſt. de fidejuſſor.* Pi- C gnus, inquam, poteſt præcedere obligationem, ſed ſecuta obligatione ita demum pignus conſiſtit, ſi eo tempore, quo cotrahitur obligatio, inveniatur in bonis debitoris: alioqui eſt inutile, propterea quod ſpectare oportet tempus contractæ obligationis, a quo non eſt diverſum tempus numerationis in hac ſpecie. Quod ſi eodem tempore, quo ſequitur obligatio, pignus quod præceſſerat, inveniatur obligatum alii, conſiſtit quidem, ſed non eſt potentius: præfertur namque alius, qui prior credidit. Unde in hac quæſtione hæ ſunt nobis ſemper retinendæ concluſiones: contracta obligatione principali, ſive perſonali, id eſt, facto vel perfecto contractu, quamvis nondum impletus ſit, obſervatur tempus dati vel conventi pignoris, id eſt, facti vel perfecti contractus, factæ ſeu confectæ obligationis, non tempus im- D pleti contractus, quia ab initio pignus recte coſtitutum fuit. Altera concluſio hæc eſt: nec impleto contractu, id eſt, nondum conſtituta obligatione ullo modo, ſpectatur tempus contractus, non tempus dati, vel conventi pignoris, quia nulla eſſe intelligitur obligatio dati vel conventi pignoris ante contractum, & ut de ſtipulatione dicitur in *l. 6. de novat.* numerationem pecuniæ fieri implendæ ſtipulationis gratia, quæ præceſſit, ut poteſt præcedere, ita hoc caſu licet dicere, contractum fieri implendi pignoris cauſa, quod præceſſit: fidejuſſor poteſt præcedere obligationem, item pignus, item ſtipulatio. Nam & ſtipulatio acceſſio eſt, ſicut pignus, & fidejuſſor. Stipulatio eſt concluſio contractus, *l. ſi dominus, de præſcr. verb.* niſi animus novandi adfuerit. Et hoc eſt quod dicitur, ſtipulationem non fieri ſine cauſa: ac- E cedunt ſtipulationes contractibus, non per ſe ſubſiſtunt. Abſoluta eſt ſententia hujus legis. Sed ne quid deſideretur quod pertineat ad hanc quæſt. quæ eſt quotidiana hodie: fingamus novam ſpeciem, nec tamen longe remotam a ſuperiori. Cum ego a te vellem mutuo pecuniam ingentem accipere, & tu velles dare, ego non ſine fraude accepi modicam pecuniam, & pignus dedi, ac deinde a Titio etiam accepi mutuam pecuniam ſub eodem pignore, & poſtea a te accepi reſiduam pecuniam, quam ab initio accipere volebam, & tu dare: tu es potior, quia prior credidiſti. Et ex quæſtione tractata a Papiniano hoc intelligitur, priorem eſſe eum, qui prior credidit, etiamſi poſterior pignus accepit: contra priorem non eſſe eum, qui prior pignus accepit, niſi ei crediderit

prior;

prior; plane igitur tu prior es, quia tu prior credidisti, & sine dubio tu prior es in prima illa modica pecunia, quam initio mihi credidisti sub pignore illo: sed alter an prior est in posteriore pecunia in residua pecunia? quod videtur exemplo usurarum posteriorum, quæ accessere post secundum creditorem in specie *l.Lucius*, *hoc tit.* quæ est hujusmodi. Ego mutuam pecuniam a te accepi sub usuris certis dato pignore: Deinde mutuam pecuniam accepi a Titio sub eodem pignore: proculdubio tu es prior sortis nomine, quia prior sortem mihi credidisti: tu es etiam prior usurarum nomine, quæ accesserunt antequam mihi crederet Titius, quæritur, an sis etiam prior usurarum nomine, quæ accesserunt post creditum Titii? & ait *l. Lucius*, te esse priorem usurarum omnium nomine: quod concedam facile, quia usuræ sequuntur jus sortis: sed videtur etiam idem esse constituendum in posteriori sorte, ut sequatur jus prioris, ita & quemadmodum tu habes privilegium temporis in priori, etiam habeas in posteriori pecunia: sed si hoc admitteretur, hac via posteriores creditores circumscriberentur. Et sane videtur debitor habuisse animum circumscribendi secundi creditoris, qui ita rem gessit, qui cum potuit ingentem pecuniam accipere, noluit nisi modicam accipere. Et ideo recte definitur in *l. si creditor*, §. *si idem*, *hoc tit.* eum, qui bis credit esse ante secundum, & post secundum creditorem, in pecunia priore esse potiorem, in posteriori esse tertium, Titium in sua pecunia esse secundum. Ex iis, quæ diximus ad *l.* 1. resumere nos aliquid oportet, quod majore confirmatione videtur indigere. Qui duobus eandem rem diversis temporibus, diversis contractibus in solidum vendidit, tenetur pœna falsi ex *l. Cornel.* qui autem duobus eandem rem diversis contractibus obligavit, tenetur crimine stellionatus, quasi deficiat crimen falsi: non tenetur ergo crimine falsi: nam ubi est aliud crimen, ibi cessat stellionatus, *l.* 3. *inf. de crim. stell.* Quæro quæ sit ratio differentiæ? hæc differentia verissima esse videtur: qui vendidit duobus eandem rem, tenetur falsi ex *l. Cornel.* quia vendendo posteriori, rem dixit esse suam, & mentitus est, mendacium est falsum, quia scilicet jam priori eam rem vendiderat & tradiderat: vel licet non dixerit palam, rem suam esse, utique intelligitur dixisse semper, quia etiamsi rei alienæ venditio valeat, tamen emendo vendendo id agitur, ut dominium transeat in emptorem, *l.*80. §.*ult. de cont.empt.* & quod agitur, pro dicto habetur, *l. quum quid*, *de rebus cred.* Quid si quis duobus eandem rem in solidum pigneravit duobus contractibus? & quidem si dixerit, eam rem liberam esse, vel esse suam falso, cum esset vel alii obligata, vel aliena, mea quidem sententia hic tenetur etiam crimine falsi, quia mentitus est. Sed si dissimulaverit rem esse alienam, vel alii obligatam, non etiam affirmaverit quicquam, hoc casu tenetur crimine stellionatus, *l. tutor*, §. *contrariam*, *l. si quis*, §. *ult. de pign. act.* & *l.* 2. *C. de crim. stell. l.* 3. *inf. eod. tit.* quæ id evidentius demonstrat in illo loco: *dissimulata obligatione.* Dissimulatio illa non est falsum: non ergo tenetur crimine falsi: & tenetur tamen quasi stellio, quasi Ægyptius, ut veteres loquebantur. Est proprium vitium Ægyptiorum stellionatus, stellioque frequens in Ægypto animal, inde αἰγυπτιάζειν est imponere & stellionem agere. Denique non est falsus, sed propter illam dissimulationem vafram tenetur stellionatus crimine: quod quidem crimen nunquam concurrit cum alio crimine legitimo, sed est stellionatus persecutio, cum nullius alius criminis est persecutio. Verum objici potest *l. ult. de crim. stell.* quæ ait, eum teneri crimine stellionatus, non ergo falsi, qui falso dixit, rem esse suam, quam pignori dabat, jurando vel potius pejerando rem esse suam: quod est plane contra illud, quod ante dixi. Et placet objectio valde, quia mihi præbet causam explicandæ *d.l.ult.* difficilis satis & vexatæ nimis. De perjurio ait; crimen stellionatus fit si quis falso juraverit suum esse pignus, quod fuit alienum: cur non tenetur falsi? In jure nos oportet separare perjurium a falso: nam perjurium est sane plus quam fal-

A sum: non invenies *l. Cornel. de falsis*; contineri perjurium, quia majus est crimen perjurii quam falsi: falsi pœna est legitima, perjurii nulla: si quis per Deum pejeraverit, Deum ultorem habet, *l.*2.*C.de.reb.cred.* Perjurii igitur nulla est pœna legibus prodita, nulla accusatio, quamvis sit plusquam falsum, & ratione falsi per se tantum, *d.l.ult.* non subjicit perjurium crimini stellionatus, sed quod deficiente crimine falsi, cum perjurium sit separatum a falso, quod par sit & æquabile, non minus teneri eum crimine stellion. qui pejeravit pignus suum esse quam qui simulavit. Si ex simulatione contrahitur crimen stellionatus, cur non ex perjurio? Crimen stellionatus maxime est generale, quod complectitur omnes imposturas vacantes nomine proprio, nec scriptas sive comprehensas legibus; & ita omnino res explicanda

B mihi videtur.

Ad L. LXV. rem Hereditariam, de evictlon.

Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, & evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit, quærebatur, an uterque heredum conveniri posset, idque placebat, propter indivisam pignoris causam, nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, præstarentur, quia non duo rei facti proponerentur, sed familiæ ercifcundæ judicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? cum coheredis negli-

C *gentia damnosa non debet esse alteri.*

Lex hæc est elegans, & qua ego soleo uti semper, quoties agitur de evictione pignorum, quæ dicitur esse individua, propterea quod pignus non potest lui sive repignerari, ita ut non perseveret in solidum, ut non sit obligatum totum, nisi & tota pecunia soluta sit, nisi sors tota soluta est: hoc est, quod ait Papin. indivisam esse pignoris causam, & ait indivisam, pro individuam, ut in *l. viæ*, *de serv.* indivisum esse usum servitutum, hoc est, individuum: revera hæc sunt diversa: pleraque sunt indivisa, quæ tamen non sunt individua: & ait Papin. indivisam esse pignoris causam, id est, non solvi pignus, nisi soluta omni sorte, soluta parte sortis, non ideo minus pignus manere obligatum in solidum. Finge, te de-

D bere mille & solutam esse maximam partem, ita ut debeatur unus nummus tantum: pignus pro illo nummo in solidum tenetur. Individua est igitur pignoris causa, individuum pignus: nam & nobis ut quibusdam auctoribus pignoris causa, id est, pignus, dotis causa, id est, dos. Speciem hujus legis ponamus. Qui debet certam pecuniam sub pignore rei suæ, vita decessit, relictis duobus heredib. primo & secundo: hi eandem rem quam defunctus obligaverat vendiderunt, & caverunt emptori evictionis nomine pro hereditariis portionibus non in solidum singuli: ergo non sunt duo rei promittendi: post unus ex coheredibus, puta, primus, pignus liberavit pro sua parte, videlicet soluta sorte pro parte hereditaria: quantum in eo fuit, bene functus est suis partibus & suo munere, quia intulit portionem hereditariam: deinde

E creditor evicit pignus & abstulit emptori actione Serviana, quæ etiam dicitur hypothecaria: commissa est stipulatio evictione adversus venditores, quæ committitur non tantum, si res evincatur rei vindicatione, sed & si evincatur actione hypothecaria, *l. si mancip.* §.*ult.hoc tit.* Quæritur an evicta re jure pignoris, ut proponitur, possit uterque heredum conveniri ab emptore ex stipulatione interposita evictionis nomine? Videtur non posse conveniri illum, qui pro parte sua pignus liberavit, solvendo sortem pro parte sua; an igitur evictionis nomine teneatur alter, id est secundus qui pro sua parte pignus non liberavit? Responde, utrumque teneri pro hereditariis portionibus evictionis nomine uti cavit, quia singuli in solidum se non obligarunt, nec sunt duo rei

rei promittendi. Hoc ut intelligatur, ſciendum eſt, magnam eſſe differentiam inter obligationem perſonalem, quæ obligatio principalis dicitur ſeu ſortis, & obligationem hypothecariam. Nam obligatio perſonalis ipſo jure ex 12. tab. dividitur inter coheredes pro hereditariis portionibus. Fateor eum, qui ſolvit ſortem pro ſua parte, jam non poſſe conveniri actione perſonali; Obligatio autem hypothecaria eſt individua, non dividitur inter coheredes; nam ſinguli tenentur in ſolidum actione hypothecaria ſi pignus poſſideant, vel dolo deſierint poſſidere, etiam is, qui ſolvit pro ſua parte: quia ſolvendo ſortem pro ſua parte nihil agit: liberavit quidem ſe penitus ab obligatione perſonali, liberavit etiam pignus pro ſua parte, nullam tamen pignoris partem liberavit, quia pro reſidua parte ſortis, quæ non eſt ſoluta, pignus tenetur in ſolidum, perinde atque ſi nihil ex ſorte ſolutum eſſet, *l. 1. & 2. C. de luit. pign.* non liberatur pignus, niſi tota pecunia ſolvatur, & quamdiu vel unus nummus ſupereſt, totum pignus obligatum manet, nec poteſt repeti actione pigneratitia, *l. ſi rem, §. omnis, de pign. act. l. 1. de migrando, l. pen. de except. rei jud. l. aliquando, §. 1. ad Velle. l. grege, §. etiam, de pigner. act.* Eadem eſt ratio ejus, quod debetur ſub pœna. Ut pignoris, ita & pœnæ cauſa eſt individua: veluti ſi acceperis & promiſeris pecuniam ea lege, ut niſi ea die ſolveris, tot præſtares pœnæ nomine: individua eſt cauſa pœnæ, quia niſi tota pecunia ſolvatur dicto die, pœna in ſolidum committitur, perinde atque ſi nihil ſolutum eſſet, *l. 18. §. Celſus, l. hered. l. idem juris, & ſeq. famil. erciſc.* Unde ita concludamus, quod ad hanc ſpeciem attinet, quia nulla ex parte primus pignus liberavit, etiamſi debitam pecuniam ſolverit pro ſua parte, evicto pignore tenetur emptori ex ſtipulatione interpoſita evictionis nomine pro ſua parte ut cavit: & non quolibet remedio ei conſuletur, cum tamen ſit æquum ei conſuli, ne pro ſua parte præſtet evictionem, qui pro ſua parte ſolvit, pro qua tantum tenebatur ipſo jure: æquum eſt enim eum non verſari in damno. Videndum quo remedio ei ſubveniatur: an ſi conveniatur ab emptore evictionis nomine pro ſua parte, an oppoſita exceptione doli mali poterit deſiderare ab emptore, ut ſibi cedat actiones adverſus coheredem, qui pro ſua parte nihil ſolvit? minime, quia emptor adverſus coheredem non habet actionem de evictione in ſolidum, ſed pro ſua parte tantum, quia non fuere duo rei promittendi: ceſſione igitur actionum ei conſuli non poteſt. Verum ſive hic coheres ſolidam pecuniam ſolverit, ſive pro parte ſua tantum, & deinde etiam conventus evictionis nomine pro ſua parte præſtiterit emptori uti promiſerat, tum ne negligentia coheredis, qui pignus non liberavit pro parte, noceat ei, qui liberavit pro parte ſua: famil. erciſc. judicio conſequetur ut coheres, qui non ſolvit, ei reddat, quod pro ſua parte præſtiterit evictionis nomine, atque ita hoc remedio totum onus evictionis conferet in negligentem coheredem, non in eum, qui egit quod ſuarum partium erat fide bona, proque ſua parte pignus liberavit.

Ad L. LXXXI. de Jur. dot, & L. XCIV. de ſol.

Pater filiæ nomine nummos alienos, quos mutuos acceperat, aut in cauſam crediti receperat, in dotem dedit, conſumptis his, dos profectitia efficitur.

L. XCIV. *De ſolut. Si is, cui nummos debitos ſolvit alienos, nummis integris pergat petere, quod ſibi debeatur, nec offerat quod accepit, exceptione doli ſubmovebitur.*

§. 1. *Si autem communes nummos credam, aut ſolvam, confeſtim pro parte mea naſcetur & actio & liberatio, ſive in ſingulis nummis communionem pro indiviſo, quis eſſe intelligat, ſive in pecunia, non corpora cogitet, ſed quantitatem.*

§. 2. *Sed & ſi fidejuſſor alienos nummos in cauſam fidejuſſionis dedit, conſumptis his mandati agere poteſt, & ideo ſi eam pecuniam ſolvat, quam ſubripuerat, mandati aget, poſtquam furti, vel ex cauſa condictionis præſtiterit.*

SEquitur ut exponamus *l. pater, de ju. dot.* ad quam etiam pertinet *l. 94. de ſolut.* quæ eſt ex eodem libro Papin. atque etiam id quod ex eodem lib. Papin. Ulp. refert duobus locis, *l. 13. §. 1. & §. ult. de reb. cred.* Hæc *l. pater filiæ*, & *d. l. 94.* uſque ad *§. Flavius*, & quæ referuntur ab Ulpi. *d. l. 13.* pertinent ad eandem quæſt. ac ſimul ſunt explicanda. Sciendum eſt ſæpe conſumptione mutuum fieri, quod ab initio ex numeratione ipſa non fuerat mutuum: Nam ſi credidero tibi nummos meos, eſt mutuum, ſi alienos, non eſt mutuum, quamdiu extant quia eos non feci tuos, non eſt mutuum niſi fiat de meo tuum. Quid eſt mutuum? Alienatio pecuniæ, quæ fit ſub lege quandoque reddendæ ejuſdem pecuniæ. Si igitur tibi credidero alienos nummos, & extent apud te, non eſt mutuum, ſed ſi conſumantur bona fide, fit mutuum, & datur condictio ex conſumptione, quæ non fuit ex numeratione, datur condictio de bene depenſis, ut veteres loquebantur, non condictio de reb. creditis. Et hoc eſt quod ex hoc lib. Papiniani Ulpian. refert in *d. l. 13. §. 1.* ſi alienos nummos tibi mutuo dedero, te non teneri mihi condictione ſi cert. pet. niſi eos conſumpſeris, & ſi eos conſumpſeris per partes etiam me eos tibi condicturum, ſi cognovero eos eſſe alienos. Eodemque modo ſi creditori meo ſolvero nummos meos, mihi contingit liberatio; ſi alienos, non liberor: non eſt ſolutio, niſi pecunia mea fiat tua. Quid eſt ſolutio? alienatio tantæ pecuniæ quanta debebatur: ſi igitur alienos ſolvero, non liberor, niſi ex conſumptione demum, hoc eſt, ſi bona fide conſumpti fuerint: Conſumptis nummis ego liberor, non extantibus vel integris, *l. non omnis, §. ult. de reb. cred. l. quod ſi forte, §. ult. & l. Caſſius, de ſolut.* conſumptio mihi conciliat liberationem, quam non conciliarat numeratio. Idemque ſequitur in dote profectitia. Dos profectitia eſt, quam pater dat pro filia: cujus proprium hoc eſt, ut mortua in matrimonio filia redeat ad patrem: dos enim adventitia morte mulieris ſoluto matrimonio remanet apud virum: & eſt dos profectitia, ſi pater nomine filiæ dedit nummos ſuos in dotem: erant plerumque dotes nummariæ: & dos etiam eſt alienationis ſpecies: non eſt dos, niſi dotis dominus fiat maritus. Si igitur alienos nummos pater dedit in dotem, veluti quos mutuos acceperat, vel quos ſolutos receperat a non domino, dos non erit profectitia, quia ea pecunia non eſt patris, antequam ſcilicet a marito bona fide conſumpta ſit: conſumptis nummis a marito dos efficitur profectitia, quia retro facti videntur patris mutui datione, cum condici ei poſſint condictione de bene depenſis, vel ſolutione, cum a patre debitor liberetur poſt conſumptionem pecuniæ alienæ in ſolutum datæ: non conſumpſit pater nummos, quos alienos ſumpſerat, dando eos in dotem, ſicut nec ſi eos alii dediſſet in creditum, vel in ſolutum, *d. l. non omnis, §. ult.* ſed eos conſumpſit maritus, ignorans eſſe alienos, diſperdendo bona fide, ita ut non appareant, vel immiſcendo ſuis, ita ut diſcerni non poſſint, jure conſumpti intelliguntur, quia vindicari non poſſunt, cum non ſit facilis eorum diſcretio, *l. 78. de ſolut.* Et generaliter conſumpti dicuntur nummi in hac quæſtione, quorum nomine nulla actio domino competit, & hoc ita ſi conſumpti ſint bona fide: nam ſi mala fide, ſupereſt domino actio ad exhib. perinde atque ſi extarent nummi, *l. 11. §. ult. & l. 12. de reb. cred.* mala fide conſumpti habentur pro exſtantibus, ut qui mala fide deſiit poſſidere videtur poſſidere. Hi igitur tantum conſumpti intelliguntur, qui bona fide conſumpti ſunt, quia eorum nomine nulla actio ſupereſt domino, & eo fit, ut conſumptio bona fide facta, & ut loquuntur veteres bene depenſa, Græci καλὸν δαπάνημα, conciliet mutuum, quod initio non fuit mutuum: nam domino nummorum aufert omnem actionem. Ac ſimiliter, ut oſtenditur in *l. 94. §. 1. de ſolut.* exempli cauſa, ſi fidejuſſor ſolverit creditori ſuos nummos, liberatur fidejuſſor, liberatur reus; ſi ſolverit alienos, neuter liberatur, & ideo non habet fidejuſſor actionem mandati adverſus reum, ut recipiat nummos, quos pro eo ſolvit, quia eum non liberavit

ravit

ravit ſolvendo alienos, ſed ſi conſumantur bona fide, liberatur reus per conſumptionem nummorum, imo liberatur uterque, & recte agit fidejuſſor mandati, ac ſi de ſuo ſolviſſet, ſed finge: Fidejuſſor eos nummos furto ſurripuerat, atque ita ſolverat ei, apud quem intervenerat, & mox conventus actione furti a domino, vel condictione furtiva præſtitit tantandem pecuniam, & duplum actione furti, atque ita domino jam eorum nummorum nomine nulla competit vindicatio, etiamſi extent, quoniam ei, cui ſubrepti ſunt, ſatisfactum eſt: videbuntur tamen eſſe conſumpti, quod domino eorum nummorum nomine jam nulla ſufficiat actio: conſumpti igitur dicuntur, qui ſunt domino comſumpti, qui domino perierunt, quorum repetitio domino non eſt: Ante conſumptionem igitur dos non fuit ex re patris, atque ita nec profectitia in ſpecie legis noſtræ. Objiciunt Græci *l. jure*, §. 1. *h. t.* quæ ait, dotem eſſe profectitiam, ſi pater alienum fundum bona fide emptum in dotem dederit, quamvis ſc. is fundus non ſit peremptus, nec ejus fundi perſecutio domino perierit. Verum ita reſpondemus: alia eſt ratio fundi, alia pecuniæ, & alia ratio venditionis, alia mutui, vel ſolutionis: alienæ rei venditio valet, alienæ pecuniæ mutuum vel ſolutio non valet: & conſequenter qui fundum alienum emit, tenetur ex vendito, ut pretium ſolvat: qui alienam pecuniam ſolvit non liberat a ſe debitorem: ac poſtremo, fundus bona fide emptus, videtur ex re emptoris eſſe, quia ei pretium abeſt, vel abfuturum eſt, cum teneatur ex vendito: & habet etiam ipſe actionem ex empto, ſi res evincatur, & utitur gener acceſſione temporis ex perſona ſoceri ad uſucapionem ejus rei: pecunia autem aliena bona fide accepta vel recepta, non videtur eſſe ex re ejus, qui eam pecuniam accepit vel recepit, cum ne teneatur ex numeratione, nec debitorem recipiendo a ſe liberavit nummis integris. Et hinc liquet ratio differentiæ Papin. qui nummis conſumptis opponit integros: nummi integri ſunt, qui nondum conſumpti ſunt, hoc eſt, quorum actio domino non periit, & idem ait in *l. 94.* cujus ſententiam modo exponemus. Finge: Solviſti creditori nummos alienos, non liberaris integris nummis, id eſt, nondum conſumptis; conſumptis liberaris. Sed finge, eſſe integros nummos, quia nummi ſunt integri, quos ſolviſti, quique alieni ſunt, non liberaris: ergo poſſum a te petere eandem pecuniam, & tecum agere de pecunia credita, ſed tu me repelles exceptione doli mali niſi offeram nummos illos alienos, quos accepi, oblatis illis nummis, quos admonitus ſum eſſe alienos; recte a te petam pecuniam debitam, cum non ſis liberatus, nec me repelles exceptione doli mali, & ita etiamſi, cum mihi deberes aurum, tu mihi ſolveris æs Corinthium, quod habet ſpeciem auri, non liberaberis, quia non ſolviſti quod debes, ſed aliud: petam igitur a te aurum, ſed niſi offeram æs, quod dediſti, repelles me exceptione doli mali, *l. ſi cum aurum, h. tit.* Ac ſimiliter, ſi ſolviſti mihi reprobos nummos, non liberaris, quia debuiſti probos, non reprobos. Itaque eſt mihi adverſus te integra actio, & efficax, ſi modo referam tibi reprobos, quos mihi dediſti; alioqui repellar exceptione doli mali, *l. eleganter, §. qui reprobos, de pig. act.* nummi reprobi a creditore ſunt reddendi, non reſcindendi: nam uſui eſſe poſſunt debitori in aliam rem: poſſunt collybiſtæ vendi pretio aliquo. Secundum ea omnia, quæ diximus, ſubjicit Papin. in hac *l. 94.* ſi ſolviſti mihi nummos, quos habebas communes cum alio ex partibus æquis, conſequens eſt ſuperioribus, ut pro parte tibi contingat liberatio, quam habuiſti in eis nummis, non pro parte altera, niſi omnis pecunia conſumatur bona fide. Ac ſimiliter ſi crediſti mihi nummos communes cum alio, pro parte tantum conſiſtit mutuum, pro altera non conſiſtit, niſi poſt ex conſumptione demum totius pecuniæ: integris nummis pro parte tantum conſiſtit mutuum: pro parte igitur tantum competit condictio creditæ pecuniæ. Sed quomodo partem accipiemus in hoc propoſito? nam ambiguum eſt nomen partis; vel enim eſt pars ſummæ, vel pars corporum. Finge, centum ſunt inter me & te communes nummi, & tu eos credis Titio me inſcio vel invito, tu condices Titio partem tantum: utrum vero partem ſummæ, id eſt, 50. an partem dimidiam ſingulorum nummorum? Et verius eſt, eſſe condictionem 50. nummorum, non etiam ſingulorum corporum, quamvis ſingula corpora nummorum fuerint communia pro indiviſo: nam verius eſt ſemper in pecunia ſpectari non corpora, ſed quantitatem, id eſt, numerum & poteſtatem nummorum, valere pecuniam non corpore, non ſubſtantia, ſed quantitate, *l. 1. §. non ſolum, ad l. Falc. l. 1. de contrah. empt. l. 29. infr. h. t.* Communio, quæ in eis nummis eſt inter me & te, vel eſt communis ſingulorum corporum, vel ſummæ. Verum nihil refert utro modo communionem acceperis: nam ſive ſint communes nummi pro indiviſo, hoc eſt ſingula corpora nummorum, ſive pro diviſo 50. tui, & 50. mei, ſemper diviſio fiet, non corpore, ſed quantitate, id eſt, numero: atque ita ex cauſa mutui tui condices 50. non ſingulorum corporum partem dimidiam, & in hanc rem citatur ex hoc lib. id eſt, ex hac *l. 94.* Papinianus ab Ulp. in *l. 13. §. ult. de reb. cred.* & congruit etiam omnino, citatur & ex hoc libro, id eſt, ex *l. ſi pœnæ, §. ſi falſo, de condict. indeb.* quod poſtremo in hac l. addit Papin. de fidejuſſore, qui ſolvit ex cauſa fidejuſſionis nummos alienos, ut eis conſumptis demum agat mandati adverſus reum principalem, eſt etiam conſequens ſuperioribus, & ſupra explicatum a me. Ceſſavit heic Cujacius circa Id. Quintil. anni 1571. Repetiit 13. die Nov.

Ad §. Flavius L. XCIV. de Solut.

Flavius Januarius Papiniano ſalutem. Cum Titius Gajo Sejo deberet ex cauſa fideicommiſſi certam quantitatem, & tantundem eidem ex alia cauſa, quæ peti quidem non poterat, ex ſolutione autem petitionem non præſtat: Titii ſervus actor abſente domino ſolvit eam ſummam, quæ efficeret ad quantitatem unius debiti, cautumque eſt ei, ſolutum ex univerſo credito. Quæro id quod ſolutum eſt, in quam cauſam acceptum videtur? Reſpondi, ſi quidem Titio Sejus ita caviſſet, ut ſibi ſolutum ex univerſo credito ſignificaret, crediti appellatio ſolam fideicommiſſi pecuniam demonſtrare videtur: non eam, quæ petitionem quidem non habet, ſolutione autem facta repeti pecunia non poteſt. Cum vero ſervus Titii actor abſente domino pecuniam ſolverit, ne dominium quidem nummorum in eam ſpeciem obligationis, quæ habuit auxilium exceptionis, translatum foret, ſi ex ea cauſa ſolutio facta proponeretur, quia non eſt veriſimile, dominum ad eam ſpeciem ſolvendis pecuniis ſervum præpoſuiſſe, quæ ſolvi non debuerunt, non magis quam ut nummos peculiares ex cauſa fidejuſſoris quam ſervus non ex utilitate peculii ſuſcepit, ſolveret.

Quæſtio hujus §. eſt de eo, qui debet creditori ſuo ex pluribus cauſis, veluti ex cauſa legati, ſtipulationis, crediti, & qui ſolvit, non quodcunque debet ex omnibus cauſis, ſed certam pecuniam indiſtincte, non exprimens, in quam cauſam ſolveret, qui ut veteres Jureconſul. definiunt, intelligitur ſolviſſe in duriorem & graviorem cauſam, *l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. l. cum ex plurib. h. tit.* videtur, inquam, ſolviſſe in eam cauſam, quæ eum prægravat magis. Prægravat autem magis cauſa ejus pecuniæ, quæ debetur ſub infamiæ periculo, & ejus, quæ debetur ſub pœna, vel ſub uſuris, vel ſub pignoribus, vel ſub fidejuſſoribus: nemo enim eſt, qui non ſe his cauſis quamprimum ſolvi & exonerari cupiat. Durius etiam quodammodo eſt, quod debetur proprio nomine, id eſt, principali, quam ſit id quod debemus nomine fidejuſſorio. Et inter has cauſas ſervatur ordo aliquis. Nam prima & omnium graviſſima cauſa eſt ejus pecuniæ, quæ ſub infamia debetur, id eſt, quam ſequitur infamia, ſi quis vel eam pecuniam quam debet inficietur, vel detrectet ſolvere, *d. l. cum ex pluribus*: & apertiſſime *l. 7. h. tit.* quæ indiget explicatione noſtra, ut intelligatur ex eo quod proponit *d. l. 7.* cur inferat duo, id eſt, quæ ſit ratio

tio consequentiæ ? Propositio est apertissima : si quid debeatur ex causa famosa, & non famosa : quod solvitur indistincte : in eam causam solutum videtur quod debetur ex causa famosa : hoc enim prægravat, & præponderat magis. Infert ex eo : *proinde, &c.* quæ est nota illationis. Si debeatur ex causa judicati, & non judicati, in id puto solutum quod ex causa judicati debetur. Inde colligitur, ut puto, actionem judicati esse famosam, quæ inaudita sententia est. Verissime tamen actio judicati est executio condemnationis, quæ fit in bonis judicati positis sub hasta præconis & distractis, quæ distractio importat, & affert infamiam, suffundit pudorem & sanguinem judicato, §. 1. *Institut. de hered. qual. & differ. l. 1. ex quib. caus. l. paterfamil. de reb. auct. jud. poss. l. curator, l. cujus, de cur. fur.* Legibus 12. tab. licebat effundere sanguinem judicati, secare in partes, si plures essent creditores : hodie licet tantum suffundere non effundere : & hæc bonorum proscriptio tantum, quæ successit capitali pœnæ, sive sectioni, retinet nomen antiquum, & appellatur sectio, & comparatur morti passim in jure, *l. actione*, §. 1. *pro soc.* & ita Tertull. *in Apologet. judicatos*, inquit, *in partes secari leges erant, &c.* Et paulo post: *in pudoris pœnam suffundere maluit hominis sanguinem.* Hieronym. *in epist. ad Jovinian. non idem est suffundere & effundere.* Hodie suffunditur tantum sanguis & pudor, & inde fit ut dixerim, actionem judicati esse famosam, quia importat infamiam, nisi quis pareat judicato in tempore. Infert rursus *d. l. 7.* Ergo si ex ea causa debeatur, quæ ex inficiatione crescit, potior ea causa videbitur : & utitur his verbis : *Ergo*, inquit, &c. quia scilicet actio judicati etiam inficiatione crescit in duplum, ut est in sentent. Pauli, ut actio legis Aquiliæ, quæ pœna est legitima, & causa ejus pecuniæ quæ sub pœna debetur, sive sit legitima, sive conventionalis, sive usura, quæ vice pœnæ est, & e contra pœna vice usuræ : huic pecuniæ secundus gradus datur : primus datur pecuniæ debitæ sub infamia : secundus pecuniæ, quæ debetur sub pœna, vel sub usuris, *d. l. cum ex pluribus.* Quod si omnes causæ sint pares, nec prægravet magis una, quam altera, solutum videtur in antiquiorem causam, *l. 5. & 24. hoc tit.* Si nulla sit antiquior, ex omnibus pro rata solutum videtur, *l. 8. hoc tit.* Ad hæc notandum, id quod solvitur in usuras potius imputari, quam in sortem, ut proditum est in *l. 1. eod. tit. de solut.* Dura est causa pecuniæ debitæ sub usuris, longe durior usurarum debitarum, durior causa pœnæ debitæ. Quare existimo & in pœnam, quæ jam commissa est, quod solvitur imputari potius, quam in sortem, & sortis suo ordine potiorem esse causam, si nec usura, nec pœna debeatur. Notandum etiam ad hæc, si sors debeatur alieno nomine, non suo, ut puta si debeatur a fidejussore, vel ab alio, qui accessionis loco intervenerit, & alia quoque pecunia ab eodem eidem debeatur proprio & principali nomine, videri eum solvisse in principalem causam potius, quam in fidejussoriam, *d. l. 1. hoc titul.* Notandum etiam sorti non aliter accepto ferri id, quod solvitur, quam si sit certa, liquida, confessa pecunia, si confessum æs, non controversum sit, si sit præsens, quod præsenti die debeatur, non in diem, vel sub conditione, quod etiam ostendit *d. l. 1.* sed cavendi codices mendosi, in quib. legitur : Creditorem, cui solvitur indistincte ab eo, qui obligatus est ex pluribus causis, in id debitum imputare solutam pecuniam, in quod ipse soluturus esset, si deberet, quod est clarum. Sed hoc demonstrat exemplis, ut vulgo scriptum invenitur, hoc modo : *id est in id debitum quod non est in controversia* : ac si diceret : in id debitum solutum videri quod est controversum. Sic habent plerique codices, sed Basilica melius, *μὴ εἰς ἀμφίβολον*, &c. & veriores codices, non in id debitum quod est in controversia : id est non videri solvisse in controversum debitum : vulgata scriptura demonstrat, non videri solutum quod est liquidum : sed est manifesta traductio, ut consequenter subjiciat : *aut in illud, &c.* Postremo notandum quod pertinet ad hunc §. solutam pecuniam civili debito acceptam ferri potius

A quam naturali : naturalem causam ultimum locum obtinere quasi leviorem, & quasi nullam, cum ex causa civili sit petitio, ex naturali non item : ut dicimus ex naturali obligatione, non esse petitionem, si solutum non sit, nec repetitionem, si solutum sit. Itaque non est proprie obligatio, quæ tantum sustinetur æquitate naturali, non etiam jure civili, est enim obligatio necessitas juris, *l. in vendendis, de contra. empt.* adstringit necessitate obligatio tanquam carcer & vincula : proinde nec debitor proprie est qui debet, nec creditor, cui debetur tantum naturaliter. Et h. e. quod heic ait Papinian. credendi verbo non demonstrari eam pecuniam, quæ petitionem non habet, quamvis si solvatur non repetatur, quod naturalis obligatio inhibeat condictionem indebiti, quæ comparata est ex æquo & bono, ut exempla demus naturalis **B** obligationis : est naturalis obligatio ex pacto nudo, non est, quod de eo quis ambigat, *l. 5. §. in his, h. tit.* Est naturalis obligatio inter patrem & filiumf. si quid inter se gerant : est inter dominum & servum : imo & inter extraneum & servum quemlibet, & inter fratres qui sunt in eadem familia, *l. frater, de cond. indeb.* Pupillus quoque ex contractib. naturaliter obligatur sine tutoris auctoritate, si locupletior factus sit. Libertus etiam patrono debet operas naturaliter. Quare autumant plerique libertum post manumissionem non male *δοῦλον* nominari, quia naturali jure sit *δοῦλος*, qui edat patrono operas invitus, etiamsi nihil de his convenerit. Ac rursus naturalis obligatio est, non tantum si nulla prorsus sit civilis, sed tantum naturalis, sed etiam si sit civilis inefficax, id est, ut eleganter Papin. ait, *quæ habet auxilium ex-* **C** *ceptionis*, est ea inefficax, quod non est absolute verum, sed indiget sufflamine : neque enim id est accipiendum de qualibet exceptione, sed statuendum hoc modo : naturalis obligatio est, etiamsi sit civilis, modo ea sit inefficax, *h. e.* si habeat auxilium exceptionis, ejus scil. quæ non elidit naturalem obligationem, ut Senatusconf. Macedoniani, aut rei judicatæ : nam hæ exceptiones perimunt civilem, non naturalem, *l. quia naturalis, ad Maced. l. Julianus, de cond. ind.* nam aliæ exceptiones sunt quæ tollunt etiam naturalem obligationem, quæ tollunt omnem obligationem, ut pacti nudi, doli mali, jurisjurandi, Senatusc. Vell. *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* Non omittam illud alio modo, & inusitato plane dici naturalem obligationem posse, quæ etiam est civilis & efficax, quæ parit actionem, quæ civilis est & naturalis, de qua **D** non agimus hoc loco. Verum ita varie accipi naturalem obligationem demonstrat *l. naturales, de obl. & act. l. fidejussor, §. fid. de fidejuss. naturales obligationes*, inquit, *non eo solo æstimantur, si aliqua actio earum nomine competat* : ergo ex eo æstimantur, si pariant actionem, videlicet quæ jure civili sustinetur. Sequitur alia clausula : *verum etiam*, inquit, *naturalis obligatio eo æstimatur, si soluta pecunia earum nomine, quasi indebita condici non possit* : quæ juris civilis vinculo non sustinentur, nec pariunt actionem, sed hunc effectum habent, ut soluta pecunia, quasi indebita condici non possit. Et generaliter naturalem obligationem eo æstimamus, & dicimus in eam non imputari quod solvitur indistincte, si tantundem debeatur ex civili obligatione : quæ est sententia hujus §. cui convenienter, etiamsi certo constet, quod solvitur indistincte **E** in usuras imputari debitas ex stipulatu, quarum petitio est, atque in usuras ex pacto, id est naturaliter tantum debitas, quarum petitio non est, pignoris tamen est retentio, pignore posito etiam usurarum nomine, *l. 4. C. de usur. l. Paulus 2. h. t.* Non imputatur tamen id, quod solvitur in usuras, quarum nomine neque petitio est, neque pignoris retentio, puta chirographarias, *l. 5. §. pen. hoc t.* sed in sortem statim imputatur. His cognitis ponamus speciem hujus §. Titius Sejo debet centum ex civili obligatione, puta ex causa legati, vel fidejussionis, & totidem ex naturali obligatione, puta pacto nudo : servus actor Titii debitoris, solvit eam summam, quæ efficit quantitatem unius debiti, puta 100. tantum, cum ex singulis deberentur 100. & solvit ignorante & absente

domi-

domino, quod potuit facere: nam magna est potestas, & libertas actoris servi, est columen totius familiæ, habet enim liberam administrationem omnium rerum domini: potuit igitur solvere ignorante domino; nam & id ei permisisse intelligitur permisso actu rerum suarum libero. Sejus igitur fecit apocham servo actori, & cavit ex universo debito se accepisse 100. non dixit in quam causam naturalem vel civilem, sed ex universo credito, quod alibi dicunt Jurisconf. ex majore summa, *l. creditor*, §. *Valerius*, *h. t. en deduction de plus grande somme de ce que je vous doibs*: quæstio est in quam causam solvisse intelligatur? Et ait Jurisconf. sive domino solventis indistincte, sive servo actori ita caverit creditor, videri solutum in causam civilis obligationis: nam crediti verbum non pertinet ad naturalem obligationem, non est creditum, licet abusive quandoque creditum dicatur. Deinde ad hoc adjicit veluti excessum quendam Papin. quia poterat adhuc dubitari, an servus actor qui habet totam administrationem omnium rerum possit specialiter & proprio titulo solvere in causam naturalis obligationis: quod statim rejicit Pap. & ait, non recte solvisse servum in causam naturalis obligationis: quia solvere non debuit, non fuit adstrictus necessitate ad solvendum, & permisisse dominus videtur, ut id tantum solveret, quod debuit. Itaque ait, *solutione non transfert dominium in accipientem*; quod confirmat a simili. Finge: servus non habens liberam administrationem bonorum domini, sed habens liberam administrationem peculii, se obligaverat ex causa fidejussionis, quasi ea res conferret ad utilitatem peculii sui, expediret peculio, eam suscipere causam fidejussionis; neque tamen erat ex utilitate peculii fidejubere pro alio, solvit tamen ex ea causa nummos peculiares: non fecit accipientis, quia non fuit efficax obligatio; si solverit igitur, nihil agit. Idem dicendum de procuratore. Finge, procuratorem creasse omnium bonorum, an recte solvit in causam naturalis obligationis? Minime, quia etsi liberam nactus sit administrationem, non videtur tamen dominus permisisse ei solvere quod non debet; quod etiam, ut arbitror, recte trahitur ad executores testamenti, ut sint diligentes & attenti, ut nihil solvant nisi cum effectu debeatur, alioquin suo detrimento solverint. Alia est quæstio in *l.* 10. *de sepulc. viol.* quæ explicabitur crastina die. Diximus heri libertum patrono obligari naturaliter ad præstandas operas, etiamsi de eo nihil convenerit inter libertum & patronum. At dixi invitum, quod emendandum est; nam libertus invitus non præstat operas patrono, nisi de eo convenerit stipulatione, vel jurejurando, quandoquidem cum nihil de iis convenit, libertus eas debet patrono naturaliter, *l. si non sortem*, §. *libertus*, *de condict. indeb.* Et ex naturali vinculo non est actio, non est compulsio, aut coactio ulla. Dixeram cursim invitum. Verba autem §. *Flavius* hæc sunt; *Flavius Januarius Papiniano salutem*, *&c.* Fideicommissa sustinentur vinculo juris civilis vel prætorii, quod tantum potest, quantum jus civile ad constituendam obligationem ex causa fideicommissi. Ex causa igitur civilis obligationis, & tantumdem ex alia causa, quæ petitionem non præstat, id est causa naturalis obligationis, ex qua non est petitio, sed neque soluti repetitio, non est petitio, neque repetitio. Hæc est certissima nota naturalis obligationis. Cum ex iis causis deberet Titius, Titii servus actor pecuniam solvit absente domino, cautumque est ei, per apocham scilicet (siquidem Titio Sejus) est adnotandum Titio cautum videri, cum cautum est Titii servo actori: professio solutæ pecuniæ, id est, apocha, quæ servo actori datur, data videtur domino servi actoris. Itaque nihil refert dixeris. Rursus, inquit, cum Titius Sejo deberet certam quantitatem ex causa naturalis obligationis, ex qua non est petitio, sed neque soluti repetitio (hæc est certissima nota naturalis obligationis) cum ex his causis deberet Titius: Titii servus actor pecuniam solvit absente domino, cautumque est ei solutum ex universo credito: quæritur id, quod solutum est, in quam cau-

A sam solutum videatur? Resp. siquidem Titio, hoc est, domino ita Sejus cavisset, Titio cautum videtur, & cautum est Titii servo actori professione solutæ pecuniæ, *ἀποχῇ*, nihil refert, dixeris Titio, an Titii actori cavisse creditorem sibi solutam pecuniam ex universo credito. Itaque ait Papin. *si quidem Titio Sejus ita cavisset*, crediti obligatio solum obligationem demonstrare videtur, hoc est, obligationem civilem, non naturalem: deinde adjicit, servum actorem, nec nominatim quidem posse solvere pecuniam in causam naturalis obligationis: servus actor præponitur omnibus negotiis domini: ergo & solvendis pecuniis, & expendendis, sed non solvendis pecuniis, jure civili indebitis, quas nemo cogitur solvere invitus, non profundendo patrimonio domini; ut etiam servo ordinario cui conceditur libera peculii administratio, non B hoc concessum intelligitur ut solvat quod invitus solvere non cogitur, ut puta, si per causam peculii se obligaverit, quæ fuit tamen inutilis peculio, aut detrimento. Hoc est quod sequitur, *Cum vero servus*, &c. *obligationis* civilis scilicet exceptionis, addendum, veluti Macedoniani, aut rei judicatæ, id est, quæ potuit evitari posita exceptione, quæ redditur inefficax per exceptionem, salva tamen manente naturali obligatione integra atque utili: *si ex ea causa*: intelligendum *nominatim*.

Ad L. quæsitum. de Sepul. viol.

Quæsitum est, an ad heredem necessarium, cum se bonis non miscuisset, actio sepulchri violati pertineret: dixi recte eum ea actione experiri, quæ in bonum & æquum C *concepta est. Nec tamen, si egerit, hereditarios creditores timebit: cum etsi per hereditatem obtingit hæc actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum.*

SEquitur lex de necessariis heredibus. Necessarii heredes sunt, qui inviti heredes sunt & ignorantes, statim atque delata est hereditas, & statim ipso jure, ut in *l. in suis*, *de suis & legit.* & protinus, ut in §. 1. *Inst. de hered. qual.* id est, etiam clausis tabulis: necessarii heredes sunt, qui inviti & ignorantes heredes existunt, statim ipso jure, statim, id est, etiam non apertis tabulis testamenti, *l.* 3. *C. de jur. delib.* etiam non adita hereditate a coherede extraneo, *l. ex parte*, *de acq. hered.* Et heredes existunt ipso jure, non per aditionem, non per cretio- D nem, non per gestionem pro herede, quia etiamsi necessarii heredes sint instituti cum cretione, id est, ea lege, ut cernant hereditatem, sive adeant intra 100. dies: ut erat in formula cretionis, tamen neque adeunt hereditatem, neque cernunt, neque pro herede gerunt, quia ipso jure heredes existunt, miscent se quasi rei suæ, cujus & inviti & ignorantes protinus domini facti sunt. Nusquam adire, vel cernere, vel pro herede gerere dicitur de necessariis heredibus. Horum sunt duo genera. Alii sunt servi heredes instituti a domino: hi sunt necessarii jure civili, & prætorio, quia abstinendi beneficium non habent: alii sunt liberi, qui in familia proximum gradum obtinent delatæ hereditatis tempore ab intestato, vel ex testamento, qui & sui heredes appellantur: superiores non appellantur sui: sed hi appellantur sui & necessarii E heredes: Hi sunt necessarii jure civili: Jure prætorio abstinendi se hereditate facultatem habent puberes, si se bonis non immiscuerint, impuberes etsi se immiscuerint, *l. impuberibus*, *l. in necessariis*, *de acq. hered.* Abstentio liberat eos oneribus hereditariis, non etiam efficit, ut desinant esse heredes: nam prætor, neque dare potest nomen heredis, neque adimere. Prætor heredem non facit, neque exheredem. Prætorium igitur beneficium abstentionis non facit, ut necessarius heres desinat esse heres, sed ut ne obstringatur oneribus hereditariis, breviter, ut habeat nudum nomen heredis sine re. Sui, ut dixi, & necessarii heredes abstinendi se bonis potestatem habent, puberes si se non immiscuerint: nam immistione consumitur abstinendi facultas. Impuberibus autem

autem conceditur abstinendi facultas; etiam si se immiscuerint bonis hereditariis. Quid est immiscere vel miscere? est rebus hereditariis tanquam dominus uti vel abuti: quod in extraneis sive voluntariis est pro herede gerere, id in necessariis est immiscere, *l. & si quis, §. plerique, de religios.* Si necessarii, inquit, non immiscuerint se, & ceteri pro herede gesserint. Extranei in jure nunquam dicuntur se immiscere, sicut & necessarii nunquam dicuntur se pro herede gerere, aut adire, aut cernere hereditatem. Immiscere est, quasi res suas attrectare & attingere: cernere, adire, pro herede se gerere, est adquirere hereditatem. Immiscere est jam adquisitam attrectare: Adeo tanquam non dominus, vel cerno, vel pro herede gero, immisceo tanquam dominus. Ad hæc quæritur, si servus & necessarius heres nondum se immiscuerit bonis, si integra ei sit abstinendi facultas, violato sepulchro hereditario, dejecto vel fracto, an possit agere sepulchi violati: heres extitit ipso jure, an igitur potest agere de sepulchro violato? & Papinianus ait, ei permitti actionem sepulchri violati, etsi nondum se immiscuerit hereditati, videlicet ex primo capite hujus edicti de sepulchro violato. Et suæ sententiæ hanc videtur adducere rationem, quod hæc actio sit concepta in bonum & æquum: conceptam esse in bonum & æquum apparet ex edicto, quo sepulchri violati, ei ad quem res pertinet, id est cui jus sepulchri competit, cujus interest, datur actio in factum, non in certam quantitatem pecuniæ, sed in quantum judici bonum & æquum esse videbitur. Ergo hæc actio ita concluditur, *quanti tibi judici æquum videbitur, tanti condemna eum judex*: æquum est autem hanc actionem dari filio, vel nepoti, necessario heredi & suo, qui etiamsi abstineat se hereditate, retinet jus sepulchri, & potest in sepulchrum hereditarium, vel familiare mortuum inferre, *l. 6. de rel.* Concipitur hæc actio in bonum & æquum, ergo datur cuilibet, cui æquum sit eam dari: denique cuilibet habenti jus sepulchri, etiamsi sepulchrum sit hereditarium, & is heres scriptus, nec tamen hereditatem agnoverit. Et eadem forma actio de dote dicitur concepta in bonum & æquum, *l. eas, de cap. minut.* quia scilicet per eam actionem ex veteri formula petitur, *quanto æquius melius*, concipitur manifesto in bonum & æquum: & eodem modo actio injuriarum dicitur oriri, vel esse ex bono & æquo, vel quod idem est, concipi in bonum & æquum, quod in id detur, quod ob eam rem judici æquum esse videbitur: actio injuriarum prætoria quæ non datur in certam quantitatem, vel certam pecuniam, sed in eam rem quam præstare judici æquum & bonum videbitur, *§. pen. Inst. de injur. l. non solum, §. 1. eod.* Sic actio de dejectis & effusis, si quis ex suo cœnaculo dejecerit, vel effuderit, quo libero homini nocitum sit, *l. 1. & l. 8. §. hæc autem, de his qui dejec. & eff.* Posset quis tentare has omnes actiones esse bonæ fidei, quod concipiantur in bonum & æquum, nihilque sit aliud bona fides, quam bonum & æquum, jus piumque, nec tamen comprehenditur in enumeratione actionum bonæ fidei, quam existimant omnes perfectam; & vero ita est: nulla in toto jure est perfectior enumeratione illa, quæ est de bonæ fidei actionibus, *§. actionum, Inst. de act.* Igitur non omnes actiones, quæ concipiuntur in bonum & æquum, propterea sunt bonæ fidei, nam & condictiones omnes, veluti indebiti, ob rem dati sine causa, &c. dicuntur esse ex bono & æquo, & sunt; nec tamen sunt bonæ fidei, & quod plus est, actio præsc. verb. de precario, dicitur ex bona fide oriri, *l. 2. de prec.* nec tamen est bonæ fidei. Pleræque actiones strictæ oriuntur ex bono & æquo, & in id concipiuntur & non tantum ex verbis edicti, quo proponuntur, sed & verbis actionis, quæ ab actore intenditur; sed bonæ fidei tantum sunt eæ, in quarum formula fit mentio bonæ fidei, *Quod te mihi ex bona fide dare facereve oportet*: quod quidem nomen, aut aliud simile, manat latissime. Qua de causa dicitur latissimam esse formulam actionum bonæ fidei: bonam fidem dicimus, τὴν ἀντιδιδίας ἐχομένην dolo malo, quæ adversatur dolo malo, atque etiam stricto & directo juri, moderationem, humanitatem, benignitatem, de ipso jure decessionem, deminutionem: etiamsi actio concepta sit in id, quod judici æquum videbitur, nihil tamen potest judex de æquo abradere, quod tamen potest in bonæ fidei judiciis, in quibus facit totum arbitrium judicis: formula strictæ actionis est angustissima. Rursus ad hæc quærit Papin. an idem heres, dum se immiscuerit, agendo sepulchri violati, ut prædixit proposuitque recte ei competere actionem sepulchri violati, videatur se miscere bonis. Et Papin. ait, eum non videri propterea se immiscere bonis parentis, licet sepulchrum sit hereditarium, optima ratione, quia beneficio istius actionis nihil capit ex bonis paternis, ex hereditate nihil attingit, vel consequitur, quod sit hereditarium. Hæc enim actio non persequitur rem, quæ hereditati absit, sed tantum vindictam, ultionem, dolorem læsæ vel imminutæ, aut violatæ religionis, *l. pro herede, §. pen. de acq. her. l. 6. hoc tit.* Competit quidem hæc actio per hereditatem, quod sit hereditarium sepulchrum, προφάσει τῆς κληρονομίας, *occasione hereditatis*, recte, fateor, sed nil ex hereditate aufert, nil adipiscitur, nil capit ex bonis defuncti, nec hereditaria est actio, & citra hereditatem competit necessario heredi, id est, etiamsi se abstineat, citra rem, competit habenti nudum nomen heredis, *d. l. 6. de relig.* Differentiam fecerit inter *ex* & *per*. Immiscet se qui ex hereditate capit aliquid: non immiscet se qui per hereditatem capit aliquit: & ita in *l. eo tempore in fin. de pec. quoniam*, inquam, *magis propter rem meam, quam ex re mea, pecunia mihi daretur*. Ad id quod ait Papin. hanc actionem esse conceptam in bonum & æquum, notandum est, concipi & inferri hanc actionem non in bonum & æquum, sed in certam pecuniam: quod refero, ut intelligatur, *l. 9.* quæ præcedit. *Actio quoque pecuniaria datur*, *quoque* ac si diceret, de sepulcho violato non tantum datur actio in bonum & æquum, sed etiam in pecuniam certam, puta, cuilibet de populo. Est enim popularis actio, etiamsi actoris nihil intersit, scilicet in aureos 100. aut 200. secundum definitionem *l. 3. hoc tit.* Adiiciam & illud, ut tollam quædam menda, quæ sunt in *hoc tit.* Ita demum hanc actionem in eum dari, qui sepulchrum violavit, si dolo malo violaverit, dolus coercetur, non res ipsa: nam si dolus absit, ut si impubes doli incapax dejecerit sepulchrum nesciens, cessat actio, quod proponitur in *l. 3. §. 1. hoc tit.* Sed locus est corruptus, vulgo sic legitur: *Si dolus absit, cessabit pœna.* Flor. sic legitur, *si igitur dolus absit, cessabit ejusdem personæ*. Vitium est ab interpunctionibus: nam vox illa *personæ*, est conjungenda cum sequenti, & ita omnino legendum: *Si igitur dolus absit, cessabit ejusdem edicti*, scil. *pœna, jus, judiciumque*. Sequitur alia clausula: Personæ igitur *doli non capaces, ut impuberes*. Est & aliud mendum in *l. 5.* Qui fundos vendunt, in quibus sunt sepulchra, non vendunt etiam sepulchra, neque vero possunt vendere: nam rei religiosæ non est commercium: modica quidem loca, quamvis sint religiosa, fateor accedere venditioni totius prædii, *l. in modicis, de con. empt.* modicus locus, quamvis religione affectus sit, sequitur emptorem; sed locus non modicus, nec contemptibilis, qui religiosus est, non sequitur emptorem. Sepulchrum manet in dominio venditoris: qua nec ei jus est adeundi sepulchrum invito emptore, idque solet excipi in legibus vendendorum prædiorum. Exponit l. 5. veterem formulam legis quæ dici solebat in vendendis prædiis, quoniam in eis prædiis erant ædificata sepulchra. Formula est, *ut ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter eis*, sic vulgo Florent. aliter, *iter ejus*. Varietas lectionis indicat subesse mendi aliquid; & vero arbitror sic esse legendum, ut in antiquis inscriptionibus, *huic monumento itus, aditus, ambitus debetur*, sic hoc loco, *ut ad sepulchra, quæ in fundis sunt, itus, aditus, ambitus funeri faciendo sit.* Nam credo vos intelligere, non solum fuisse in fundis sepulchra, sed etiam certum ambitum ad sepulchrum funeri faciundo, id est, certorum pedum numerum in agro ad sepulchrum faciendum: & ob id venditor re-

cipie-

cipiebat ſibi itum, aditum, ambitum funeri faciendo, juſtis faciundis, inferiis perſolvendis.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. IX. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXVI. de Procuratoribus.

Si is, qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipſe vellet, ſtipulatus eſt, & ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit ut res in judicium deducta videatur, & ſtipulationem conſumat.

INCIPIT liber nonus quæſtionum Papiniani a *lege 66. de Procurat.* cujus ſententiam exponamus, & cetera, quæ ad eam pertinere videbuntur. Stipulatus ſum ſub alternatione, Stichum aut Damam, utrum eorum ipſe vellem: ſervavi mihi optionem, alioqui optio eſſet promiſſoris: ſi procurator meus in judicio petat Stichum ſine mandato ſpeciali, ſine voluntate mea, an aufert mihi electionem & optionem? an petitio procuratoris mihi nocet, quominus Damam eligere poſſim ſi eum malim? Minime: Petitio procuratoris mihi non aufert optionem meam: quia non poteſt deteriorem conditionem meam facere invito me, *l. ignorantis* 49. *hoc tit.* etiamſi ſit procurator totorum bonorum, vel generale mandatum habeat, ut non poteſt etiam invito me ſolvere debitum naturale, ut dixi in §. *Flavius* legis *ſi is, qui nummos, de ſolut.* non poteſt tranſigere deminuendi cauſa, *l. mandato* 60. *hoc tit.* ut jamdiu emendavimus ex *l. Lucius* 2. §. *ult. de admin. tut.* non poteſt, inquam, quidquam deminuere, diſperdere, vel quidquam gerere in perniciem ſive in necem domini, quia non eſt veriſimile hoc ei eſſe mandatum, ut quid faceret in fraudem domini. Et generaliter, qui mandatum aut voluntatem non habet, rem ſive litem in judicium deducere non poteſt, id eſt, ſi agat, ſi litiget, nihil agit, nihil litigat: namque irritum erit judicium, irrita lis, irrita ſententia, ſi quam conſequatur, hoc eſt non deducere rem in judicium, qui, inquam, ratum non habet, rem in judicium non deducit, *l. 27. in cauſa*, §. 1. *hoc tit. l. licet* 24. *C. eod.* voluntatem ratihabitionem dicimus, *l. 3. §. ſed ſi, de in rem verſo*, *l. Pomponius*, §. *ult. hoc tit. l. ſi fundus* 16. §. 1. *de pignor.* In hac igitur ſpecie nullum eſt judicium, nulla lis, quæ conteſtata eſt: procurator meus petendo Stichum, & quaſi præripiendo nihil agit, & ego non poſſum repelli a petitione Damæ, ſi eum malim, licet procurator meus jam petierit Stichum: quæ eſt ſententia hujus legis: videlicet, ſi non mandavi, ſi non ratum habui, ut Stichum peteret, ſed ſi ratum habuero quod procurator petiit, ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur: quod in omnibus cauſis hodie obtinet ex conſtitutione Juſtin. ut ratihabitio comparari poſſit juſſo, & in adeunda hereditate non minus proficiat filiofam. ratihabitio patris quam juſſus. Quamobrem, ſi ratam fecero petitionem procuratoris mei, ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur, & facit, ut res in judicium deducta videatur, id eſt, ut lis rite conteſtata videatur & conſumit ſtipulationem. Quid hoc eſt, conſumit? In hæc verba tres interpretationes attulit Accurſius. Sed nihil eſt evidentius, conſumit ſtipulationem, id eſt, jus omne ſtipulationis, ut in *l. apud Aufid. de opt. leg.* optione veſtimentorum legata, legatarium prima optione conſumere jus omne legati, quia ſcilicet mutare voluntatem non poteſt, & alia veſtimenta eligere; non poteſt uti optione ſibi legato conceſſa, ut in hac ſpecie, non poteſt uti optione, quæ ſibi ſtipulatione conceſſa eſt. Quid eſt igitur conſumere ſtipulationem? eſt denuo eligere non poſſe, electionem ſemel factam mutare non licere.

A Et ex his, quæ diximus illud inter nos fixum habeamus conſumi electionem, vel ſtipulationem, quæ electionem differt, etiamſi nondum ſit exacta, ſive extorta res, quæ petita eſt, modo ſtipulator, qui ſibi reſervavit optionem; lite conteſtata alteram rem petierit, vel procurator ejus eo mandante, vel comprobante, id eſt, ratum habente: nec enim minor eſt vis ratihabitionis, quam mandati. Et rurſus illud fixum habeamus, quod idem eſt, ſed enuntiatur brevius, unam electionem conſumere ſtipulationem eam, quæ electionem defert, ſtipulatori non licere amplius, quam ſemel eligere in *l. 112. de verb. obligat. l. 5. de legat. 1. d. l. apud Aufidium*: non oportet amplius quam ſemel optare: omnis nimia licentia brevitate conſtringitur, & qui optare poteſt, ſemel tantum poteſt optare, & conſumitur una litis conteſtatione, B quod idem eſt, petitione in judicio: neque enim petis, niſi litem conteſtatus fueris: & idem eſt in jure petitio & litis conteſtatio. Et hoc eſt certiſſimum, litis conteſtatione conſumi electionem, quia litis conteſtatio electio eſt, nec licet amplius, quam ſemel eligere. Verum addendum eſt, una teſtatione conſumi optionem ſtipulationis, *d. l. apud Aufid.* ut puta, ſi quis extra judicium teſtibus adhibitis dicat illam rem velle: hoc ubi dixerit ſemel, non poterit illam rem malle: ergo non litis conteſtatione ſive petitione tantum, ſed etiam teſtatione qualibet & declaratione voluntatis ſuæ conſumitur optio, & ſtipulatio optionem deferens. Poſſet quis tamen non immerito contendere, etiam ſemel facta electione pœnitentiam admitti & retractari electionem poſſe ex *l. 8. §. unius, de opt. leg.* a qua re perperam ſe expedivit hoc C loco Accurſ. nec invenit alium modum ſe expediendi, quam ut diceret, mutari poſſe voluntatem, ſi electio, quæ facta eſt, non fuerit rite facta, quod verum eſt, id eſt, ſi non congruo loco, opportuno tempore facta ſit, retractari poteſt: fateor: ſed vaticinatur, quum ponit in *d. §. unus*, optionem non jure fuiſſe factam, incongrue, aut intempeſtive, atque ideo eam pro infecta haberi. Sed enarremus ſententiam hujus §. Mihi & tibi unius hominis optio legata eſt ex univerſa familia; ſi cum ego optaſſem Stichum ex ea familia, nec mutaſſem voluntatem: ſignificat nos potuiſſe mutare voluntatem, alioquin id ſupervacuum adjeciſſet: nihil eſt quod tam facile expediri poſſit. Dico JC. adjeciſſe, *nec mutaſſe voluntatem*, non quod liceat mutare, ſed vel quod ea mutata poſſit dici, me ſervi dominium amiſiſſe quem optaveram, & D ideo ſervum communem non futurum: quod tamen eſt falſum. Nam dominium non amittitur nuda voluntate: & ſi dixero nolle me eam rem meam eſſe, non deſino eſſe dominus, ſed amittitur certis modis comparatis jure civili, qui proponuntur in *tit. de adq. rer. dom.* Poſſeſſio quidem amittitur nuda voluntate, hæc eſt differentia inter utrumque, *l. ſi quis* 17. §. 1. *de adquiren. poſſeſ. l. jus adgnat. de pact.* Vel certe, quod magis placet, ideo dicit, *nec mutaſſem voluntatem*, quia mutata voluntate poſſet dici, eum nunquam dominium in eo ſervo adquiſiſſe, & electionem ſemel factam pro non facta haberi, ſi in ea non perſeveravit, quod tamen etiam eſt falſum, quia factum infectum reddi non poteſt: & ita mihi videtur explicandus ille locus. Adnotandum modo, unum eſſe caſum, quo, etiam ſi elegerit is, cui electio competit, E licet ei mutare ſententiam, & pœnitere, ſubinde eligere, ſubinde optare, quoad altera res in judicio petita ſit: ut ſi ſtipulatus ſim Stichum aut Damam, utrum volam (non utrum voluero) antequam alterum petiero, omne tempus mihi liberum eſt ad eligendum. Igitur eo modo concepta ſtipulatione utrum volam, quoad alterum petiero, omne tempus mihi liberum eſt, quod oſtenditur in *leg. 112. de verb. obligat.* quia ſcilicet verbum *volam* eſt extenſivum, ſive *παρατατικὸν*, in futurum tempus verbum *volam* extendit optandi voluntatem: latiſſima eſt electio, quæ datur verbo *volem*, & ideo, inquit, *l. 112.* ſi ita ſtipuler, Stichum aut Damam *quem voluero*, non poſſum mutare voluntatem, ſi ſemel unum voluero: ſed ſi ita ſtipulatus ſim Stichum aut Damam,

quem volam; etiam uno electo licebit mihi transire ad alium, & mutare voluntatem, reiicere Stichum quem elegeram, & amplecti Damam, quia ea verba *quem volam* habent tractum, ἐπιμονὴν, παράτασιν, moram, prolationem, donec judicium dictet, id est, litem contestetur: stipulator ante litem contestatam potest variare: litis contestatione consumitur electio, quibuscunque verbis concessa vel reservata, etiamsi his: *utrum volam*: non & qualibet litis contestatione, litis contestatione consumitur rite perfecta: nam si res in judicium deducta non sit, quæ vis est litis contestationis & potestas, jus stipulationis non consumitur, electio non consumitur, sed manet in integro. Ergo hæc verba (*volam*, *voles*, *volet*,) sunt extensiva & παρατατικὰ in futurum tempus. Et ita in *l. filii*, *ad Senatusc. Tertull.* Jurisconsult. verbum *volet*, quod erat in SCto Orph. extensivum esse ait, in hanc sententiam, filii succedunt matri, licet sint cognati non agnati, ex SCto Orph. & præferuntur agnatis mulieris. Sed, inquit, SCtum, *si nemo filiorum matri succedere volet; jus antiquum esto*, quod scilicet obtinuit ante SCtum Orphicianum, id est, redeat hereditas mulieris ad agnatos. Finge: filius dixit, se nolle hereditatem matris, & deliberante agnato, mutavit voluntatem, antequam adiisset agnatus, & dixit, se velle hereditatem matris, an admittetur pœnitentia & inconstantia ista? lex ait admitti, quia Senatus usus est verbo extensivo, quo dedit liberum arbitrium filio, quoad agnatus adiisset. Igitur non tantum præteritum imperfectum παρατατικὸν, *extensivum*, dicimus, ut *volebam*, sed etiam futurum imperfectum, ut *volam*. Et placet eorum sententia, qui duo statuunt futura: futurum imperfectum (*ut volam*) & perfectum (*ut voluero*:) Futurum imperfectum ultimam voluntatem exigit: & ideo post primam voluntatem licet pœnitere & aliud velle: futurum perfectum primam voluntatem exigit, igitur post primam voluntatem non licet pœnitere. Eadem aut similis differentia est inter præteritum imperfectum (*volebam*) quod etiam tractum habet, & præteritum perfectum, quod quidam vocant (*volueram*) vulgus autem *volui*, sive ἀόριστον, quod Stoici vocant *præsens perfectum*, καιρὸν ἐνεστῶτα, sive τέλειον, παρακείμενον. Nam sive volueram, sive volui, primam voluntatem exigit, non ultimam, *Volui*. Stoicis a quibus ICti imbuti sunt, est præsens perfectum: *volueram* imperfectum, quia rem non impletam monstrat. Hæc non sunt indigna cognitu, & sunt certissima. Objici tamen posset *l. 11. §. si fideicom. de legat. 3.* quia hæc verba, *cum voluerit heres meus*, ait esse extensiva sive tractum & extensionem habere: & ideo si dicamus *cum volueris heres, dato fundum*, quamdiu vivet heres, ambulatoria erit ejus voluntas, & incerta, & mutabilis, quia ea verba, *quum volueris*, habent extensionem. Volam fateor habere extensionem: *voluero*, nego. Respondere igitur debemus, in eo exemplo extensionem non sumi ex verbo *voluero*, sed ex articulo *cum*, id est, quandoque. Igitur heredi quandoque licebit mutare voluntatem. Joannes antiquus interpres videtur habuisse aliquam peritiam linguæ Græcæ: nam in *d. l. 112.* in reddenda ratione differentiæ inter *voluero* & *volam*, scribit Græcos habere verbum quoddam infinitum (puto βουλήσομαι) quo infinitas temporis monstratur, & in ejus locum dixisse Latinos *volam*: ὃν βουλήσομαι, & constat inter Græcos pœnitentiam admitti: ita videtur admittenda pœnitentia si Latine dixero, *quem volam*; nihil refert, qua lingua hoc dixero: & placet satis hæc adnotatio Joannis, sed indigebat explicatione. Hæc diximus de stipulatore. Posset quæri an eadem dici possint de promissore, cujus sit electio concepta ex stipulatione sub disjunctione, seu alternatione? Et sane non ita statuemus in promissore, ut statuimus in stipulatore. Ego ita distinguo. Aut promissori delata est electio tacite, aut nominatim. Tacite electio est promissoris, si stipulator sibi eam non exceperit nominatim: si cujus foret electio, non sit comprehensum in stipulatione: & quidem si tacite delata sit electio promissori, ut si quis simpliciter stipulatus sit illud aut illud, nullo adjecto verbo de electione, si, inquam, tacito jure electio promissori competat, potest variare quoad solverit, nec prima electione obstringitur necessitate ejus rei solvendæ, quam optavit. Quid si nominatim data sit electio promissori, sive stipulator usus sit futuro perfecto sive imperfecto, *illud aut illud utrum voles, dabis?* semel electione facta non potest variare; nec frustra data est electio nominatim, quæ omissa etiam promissori competeret. Alia est causa electionis nominatim datæ, alia ejus, quæ tacite inest, quod ostenditur in *l. eum qui 56. §. ult. de verb. oblig. l. hujusm. 84. §. Stichum, de legat. 1.* Sed nondum est satis, quæres, cur non admittatur pœnitentia, seu variatio, posito verbo extensivo *voles*? cur non observamus etiam in promissore vim extensionis, quæ est in verbo *voles*, quam observamus in stipulatore? ratio est æquissima, ne fiat injuria stipulatori. Quid est etiamsi dictum sit *utrum voles?* non potest variare promissor, ne fiat injuria stipulatori, cui prima electio promissoris jus adquisivit in ea re, quam elegit: non licet extensione verbi uti in injuriam alterius. Stipulator utitur extensione verbi citra injuriam promissoris, quia Stichum promissor obligatur dare, quem optavit semel, stipulator non obligatur accipere, quem optavit semel: quæ omnia censeo summopere notanda.

Ad L. eo Tempore L. de pecul.

Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat, in bonorum possessionem ejus rei servandæ causa, mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum: quia non fraudationis causa latitat, qui si judicium acciperet, absolvi deberet: nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur: nam etsi in diem, vel sub conditione debebatur: fraudationis causa non videtur latitare: tametsi potest judicis injuria condemnari. Sed fidejussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Julianus: quoniam fidejussor futuræ quoque actionis accipi possit; si tamen sic acceptus est.

SEquuntur multæ & variæ quæstiones in hac l. quæ omnes operam Interpretis desiderant ut fere omnes, quæ sunt de peculio: ubi est peculii nomen, ibi semper nodus vel scrupulus aliquis. Pater ex contractibus filiifa. non tenetur in solidum, tantum abest, ut extraneus pro extraneo teneatur, ut nec pater teneatur pro filiofam. qui tamen in jure unius personæ vice censentur propter vinculum patriæ potestatis; non tenetur ergo pater in solidum ex contractu filii, vel quasi contractu, sed tenetur de peculio, id est, ad eam quantitatem, quæ est in peculio, quod ei concessit rei judicatæ tempore. Nam quantum sit in peculio non spectamus litis contestatæ tempore, vel in medio litis, sed rei judicatæ tempore, & pro modo ejus quod est in peculio rei judic. tempore condemnatio fit, *l. 6. §. idem Julianus, de liber. leg. l. cum fidejubeat, de fidejuss. l. quæsitum, hoc tit. l. Fulcinius, §. si quis actionem, quib. ex caus. in possess. eat.* Conveniri igitur pater potest de peculio, & damnari eatenus, quatenus fuerit in peculio rei judicatæ tempore. Finge, patrem se occultare, sui copiam non facere, in publicum non procedere, latitare, nec defendi. Latitat, inquit, reus fraudationis causa, hoc est, ut decipiat & fraudet creditorem peculiarem, ne ab eo trahatur in jus. Creditor hoc casu mittetur in possessionem omnium bonorum patris latitantis fraudationis causa, & indefensi ex edicto prætoris rei servandæ causa, id est, crediti servandi causa, Græcis, χρέους ἕνεκεν φυλακτέου *debiti servandi gratia:* ac deinde, si res exegerit, quod est miserrimum, bona omnia patris distrahentur, dilacerabuntur sub hasta præconis, quæ dicitur a Propertio *pertica tristis*. Etenim adimit bona omnia, & bonam æstimationem. Inde quæritur: si concesserit pater filio peculium, & nunc in peculio nihil sit, si absumptum & exhaustum sit, an hoc casu creditor mitti possit in possessionem bonorum patris latitantis? an quoad latitat pater, bona ejus, tametsi nihil sit in peculio, possideri & distrahi possint sub hasta?

Et,

Et, quod omisi, acerbitas hastæ in eo consistit, quod pauci animadvertunt, quod facta venditione bonorum, & redacto pretio ex bonis, absolutisque creditoribus omnibus si quid supersit, id non restituatur passo venditionem bonorum, sive proscripto: Hoc enim tantum est humane concessum pupillo, furioso, & prodigo, quia horum status non multum a pupilli conditione abhorret, non differt multum furiosi conditio a conditione pupilli, *l. Fulcinius*, *§. plane interdictum*, *quibus ex caus. in poss.* Denique debitor idemque fraudator exuitur omnibus bonis, nec quod superest ei restituitur, ei vivo: viventique funus acerbissimum ducitur, ut ille ait in Quintiana. Quæstio autem quam proposui hæc est. Si nihil sit in peculio, atque ita si videatur agi non posse cum patre cum effectu de peculio, an frustra desideret creditor se mitti in bonor. possessionem patris se occultantis & evitantis suum aspectum? Et Papinian. ait, non posse, licet latitet pater, quia frustra latitat, & sine causa vitat occursum creditoris & horret, & ut fiat missio in possessionem non sufficit latitare, sed necesse est fraudationis causa latitare, & re ipsa subesse fraudationem creditoris, *d. l. Fulcinius*, §. 1. Non videtur autem fraudationis causa latitare, qui si conveniretur absolvi deberet, sed stulte videtur latitare, quia nihil est in peculio, & adversus patrem competit tantum actio de peculio: si nullum est peculium, & nulla actio de peculio erit, *l. servus*, *de dol. l. depositi*, *in prin. hoc tit.* nulla etiam cautio de futuro peculio, de futura accessione aut incremento peculii interponitur, *l. quoties*, *§. si semel*, *hoc tit.* Hoc igitur tantum locum habet in actionibus bonæ fidei ut cautio exigatur, etiam antequam debeatur, futuræ obligationis nomine, puta, antequam dies veniat, *l. in omnibus*, *de judic. l. quod si in diem*, *de petit. hered.* In judiciis strictis, ne quidem cautio desideratur, antequam extiterit obligatio, nisi uno casu, cum fit separatio bonorum hereditariorum & bonorum heredis inter creditores hereditarios, & creditores heredis, *l. 4. de separat.* Ex sententia Papin. sic statuo: Si nihil sit in peculio, creditor peculiaris non potest mitti in bona patris latitantis, quia hæc latitatio caret fraude. Huic sententiæ poterit quis objicere argumenta duo, quibus Papin. respondet: ac primum posset quis objicere, non omnino esse inutilem aut nullam actionem de peculio, tametsi nihil sit in peculio, si modo pater concesserit filiof. peculium: quia fieri potest, ut sequatur condemnatio, injuria forte judicis vel stultitia. At contra Pap. objicit, eadem ratione non inutiliter agi adversus debitorem in diem, vel sub conditione, & ante diem vel conditionem, & consequenter bona ejus debitoris non inutiliter possideri, antequam dies venerit, vel conditio extiterit, & distrahi, quod scilicet condemnari possit injuria judicis, si hoc licet spectare etiam ante diem, vel conditionem: quod tamen est falsissimum. Et vero non est satis honestum rationem habere ejus, quod injuria judicis contingere potest. Itaque objectio illa belle diluitur alia objectione. Altera objectio hæc est: fidejussor dari potest a patre nomine actionis de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quia potest esse postea: hoc est certissimum: cum fidejussor dari possit actionis futuræ, cur non & bona patris latitantis possideri, tametsi nihil sit in peculio, crediti servandi futuri causa? Et huic objectioni non est difficile respondere: fidejussor ut constat pro certo adhiberi potest futuræ obligationi, *l. 6. §. ult. de fidejuss.* Futuri debiti servandi causa bona possideri non possunt. Fidejussor vel præcedere, vel sequi principalem obligationem potest: possessio & venditio bonorum & judicium sequitur, non & præcedit obligationem, *l. non quemad. 35. de jud.* Nec abs re: fidejussorem enim dat volens, possessionem bonorum patitur invitus: judicium patitur invitus, & inde actionibus nomen quod agant invitos in jus: actio redditur in invitum, *l. inter*, *§. si Stichum*, *de verb. oblig.* & iniquum est, me invitum quicquam pati antequam debeam. Et hoc est, quod Papin. proponit initio *h. l.* Respondet Papin. duabus objectionibus, prætermisit tertiam, quæ majus nobis negotium

A facit; quam ceteræ: nec prætermisit abs re. Potest huic definitioni Papin. fortiter opponi *l. Fulcinius*, *§. si quis actione*, *quibus ex caus. in poss. eat.* Sententia ejus §. hæc est. Pater conveniri potest de peculio, quia concessit peculium filiof. sed latitat, & nihil est in peculio, quæritur, an creditor possit mitti in possess. adversus latitantem? & Ulpian. ait: bona latitantis possideri, & distrahi posse, etiamsi nihil sit in peculio, quia potest esse antequam lis finiatur: quod si est actio, & missio igitur adversus latitantem: nihil est quod magis adversetur huic definitioni Papiniani: nam non dicemus dissentire Papinianum ab Ulpiano, sive fuisse controversum inter Sabinum & Proculum sit ne actio exhausto peculio, *l. quæsitum hoc tit.* Sabiniani negabant actionem: Proculiani dabant, tametsi nihil esset in peculio: & tenere eam ar-
B bitrabantur si quid filiusfam. comparasset rei judicatæ tempore, & redegisset in peculium, & hæc sententia obtinuit, exemplo actionis in rem, & ad exhibendum, quæ tenent, id est, vim suam exercent, etiamsi rem, de qua agitur, non possideat is cum quo agitur litis contestatæ tempore, modo eam possideat rei judicatæ tempore. In his enim actionibus spectamus rei judicatæ tempus, *l. sin autem*, *§. 1. de rei vindic. l. tigni*, *§. si quis*, *&* *l. seq. ad exhib. l. item vidend. §. si quis*, *de petit. hered.* Et ut opinor ab hac sententia Proculianorum Pap. non abhorrebat. Videamus igitur quemadmodum in concordiam sit adducendus Ulpianus cum Papiniano. Accursius duas tantum rationes concordiæ excogitavit. Una est: In hac *l. 50.* (inquit) lis non erat contestata cum patre de peculio, atque ideo proceditur ad distra-
C ctionem & missionem bonorum facillime: hoc vero nego, & pernego, quia *d. l. Fulcinius* est de eo, qui latitat ne in jus vocetur a creditore, qui vitat occursum creditoris, ne obtorto collo trahatur in jus manu creditoris, tantum abest, ut cum patre lis sit contestata, cum nec sit vocatus in jus, nec aliam ob causam latitet quam ut ne in jus rapiatur. Altera via conciliandi hæc est in *d. §. si quis act.* spes erat peculii, vivo scilicet adhuc filio, cui pater poterat concedere denuo aliquid in peculium: vel etiam qui ipse sua parsimonia poterat aliquid adquirere, idque pater relinquere in peculii causam: igitur erat spes peculii. In hac l. finitum erat peculium morte filiifamil. Hoc vero est commentitium, quis hoc admitteret? ut dixi ante, non abs re prætermisit hanc objectionem Papin. non abs re est quod de eo nihil attigit, qui tantum
D attigit duas, eisque bellissime respondit. Puto prætermissam hanc objectionem, quod non conveniret quæstioni Papiniani. Hoc enim tantum quærit, an hac ratione quod possit sequi condemnatio injuria judicis, recte mittatur creditor in bonorum possess. patris latitantis? Et docuit hunc colorem missionis non esse idoneum, hanc causam non esse honestam, nec honesto viro venire in mentem debere, ut possit injuria judicis condemnatio sequi, ubi nulla est actio: non fit igitur missio hac ratione, quod damnatio sequi possit injusta: alioquin fieret passim & promiscue. Sed si quis quæsiisset a Papin. an hac ratione, quod posset esse aliquid in peculio rei judicatæ tempore, hac consideratione, hoc intuitu fieri possit missio in bonorum possessionem? aut ego fallor, aut is utique respondisset, quod Ulpian. Nam
E hic color est honestus & civilis. Et ita etiam, si quis quid debeat in diem vel sub conditione, dicam etiam ante diem vel sub conditione creditorem mitti in possessionem in judiciis bonæ fidei, in quibus rei judicatæ tempus spectatur ut in actionibus in rem, hoc colore, quod rei judicatæ tempore fieri possit, ut dies veniat, & existat conditio: Cur non interim servandæ meæ rei, puta debiti causa non mittar in possessionem, fretus scilicet hoc colore, sine quo sane non possem mitti *arg. l. quod si in diem*, *de petit. hered. l. in poss. qui. ex caus. in possess.* dum ait, in poss. mitti debere etiam conditionalem creditorem, etiamsi conditio non extiterit. Sed mitti potest tantum; non etiam procedere ad venditionem bonorum. Interim eat in possessionem bonorum, sed caveat ne præ-

propere distrahat bona, antequam conditio extiterit, *l. Fulcinius*, §. *si in diem*, *eod.* Possideri igitur bona ab eo possunt, sed non etiam distrahi, antequam dies obligationis cesserit, aut venerit: & si forte rei judicatæ tempore defecerit conditio, vel non extiterit, si rei judicatæ tempore non venerit dies, plane inutilis erit missio, vel etiam non erit actio creditori, quanti ea res est, missio in possessionem adversus debitorem, qui eum non admisit, quæ tamen solet competere creditori misso in possess. ex edicto, nec admisso a debitore. Ex eventu igitur constituimus nullam esse missionem, vel creditori non esse actionem quanti ea res est, quod sit missus, sed non admissus a debitore. Et huc pertinet *l. pen. quib. ex caus. in poss.* quæ adversari videbatur *d. l. in possessionem*, *quæ* ait, creditorem conditionalem non mitti in possessionem, non mitti cum effectu, scilicet quia eam missionem venditio sequi non potest, antequam conditio extiterit: & quia non est actio, quanti ea res est, si sit repulsus a debitore: denique effectu conditionalis creditor non mittitur in poss. & infirma missio est quamvis fiat forte jussu Prætoris. Hæc ita explicanda mihi videbantur.

Ad §. Si creditor.

Si creditor patrem, qui peculio tenebatur heredem instituerit: quia mortis tempus in Falcidiæ ratione spectatur, illius temporis peculium considerabitur.

Sequitur alia quæstio de peculio in §. *si creditor*. Pater, qui conveniri poterat peculio, creditori peculiari heres extitit ex testamento, & quasi oneratus legatis, desiderat uti Falcidia, id est, deductione quadrantis, residuo dodrante distributo inter legatarios. Arbiter Falcidiæ, qui dari solet ad ineundam quantitatem bonorum & legatorum, ad ineundam rationem legis Falcidiæ, in Falcidiam patri imputabit id, quod defuncto debuit actione de peculio, quasi nomen hereditarium, quod hereditati contribui oportet. Videamus quid quantumve pater, idemque heres testatori suo debuerit nomine peculii? Certe tantum debuit, quantum fuit in peculio; Sed quo tempore spectamus quantum fuerit in peculio? non spectamus tempus rei judicatæ, quia non fuit actum de peculio: sed, ut Papin. docet, spectatur tempus mortis creditoris, sive testatoris, quantum fuit in peculio, & tantum debuisse quantum in bonis testatoris intelligitur, tantove major hereditas ad patrem pervenisse. *l. si creditor*, *h. tit. l. 2.* §. *illud quæsitum, de hered. vend.* quia scil. pater idemque heres, quod defuncto debuit de peculio, fingitur solvisse hereditati, atque ideo quod debuit, computatur hereditati, *l. si ei cui vend.* 41. §. *pen. de evict.* Confusio pro solutione est, quæ fit, si debitor creditori, vel contra si creditor debitori heres extiterit. Et sane quod debuit pater de peculio testatori, confusum est; verum etiamsi confusum sit omnino, ut jam nemo sit qui agat, cum quo agi possit de peculio, tamen in computationem venire potest, & in deductionem, vel retentionem, *l. 1.* §. *si debitor*, *ad l. Falc.* Atque ita hoc casu, quod heres testatori debuit actione de peculio, computatur in hereditate, auget hereditatem, licet actio sublata sit confusione, id est, concursu debiti & crediti in unam eandemque personam: quantum vero computatur in peculio, quantum denique in bonis testatoris? quantum fuerit in peculio mortis testatoris, ejusdemque creditoris peculiaris tempore. Spectatur tempus mortis: quod congruit regulæ juris, quæ vult, ut in ponenda ratione *l. Falc.* & exquirenda quantitate bonorum tempus mortis spectemus, *l. in quant.* 73. *& l. cum quo* 59. *ad l. Falc.* Et ideo si post mortem testatoris ante aditam hereditatem deminutum sit peculium, vel consumptum, non ideo minus intelligitur fuisse in bonis, vel in peculio: satis namque est, quod fuit in bonis mortis tantum tempore: nec necesse est, ut duret esse in bonis: locuples est hereditas, quæ fuit locuples mortis tempore, etiamsi postea pauperior effecta sit, quia quod postea periit, heredi periit, non legatariis. Et hoc est, quod ait Papin. in hoc §. Pugnare mirum in modum videtur cum Pap. Julian. in *l. si creditor* 83. *ad l. Falcid.* cujus sententia hæc est: Creditor filii patrem cum quo de peculio agere poterat, heredem instituit: pater posuit rationem legis Falc. id est, dixit se esse oneratum legatis, locum esse Falcidiæ, minuenda esse legata quadrantis Falcidiani obtinendi causa. In quadrantem, inquit, patri imputabitur, quod in peculio fuerit aditæ hereditatis tempore. Ex sententia Papi. patri in Falcidiam imputatur, quod in peculio fuit mortis tempore, quasi hereditarium nomen, quia id debuisse intelligitur, & solvisse hereditati. Ex sententia Juliani, patri in Falcidiam imputatur, non quod fuit in peculio mortis tempore, sed quod fuit post mortem aditæ hereditatis tempore. Non est facile hos auctores inter se conciliare: non dicam eos inter se dissentire, quanquam Marcellus in *l. cum quo*, *ad l. Falc.* hanc rem in controversiam vocet. Nam ait; plerique putant inspiciendum esse, quod in peculio fuit aditionis tempore, sed se dubitare propterea, quod placet in ineunda ratione Falcidiæ tempus mortis spectari. Marcellus rem dubiam facit, ut non mirum videatur forte, si unus censuerit rationem esse habendam mortis tempore, alter aditionis: sed in eo non est perstandum ullo modo. Non dicam etiam, quod Accursius primo loco tradidit, fingendum esse dissidii componendi caussa inter Papinian. & Julianum, idem fuisse tempus mortis & aditionis; & ideo nihil referre dixeris mortis tempus spectari, vel aditionis: jubet me fingere quod natura vetat, natura non fert, ut id fingam: nec enim potest idem esse tempus mortis, & aditionis, quis hoc non dicet? Est idem tempus mortis & ἀναφάνσεως, sive existentiæ, id est, eo ipso tempore, quo moritur quis, sui heredes ei heredes existunt, & ipso jure hereditatem adquirunt, sed non potest esse idem tempus mortis, & aditionis. Non dicam etiam, quod secundo loco tentavit Accurs. fingendum esse ne pugnent inter se, eandem quantitatem fuisse peculii utroque tempore mortis, & aditionis; & ideo nihil referre, dixeris tempus mortis, an tempus aditionis, quæ etiam divinatio non videtur esse sani hominis. Sed quod tertio loco breviter & obscure satis tradidit, id vehementer amplector, & amplectetur quilibet ubi bene perceperit. Quid me vis ergo respondere ad *l. si creditor?* nempe hoc: Illud tempus inspici, quo major fuit quantitas peculii, sive mortis, sive aditionis tempore, ut quoad fieri potest legata serventur integra & imminuta. Non multum favemus legi Falc. est enim contra voluntatem, quia minuit quod defunctus solidum præstari voluit: qua de causa quantum possumus, legata legatariis servamus integra. Hoc nobis latius explicandum est. Sic dico, *l. si creditor* ita accipienda est, ut si post mortem testatoris ante aditam hereditatem auctum sit peculium, id patri quasi hereditarium in Falcidiam imputetur, quod fuit in peculio aditionis tempore, non spectato mortis tempore: quod probo a simili: Si debitor hereditarius non fuerit solvendo mortis tempore, & aditionis tempore inveniatur esse solvendo: sane id, quod facere potest aditionis tempore, imputatur in hereditate, nec spectatur tempus mortis, quo non fuit solvendo. Nomen non idoneum, auget hereditatem ex eventu, ut ait *l. Nezennius*, §. *si debit. ad l. Falc.* Si postea fiat idoneum nomen & rectum, nomen non idoneum auget hereditatem ex post facto: & ita si conditio debiti extiterit post mortem, quæ non extiterat mortis tempore, debitum illud computatur in bonis: denique nomen, cujus dies non cesserat mortis tempore, nomen conditionale auget hereditatem ex eventu, & ex post facto, id est, si postea extiterit conditio, quæ pendebat mortis tempore. Sed vice versa, si post mortem, testatoris ante aditam hereditatem minutum sit peculium, id imputatur in Falcidiam patri, & contribuitur bonis, quod fuit in peculio mortis tempore, nec spectatur tempus aditionis: sicut, si debitor hereditarius, qui est solvendo mortis tempore, post mortem factus sit non solvendo, id computatur bonis, quod facere poterat mortis

tis

tis tempore, nec spectatur tempus aditionis; Si auctum sit peculium post mortem, spectatur tempus aditionis. Secundo casu, si deminutum sit peculium, spectatur tempus mortis: denique tempus, quo plenius sive auctius peculium fuerit, *l. cum quo, ad leg. Falcid.* aut propterea quod videri potest obscura sententia *d. l. cum quo*, nihil aliud est, quam distinctio hæc, quam exposui: & est lex elegantissima. In summa, post mortem testatoris ex eventu aliquo minor hereditas fieri non potest, uberior & plenior potest, ut hoc casu nomine idoneo facto, vel nominis existente conditione, & aliis casibus reverso servo ab hostibus post mortem: nam & hic servus auget hereditatem post mortem, *l. servi, ad l. Falcid.* vel etiam soluto naturali debito post mortem: nam & naturale debitum auget hereditatem ex eventu, id est, si solvatur, propterea quod soluti non est repetitio, *l. 1. §. id quod nat. ad l. Falc.* Rem igitur omnem ita componamus & concludamus. Si deminutum sit peculium, tempus mortis spectatur, ut in hoc §. *si creditor*, si auctum sit peculium, tempus aditionis, *d. l. si cred.* Et ita in hac re nullus erit labor. Verum potest quis objicere non immerito, æquissimum esse, ut quemadmodum damnum post mortem illatum respicit ad heredem, ita etiam lucrum pertineat ad solum heredem, ut etiam definitur in *l. in ratione 30. & l. in quant. 73. ad l. Falc.* damna illata post mortem sustinet heres solus, puta mortem servorum, furta, rapinas, incendia, ruinas, vim hostium, pejora facta nomina: lucra quoque, quæ obtingunt post mortem, ad solum heredem pertinent, ut fructus partus, fœtus: eadem est ratio damni & lucri, si me vis damnum sentire, & etiam lucrum necesse esse: & ideo sicut deminuto peculio post mortem, damnum respicit ad heredem, nec propterea videtur deminuta hereditas nec minor ad eum pervenisse, ita etiam post mortem aucto peculio lucrum debet pertinere ad heredem, ne scilicet ad eum videatur major hereditas pervenisse, quam fuerat mortis tempore. Nemo est, quem non perturbet hæc objectio, nisi præviderit. Respondere debemus hoc modo: omnia damna illata post mortem, etiam pejora sive deteriora, & pauperiora facta nomina post mortem: omnia tamen lucra non respiciunt ad heredem, pleraque etiam lucra respiciunt ad heredem quæ veniunt post mortem, sed tamen non omnia, non meliora facta nomina. Et observandum est in *d. l. in ratione*, Jureconsultum pejora facta nomina adscribere heredi initio dum ostendit, omne damnum pertinere ad heredem, sed dum etiam ostendit lucrum pertinere ad heredem, non dixit meliora facta nomina pertinere ad lucrum heredis: nam sane meliora facta nomina non pertinent ad lucrum heredis, quod tamen videtur æquum. Et hic nisi reddidero rationem differentiæ, aberravero longe a munere nostro. Cur meliora facta nomina augent hereditatem, nec cedunt lucro heredis? meliora, inquam, facta post mortem, & tamen fructus post mortem percepti, partus ancillæ, fœtus, adquisitiones servorum cedunt lucro heredis? Ratio differentiæ hæc est, quia fructus non erant nati mortis tempore, vel partus, vel fœtus, adquisitiones servorum, factæ non erant mortis tempore: nomina sunt accessiones, quæ hereditati accepto non feruntur, quæ fiunt mortis tempore: nomina autem jam erant contracta mortis tempore, quamvis non erant idonea propter infortunium debitorum. Eadem igitur quantitate recte in hereditate computantur, qua contracta sunt mortis tempore, si post mortem facta sint idonea. Eademque est ratio nominis conditionalis: nam etsi conditio ejus extiterit post mortem, tamen vires accipit ex contractus tempore, & incipit habere vires easdem mortis tempore, *l. usufr. de stipulat. servor.* Eadem est ratio servi captivi post mortem reversi, quia postliminium fingit eum fuisse in hereditate mortis tempore. Eadem est ratio debiti naturalis soluti post mortem, quia contractum erat mortis tempore. Igitur non mirum, si nominum exactio sit, quæ idonea facta sunt post mortem, quandoquidem contracta jam erant mortis tempore. Et longe est alia ratio ceterarum rerum, quæ adquiruntur post mortem, quæque non erant in rebus humanis, aut in bonis defuncti mortis tempore. Hæc, qui bene perceperit, expediet se multis locis juris nostri: hæc vero censeo valde esse notanda.

Ad §. etiam.

Etiam, postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset: eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur: quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videbitur, in litem translata non est.

RESTANT hujus legis duæ quæstiones, quarum vim & definitionem, nescio an adhuc quisquam explicaverit bene, tametsi paucis verbis comprehendi possit, nec desiderat longam tractationem. Et est sane definitio earum singularis admodum & cognitione dignissima. Sciendum debitorem liberari etiam invitum & ignorantem, si quis solvat pro eo, *l. solut. 23. de solution. §. 1. quib. mod. toll. obl.* Item si quis promittat pro eo novandi animo, *l. 8. in fine de novat.* item si quis judicium accipiat pro eo, quamvis invito & ignorante, *d. l. solut. l. si fund. §. si plures, de pign. l. qui servum 20. de interrog. in jur. fac. l. 2. C. de pact. l. 3. C. de execut. rei judic.* Cur etiam si quis judicium accipiat pro debitore, liberat eum? quia scilicet judicio accepto, & sequuta condemnatione, etiam vulgo dicitur necessaria novatio, *l. aliam, infr. de novat. l. ult. inf. de separat.* Necessaria, quia judicia invitos tenent. Alia est novatio voluntaria inter convenientes, quæ proprie est novatio, quæ proprie dicitur fieri legitime, aut esse legitima novatio, *l. novatione 2. de novat.* Et longa differentia est inter voluntariam novationem, & necessariam. Notatur una distantia sive differentia in *d. l. novatione*. Notemus modo alteram: voluntaria novatio tollit omnem obligationem, id est, civilem & naturalem: necessaria quæ fit judicio accepto pro alio tollit civilem, non naturalem: nam & fidejussor & pignus obligatum manet, & usuræ currunt, etsi de sorte tantum acceptum sit judicium pro alio, *l. lite, de usur. l. cum stipulatus 90. de verb. oblig. l. judex, l. Julianus, de cond. indeb. l. grege, §. etiam, de pignor. l. 8. C. eod.* His ostensis finge: pater vel dominus accepit judicium pro filio, aut servo conventus actione de peculio; post acceptum judicium, post litem contestatam idem servus post dictatum judicium, post litem contestatam. Post judicium igitur acceptum cum patre servus fidejussorem dedit, quæritur, an ejus fidejussor obligetur? Et sane si fidejussor datus sit ante judicium acceptum cum patre, obligatus manet fidejussor post acceptum judicium: nec enim novata est naturalis obligatio, qua tenetur servus obstrictus: & fidejussor naturali obligationi adhiberi potest. Si post acceptum igitur judicium cum patre servus solverit, soluti repetitio non erit, quia natura debitum solvit. Servus ex suis contractibus obligatur naturaliter, non civiliter, *l. servi, de obligat. & action. l. cum quo, §. 1. ad l. Falc.* nec liberatur naturali obligatione judicio accepto inter dominum & creditorem, quasi novatione facta: nec enim fit novatio: quod Papinian. demonstrat his verbis: *naturalis obligatio, quam servus suscipere videtur:* naturalem obligationem qua servus tenetur obstrictus ex suis contractibus non videri in litem translatam, quæ scilicet instituta est cum domino actione de peculio, id est, non videri novatam: novatio enim definitur esse translatio in *l. 1. de nov.* novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio. Summa igitur hæc est: Naturalem obligationem, qua servus tenetur ex suo contractu, non novari judicio accepto cum domino actione de peculio, quia magis judicium illud accipit pro se, quam pro servo, quod ipse teneatur jure honorario ex contractu servi: servus au-

tem

tem jure naturali: nec agitur cum domino ex eo jure, quo obligatus est servus, sed ex alio. Hæc est sententia §. *etiam*, in quo etiam notat duos effectus naturalis obligationis, ut ei accedere possit fidejussor, & ut solutum ex causa ejus obligationis non possit repeti. Inquit, *translata non est*, id est, novata non est, quamvis videatur dominus pro servo, judicium accepisse, & soleat fieri novatio judicio accepto pro alio.

Ad §. ultimum.

Servus alienus cum bona fide serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit, ut eum manumitterem, & manumisi. Creditor quærebat quem de peculio conveniret. Dixi, quanquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum: & eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset acquisita, nec in eam causam alienata, quæ pro capite servi facta proponeretur: Neque enim admittendam esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse: manumissione vero secuta, videri pecuniam ex re mea quæsitam mihi: quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea, pecunia mihi daretur.

SEquitur alia quæstio elegans. Servus alienus mihi bona fide servit: ego per eum adquiro ex duabus causis tantum, ex operis suis scilicet, & ex re mea, ex residuis causis adquirit domino. Finge: is servus mutuatus est pecuniam ab extero, & eam mihi dedit pro capite, id est, pro libertate, ut eum manumitterem, manumisi & accepi pecuniam, non feci liberum, quia non sum dominus, sed bonæ fidei possessor tantum, quod tamen voluit servus, id peregi libens accepto pretio libertatis. Quæritur, creditor, qui eam mutuam pecuniam dedit servo, cum quo agere possit de peculio, an cum domino, an cum bonæ fidei possessore? dicet forte aliquis eum posse agere cum bonæ fidei possessore, cum sint multi loci in jure, qui ostendant de peculio agi posse non tantum cum domino, sed & cum bonæ fidei possessore, ut & noxali actione ostendimus ad Afric. in *l. & generaliter, de nox. act. l. 1. §. ult. l. etsi duo, l. si ex duobus* 32. §. 1. *h. t.* quia scil. potest servus bona fide possessus habere peculium, quod pertineat ad bonæ fidei possessorem, de quo æquum est, ut teneatur, perinde ac si dominium in eo servo haberet? plerunque in jure bonæ fidei possessor pro domino est. Et electio igitur erit creditoris, ut vel agat de peculio cum domino, vel cum bonæ fidei possessore qui eam pecuniam accepit a servo ut eum manumitteret. Fateor regulariter creditorem habere electionem; & id est valde notandum in hoc §. Ergo eorum quilibet tenetur de peculio, quod ad eum respicit, sive is dominus sit, sive bonæ fidei possessor, & electo uno alter liberatur. Quod notandum. Non exigo ut alter liberetur, ut creditor perceperit suum: satis namque mihi est, si elegerit alterum & cum eo egerit de peculio: electio sola, intentio, litis contestatio liberat alterum ipso jure, etiamsi nondum quicquam perceperit. Et hoc rursus verum est, etiamsi is, qui electus est, vel dominus, vel bonæ fidei possessor, non in minore quantitate peculii damnari debeat, quam apud eum sit. Finge: debentur 100. creditori: agit cum bonæ fidei possessore de peculio omisso domino, & fert 20. tantum, quia non est amplior quantitas peculii, quod respicit ad bonæ fidei possessorem, an liberatur dominus? Sic sane electio liberat alterum quoties duo sunt, qui de peculio conveniri possunt: sed hoc summo jure ita se habet: nam si creditor minus sit consequutus ab eo quem elegit; æquum est & bonum, ut rescisso eo judicio, restituto, & restaurato quo minus consequutus est, quod minus esset in peculio, in superfluum detur actio rescissoria utilis in alterum, non directa, quia ipso jure est liberatus, & per hanc viam alterum liberet magis perceptio, quam electio, *l. hinc quæritur.* §. 1. *l. si ex duob. l. quoties §. si creditor, l. si creditor §. pen. hoc tit.* Et ratio æquitatis hæc est: quia is qui cum servo contrahit, totum peculium

A servi, quod ubi ubi est, intuetur velut servi proprium patrimonium, *d. l. si ex duob.* Ergo intuetur peculium non solum quod est apud bonæ fidei possessorem, sed & peculium, quod respicit ad dominum. Ratio est in *d. l. hinc quæritur*, & in *d. l. si ex duob.* sed non est posita sub loco. In *l. hinc quæritur*, iisdem verbis ea ratio ponitur, sed locata male, ait: fructuarium teneri de peculio, quod ad eum respicit, non ad proprietarium, & ex omni contractu generaliter, sive ad eum pertineat, sive ad proprietarium, quia qui cum servo contrahit, respicit peculium totum, velut servi patrimonium. Subdenda est ratio clausulæ, quæ sequitur, qua ostenditur, fructuarium quidem teneri ex omni contractu in solidum, si modo vires peculii patiantur, & sint solidi capaces, sed omnino admittendum esse quod est ex æquo & bono, ut priore
B convento, ad quem peculium rescipit, puta fructuarium, in superfluum conveniatur alter, cui acquisitum non est: subjicienda est ratio illa, quia qui contraxit cum servo, totum peculium intuitus videtur, ubi ubi est, & congruit cum ea *l. 2. h. t.* Restat ex iis, creditorem habere electionem, quoties plures sunt, qui de peculio conveniri possunt, sive domini, sive non domini, & electo uno non liberari alterum confestim recto jure: ex æquo & bono in alterum dari utilem actionem, si creditor integram pecuniam ab eo, quem elegit, consequi non potuerit. Verum in specie a me proposita, Papinianus eleganter docet, non esse electioni locum, non posse conveniri bonæ fidei possessorem de peculio; posse conveniri dominum solum, cedo rationem. Accursius videtur ignorasse rationem uti editus est, sed si emendate legas, veram ra-
C tionem assequutus est, nec absurdum est emendare Glossam, non minus Glossæ studiosum esse decet, quam ipsius textus. Vulgo ita legitur, *dominum vel bonæ fidei possessorem, & hoc si servus*, & legendum, alias *haberet*, quæ verba contextus sunt, & annotat Accurs. *& hoc si servus*, scilicet, si servus a bonæ fidei possessore se subtrahere noluit, sicut facit hic. Placet Accursii annotatio maximopere, sed explicatione indiget. Dominus ex contractu servi tenetur de peculio jure prætorio. Verum excipe contractum, quo se servus domino subtrahit, subducit, aufert: nam ex contractu servi, quo id agit servus, ut se domino auferat, ut liber fiat, vel ut mutet dominum, dominus non tenetur de peculio, ut in hac specie contrahit mutuum, ut se bonæ fidei possessori auferat, ut eam pecuniam adnumeret pro capite. Ex eo igitur con-
D tractu mutui bonæ fidei possessor non tenetur de peculio: & ita, si servus extero se emi mandaverit, & manumitti, & exterus eum emerit suis nummis, an eos nummos recipiet a venditore actione de peculio? minime, quia eo contractu id egit servus mala ratione, ut se domino subtraheret, ut ait idem Papinianus in *l. cum servus, ff. mand.* ubi obscurum est quod dicit, servum, qui se emi mandaverit mala ratione ut subducat se domino: cur dicit mala ratione? nulla est mala ratio: nam dominus invitus eum non vendit. Eo enim casu non cogitur vendere, *l. servus meus, ff. mand.* Liberæ sunt venditiones, liberi contractus, quandoque non exter redimit servum mandato servi, sed ipsimet servi se redimunt λύτρα κατατιθέντες: numerata pecunia pro capite: sed inviti domini non vendunt, nec redimere se volentes inviti audiunt. Quænam
E igitur in eo est mala ratio? quia ex parte servi mala quadam arte supponitur emptor plerumque clam domino, ut hac via ei se subripiat, & dominum pelliciat ad vendendum, qui si hoc sciret, non concederet, sed retineret potius, maletque habere. Igitur ex parte servi est mala ratio, quia vult se clam domino subtrahere, quoniam exterus non emit ut servum habeat, sed ut statim manumittat. Ergo hic §. ult. & *d. l. cum servus*, eleganter demonstrant, dominum non teneri de peculio ex contractu servi, quo agit, ut se subtrahat domino, quia mala ratione est habitus hic contractus, quamvis non habeatur nisi inter volentes. In specie igitur §. *ul.* bonæ fidei possessor non tenetur de peculio ejus pecuniæ nomine, quæ mutuo data est in hoc, ut servus subduceretur domino. Proinde actio de

pecu-

peculio eſt in ſolum dominum. Verum dominus aget in rem, aut ad exhibendum cum bonæ fidei poſſeſſore, propterea quod ea pecunia non eſt adquiſita bonæ fidei poſſeſſori, ſed ſibi: neque enim eſt ex operis ſervi: non eſt etiam ex re bonæ fidei poſſeſſoris, ſed magis propter rem, id eſt, propter ſervum, quaſi quodammodo ſuam rem, non ex re ſua: differentia eſt inter ex & propter, *l. pen. de ſepul. viol.* Prætereo hic locos, quos adducunt in *l.* 1. *C. ſi ſerv. ext. emi ſe mand.* quia heic agitur, non ut ex eo contractu, ſed propter eum contractum: ibi ex eo contractu actionem ſtatuunt. Ea igitur pecunia non eſt adquiſita bonæ fidei poſſeſſori. Reſtat igitur adquiſitam domino, idque verum eſſe ait, ſive manumiſerit ſervum, ſive non. Neque moveor *l. ſi ſervus, de adq. rer. dom. l.* 1. *§. ſed & per eum, de acq. poſ.* quibus locis oſtenditur, ſervum bona fide poſſeſſum, cui quid traditur, neque acquirere poſſeſſionem bonæ fidei poſſeſſori, ſi nec ſit ex re ejus, nec ex operis ſervi; neque domino, quia per eum, quem non poſſideo, non poſſum acquirere poſſeſſionem. Quibus legibus male reſpondit Accurſius, ubi differentiam ponere debuit inter poſſeſſorem, & dominum. Et fateor in hac ſpecie ejus pecuniæ, quam mutuatus eſt ſervus, dominium acquiri domino ſervi, poſſeſſionem autem non adquiri, etiamſi apprehenderit: fac accepiſſe a creditore. Alia eſt ratio adquirendi dominii, alia poſſeſſionis: alia ratio amittendi dominii, alia amittendæ poſſeſſionis: amittitur poſſeſſio nuda voluntate, dominium non item.

Ad L. VII. ad Vell.

Quanquam igitur fidejuſſor, doli replicatione poſita, defenſionem exceptionis amittat: nullam tamen replicationem adverſus mulierem habebit: quia facti non poteſt ignorationem prætendere. Sed non erit iniquum, dari negotiorum geſtor. actionem in defenſorem: quia mandati cauſa per Senatuſc. conſtituitur irrita, & pecunia fidejuſsoris liberatur.

HUjus l. quæſtio nexa eſt cum iis, quæ Ulp. retulit in *l.* 6. ex eod. Papiniani lib. Regula eſt juris: Neminem eſſe defenſorem idoneum alienæ litis ſine ſatiſdatione judicatum ſolvi, §. 1. *Inſtit. de ſatiſdat. l.* 18. *de caſt. pec. l. qui proprio* 46. §. *qui alium, de procur.* Secundum hanc regulam, qui defendebat filium alienum abſentem, judicatum ſolvi fidejuſſores dedit, non matrem: hæc enim non fuiſſet idonea propter Senatuſc. Vellejan. quo improbantur interceſſiones mulierum, ſed dedit alios, qui tamen mandatu mulieris interveniebant pro defenſione filii: ii etiam non ſunt idonei, quia exceptione Senatuſconſ. Vellejani, non tantum mulieri ſuccurritur, quæ interceſſit pro alio, ſed etiam procuratori mulieris, qui interceſſit mandatu ejus, *l. ſi decipiendi* 30. §. *ult. hoc tit. Procurator*, inquit, *ſi mandatu mulieris interceſſit pro alio, exceptione Senatuſconſulti Vellejani adjuvatur*, id eſt, ex interceſſione non tenetur: Et ſubjicit (quod eſt obſcurum) *ne alias actio intercidat*: Sic Florentinus, vulgo male: *nec alias actio intercidat*: nunquam eſt temere diſcedendum a Florentino: ſcriptura enim certior quam ulla: ſubtiliter eſt ſcriptum, *ne alias actio intercidat*: quæ certe nihil aliud poſſunt velle, quam, ne ſi procurator expromiſerit (*quo genere plane fit novatio*) vel ſi judicium acceperit pro alio mandatu mulieris, ne adjuvetur exceptione Senatuſc. Vellej. prior actio intercidat, quæ competebat in priorem, videlicet quaſi novatione facta, contra ſententiam SC. Velleja. vel ut dicam planius, ne fraus fiat Senatuſconſulto & actione perempta novatione, & muliere contra mentem Senatuſconſulti non intercedente quidem palam pro alio, ſed dante alium, qui intercedat, veluti procuratorem ſuum, *l. ult.* §. *ſi mulier pro eo, hoc tit.* Ergo in hac ſpecie; ſi pro defenſore filii procurator mandatu mulieris fidejuſſerit judicatum ſolvi, & conveniatur actione ex ſtipulatu, tueri ſe poteſt exceptione Senatuſc. Vellejani, perinde atque ſi fidejuſſiſſet pro muliere intercedente: nam & fidejuſſori

A mulieris Senatuſc. ſubveniri conſtat, *l. ſi mulier contra*, § 1. *l. quamvis*, §. *interdum, hoc tit. l.* 14. & 15. *C. eod.* Et notandum maxime ex *d. l. ſi mulier contra*, liberari & mulierem, quæ interceſſit, & fidejuſſorem, qui interceſſioni mulieris acceſſit, etiamſi fidejuſſor ille non habeat *ἀναφοράν*, regreſſum adverſus mulierem actione mandati, ſi ſolverit. Solet fidejuſſori qui ſolvit dari actio mandati, adverſus principalem debitorem. Tres tantum ſunt caſus, qui excipiuntur: unus eſt, ſi donandi animo fidejuſſerit: alter, ſi in rem ſuam fidejuſſerit magis, quam in rem debitoris principalis, *l. ſi quis rem, de lib. leg.* & ſi quis pro invito præſente & repugnante fidejuſſerit, *l. ſi remunerandi*, §. *ſi paſsus, l. ſi pro te, mand.* Finge, unum ex iſtis caſibus exiſtere, & fidejuſſorem, qui acceſſit interceſſioni ex mandato pro muliere, non habere regreſſum ad mu- B lierem, an denegabimus opem Senatuſconſulti? Minime, quanquam ea res non pertineat ad mulierem, cum non teneatur mandati: cur ita? quia tota obligatio, inquit lex *ſi mulier contra*, Senatuſconſ. reprobatur, id eſt, non principalis tantum, quæ eſt interceſſio mulieris, ſed etiam acceſſoria, & a prætore reſtituitur prior debitor creditori, qui quodammodo deſierat eſſe debitor muliere intercedente novandi cauſa. Hoc enim dici tantum poteſt de interceſſione, quæ novat priorem obligationem. Interceſſionum autem duo ſunt genera: aliæ novant, aliæ non novant, ſed accedunt priori obligationi. Ergo fidejuſſori mulieris, quæ interceſſit, ſuccurritur SCto Vell. non minus, quam ipſi mulieri, etiamſi mulier ex mandato non obligetur fidejuſſori. At quia is de quo agitur in ſpecie propoſita, non fidejuſſit pro mu- C liere, ſed pro defenſore filii: ergo ei non videtur impertiendum eſſe beneficium SCti. Vell. Imo vero nihil refert pro muliere fidejuſſerit, an pro defenſore filii mulieris gratia, quod ſignificat *d. l.* 16. Et generaliter igitur datur exceptio SC. fidejuſſori mulieris, quæ interceſſit & procuratori, qui interceſſit mandato ejus. Verum ita demum procuratori dabitur exceptio Vellejani, qui pro defenſione fidejuſſit judic. ſolvi mandato matris, ſi actor, apud quem fidejuſſit, ſcivit eum mandatu mulieris fidejuſſiſſe: nam ſi ignoravit quod agebat mulier per alium in fraudem SC. ignoranti non obſtat exceptio, *l.* 1. *C. ad Vell.* ſicut nec ignoranti creditori obſtat SCti Maced. exceptio, *l. pen. ad Maced. l.* 1. *C. eod.* Exceptio Maced. obſtat ei, qui ſcivit, aut ſcire potuit filiumf. eſſe cui credebat. In jure ſunt paria, ſive quis ſcierit, ſive po- D tuerit ſcire: idemque eſt poſſe, & debere ſcire, *l.* 1. *de ædil. ed.* venditor tenetur ædilitiis actionib. de vitiis, quæ ſcire debuit. M. Tull. ſcire potuit. Coheres qui ſcivit aut ſcire potuit abſtinente coherede, ſe omnibus oneribus hereditatis implicitum fore, videtur poſtea ſe ea conditione bonis immiſcere, *l. ſi duo* 38. *ff. de adquir. her.* Dixi qui ſcivit, aut ſcire potuit: ergo de exceptione SC. Vell. ſic ſtatuamus: eum duntaxat creditorem repelli exceptione, qui ſcivit, aut ſcire potuit, *i. e.* debuit, mulierem interceſſiſſe ratione aliqua ignoranti creditori, ſi opponetur exceptio SCti Vell. ab eo elidetur oppoſita replicatione doli mali, quia dolo facere videtur, qui adverſus ignorantem vult uti exceptione. Replicatio doli datur ignoranti, non ſcienti, & perimit exceptionem Vell. Et hoc eſt, quod Ulpian. ex eo libro Papin. in *l.* 6. ait in E fine, *exceptionem Senatuſconſ. replicatione doli mali repellendum*: quam ſcripturam noſtri violarunt, dum exiſtimabant in ea eſſe mendum, & ſimiles omnes violarunt, quæ erant in *ff.* in *l. bello*, §. *facti, de capt. & poſtlim. rev.* ſententiam ſequendum eſt in *l. at quia*, §. 1. *de negot. geſt.* rationem a capite reddendum in *l. Gajus* 45. *ſolut. matrim.* permittendum utilem actionem in *l.* 19. *in fine de novat.* merito denegandum exceptionem: & legendus eſt Gellius de hac re, *l.* 1. *cap.* 7. Intelleximus quid ex Papin. lib. retulerit Ulpian. in *l.* 6. Ex eo naſcitur quæſtio alia, quæ definitur in *l.* 7. ab Ulp. adjunctis iis, quæ ſequebantur in Papin. lib. Finge: procurator ille, qui pro defenſione filii fidejuſſit mandatu mulieris, conventus eſt ex ſtipulatu, & coactus eſt ſolvere ſublata exceptione Senatuſconſ.

Velle-

Vellejani replicatione doli mali, propterea quod creditor ignorabat eum fidejussisse mandatu mulieris: quæro, an habeat actionem mandati adversus mulierem, ut consequatur, quod solvit mandatu mulieris? Et rectissime ait Papin. agentem eum adversus mulierem repelli exceptione Senatusc. quia inutile fuit ex sententia Senatusc. tale mandatum. Id enim mandante muliere sane intercedebat pro filio: mandatum intercessio est. Ergo si ex eo conveniatur, adjuvanda est exceptione Senatusc. Dices, an procurator ille agendo mandati adversus mulierem, & muliere opponente exceptionem Senatusc. possit se tueri replicatione doli? Dicemus non posse, quia fuit sciens, non ignorans: non potest facti ignorationem prætendere: & replicatio doli mali datur tantum ignoranti, non scienti: & facti proprii intelligit, vultque alieni facti tolerabilem esse ignorationem: proprii facti non esse tolerabilem. Atque adeo, non potest ignorare mulierem sibi mandasse ut fidejuberet pro defensore filii, atque ita mulierem intercessisse: non potest ignorare, se mandatum suscepisse: neque pretendere hujus facti ignorationem. Quapropter non utetur adversus mulierem replicatione doli mali: quinimo in replicatione sua repelletur jure per exceptionem Senatusc. Vell. *l. ult. §. mulier ne ipsa, in fi. hoc tit.* Dices, ergo in damno versabitur procurator mulieris idemque fidejussor pro defensione filii? nam quod solverit non recipiet a matre. Verum non deest alius, a quo recipiat, nempe defensor. Erit enim ei in defensorem actio negotiorum gest. quia sua eum pecunia liberavit, & mulierem ex mandato cum effectu obligatam non habet: atque ita data actione negotiorum gestorum in defensorem, ei consuletur, ne in damno moretur. Animadvertendum est, Papin. in hac l. 7. duplici ratione uti ut ostendat, defensorem teneri negotiorum gestorum. Una est, quia eum liberavit suo ære, suis nummis: altera, quia non habet mandati actionem adversus mulierem: ac si diceret, quia non potest agere adversus mulierem, recurret adversus defensorem actione negotiorum gestorum: unde recte colligitur, eum: qui ex negotio alieno quod gessit, habet actionem mandati adversus alium mandatorem, non habere negotiorum actionem adversus alterum, cujus commodo negotium cessit: & actionem negotiorum gestorum esse quasi subsidiariam, anteire actionem mandati. Et sicut, qui apud unum potest agere mandati, non potest adversus eundem ex eadem causa agere negotiorum gestorum: ita qui potest adversus eum agere actione negotiorum gestorum principaliter, non potest adversus alium agere mandati, ut sit actio negotiorum gestorum, quasi subsidiaria. Et recte Papin. utitur ἐνστάσει, & ἀντιπεριστάσει, id est, duplici ratione, ut ostendat defensorem teneri negotiorum gestorum, quia, inquit, non tenetur mandati, quia deficit actio mandati, & eum sua pecunia liberavit.

Ad L. LIII. Qui fide Mandati.

Qui fide alterius pro alio fidejussit, præsente & non recusante: utrosque obligatos habet jure mandati. Quod si pro invito vel ignorante, alterutrius mandatum secutus fidejussit: eum solum convenire potest, qui mandavit; non etiam reum promittendi. Nec me movet, quod pecuniæ fidejussoris reus liberetur; id enim contingit etsi meo mandato pro alio solvat.

PRætermisimus, quæ cum l. 7. est conjungenda *l. 53. mand.* quæ est ex eo libro: nam ita sunt nexæ, ut videatur una alterius ope indigere, aut esse imperfecta quælibet, nisi apponatur etiam altera. Ex *l. 7. ad Vell.* (ut diximus) datur actio negotiorum gestorum ei, qui pro alio fidejussit mandato alterius, adversus reum debendi, quem solvendo sua pecunia liberavit, maxime si nullus sit, qui mandati conveniri possit, ut si mandatu mulieris fidejussit, quod constat irritum fieri SCto Vellejano. Ex hac autem lege 53. eidem fidejussori non datur actio mandati adversus reum principalem: nullum enim mandatum antecessit, sed datur tantum ei actio man-

A dati in eum, qui pro eo fidejussit, in marem, scil. non in feminam: nam feminæ mandatum irritum est. Ergo conjuncta utraq; lege, ut lex *Gallus, de liber. & postum.* ait, conjunctis capitibus legum, probe interpretationem rerum fieri, ac proinde conjuncta utraq; l. Intelligimus, non esse actionem mandati huic fidejussori, qui fidejussit mandato alterius, sed esse negotiorum gestorum actionem, præsertim si nec sit in alium actio mandati utilis: ut si is, cujus mandatu fidejussit pro alio, sit femina, vel clericus, etiam intercessio irrita constituitur canonibus; nam & ita, ut heic ostendit Papinianus, si non fidejusserit pro alio, sed solvit tantum mandatu alterius, quamvis eum sua pecunia liberavit, non aget cum eo mandati: sed cum mandatore duntaxat, cujus mandatu solvit pro eo, quo tamen liberato SCto, alio legis beneficio in B eum, quem sua pecunia liberavit, dabitur actio negotiorum gestorum, ne in damno versetur. Et in summa res ita se habet: non omnem, qui pecunia mea liberatus est, mihi teneri mandati, certe negotiorum gestorum teneri, si nec in alium mihi suppetat actio mandati. Et hæc omnia, quæ necesse erat demonstrari, vera esse Papin. ait in *l. 53.* si quis mandato alterius fidejusserit pro invito vel ignorante. Hic non habebit actionem mandati in eum, pro quo fidejussit, sed habebit negotiorum gestorum: nam ea etiam datur iis, qui recusantium, contradicentium negotia gesserunt, modo ea utiliter gesserint, *l. solvendo, de negot. gest.* & si solvero pro te, mihi competit actio negotiorum gestorum, cum non possis effugere debiti solutionem, vel cum immineret periculum pœnæ, aut usurarum nisi solvissem pro te: si ergo man- C datu alterius fidejussero pro altero invito, is qui mandatum exposuit, tenetur mihi mandati. Is vero pro quo fidejussi invito, non potest mihi teneri mandati, sed tenebitur negotiorum gestorum. Hæc erit mihi extremum rei meæ servandæ subsidium, si non sit alia actio potior, qua meum servare possim, id est, id quod solvi pro reo debendi: sed si mandato alterius fidejussero pro præsente & tacente, actio mandati mihi dabitur non tantum in eum, qui nominatim mandavit: sed & in eum pro quo fidejussi præsente & tacente: nam silentium pro mandato habemus, & patientiam pro ratihabitione: nec minor est vis taciti mandati, quam expressi.

Ad L. VIII. Quod privilegium, depositi.

D *Quod privilegium exercetur, non in ea tantum quantitate, quæ in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est: sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est: plane sumptus causa qui necessario factus est semper præcedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.*

HÆc l. est de creditoribus argentariorum, & docet quis ordo inter eos servetur, id est, quibus in bonis argentarii vendendis, qui bonis cessit, prius satisfieri oporteat. Argentarii (quod sæpissime ostendimus, & nunc breviter ostendemus, nam ea res debet omnibus hodie esse cognita) sunt, qui in foro publico ta- E bernam publicam habent nummariam, apertam, & expositam volentibus ratiocinia sua conficere vel purgare: erant enim ratiocinatores optimi. Item volentibus pecunias permutare sive cambire: pro qua re, id est, pro permutatione nummorum veterum pro recentibus dari solet collybus sive aspratura. Apertam etiam tabernam habent volentibus nummos probare. Erant enim nummorum peritissimi, nec fiebat solutio sine nummulariis, aut non existimabatur posse recte fieri, nisi expendissent, numquid subesset subærati, numquid lacunæ. Quicunque contrahebant, ad mensam ibant frequentes: & propterea nec sine argentario ullus contractus habebatur, in quo scilicet pecunia interveniret; nam apertam tabernam habebant volentibus

pecu-

pecuniam accipere; sicut fœneratores publici, vel etiam volentibus dare fœnori, & dare vel ipsis argentariis, vel aliis per argentarios: nam plerumque dabatur certa quantitas nummorum, ut eos apud alios occuparent, vel exercerent. Item volentibus pecunias suas dare custodiendas sub publica fide, quod plerumque faciunt peregre profecturi domini, fidem suis non magnam habentes: & quidquid habent nummorum, id malunt concedere argentariis: major enim illorum fides erat olim, quam nunc fit in iis, qui eos hodie imitantur: & sicut æditius pecunia dari solebat in causam depositi, ita & argentariis, *l. si ventri*, §. *in bonis*, *de rebus auct. jud. poss.* & (ut ait Papinianus in hac l. 8.) usus eorum est necessarius, sed quandoque periculosus: propterea quod nonnunquam foro cedunt clausa taberna, prodita fide, fraudatores, decoctores: quod quum contingit, evertit ea res, & proturbat non unius tantum, sed multorum negotiatorum rem, qui rem habebant cum argentario, qui cessit foro: & solent, dum id contingit, creditores omnes coire in unum, & distrahere bona fraudatoris per procuratorem seu magistrum, & ex pecunia redacta ex venditione omnium bonorum decoctoris portionem ferre pro rata crediti: quod ita ostendit iisdem fere verbis *l. ult. de curat. bon. dat.* Et ad eum morem liquidum est respexisse Senecam lib. de Benefic. dum ait: *Debitorem appellabo, & si foro cesserit, portionem feram ex contractu*: scilicet, ex pecunia, quam redegerit procurator constitutus bonis distrahendis. Vide quid sit nescire jus, qui non sunt in eo versati, referunt illum locum ad actionem quasi Servianam: quasi vero ea actione fiat distributio inter creditores: nec enim in ea quicquam agitur de dispertiendis bonis: etiam pessime addunt ea auctoris verba posse referri ad actionem tributoriam: Nam hæc actio distributionem tantum facit mercis peculiaris, in qua servus negotiatus est sciente domino: inter dominum & creditores mercis peculiaris, non omnes: & perperam, per actionem tributoriam creditores capere partem de peculio, imo de merce peculiari, non de peculio: Nam aliud est merx peculiaris, aliud peculium. Peculium intelligitur deducto eo, quod domino debetur: merces, etiam eo non deducto, *l. 1. §. peculiarem, de tribut. act.* sicut aliud est peculium, aliud servus peculiaris: legato servo cum peculio, & alienato, & manumisso vel mortuo vivo testatore extinguitur etiam peculii legatum, *l. 1. & l. 3. de pecul. leg.* legato servo cum vicario, mortuo servo manet vicarius legatus. Nunc finge: multi erant argentarii, qui fregit fidem, & clausit tabernam, creditores variis ex causis: alii erant ex causa fœneratitii, alii ex causa depositi, alii ex causa mandati, ut quia datis nummis eis mandaverant, ut eos exercerent, ut ne otiosos relinquerent: alii ex causa societatis, utpote miscuerunt suos nummos cum nummis argentarii fœnoris exercendi causa, alii ex aliis causis: & erant ex iis privilegiarii quidam, pupilli puta, quorum tutelam gesserat argentarius, vel fiscus, vel respub. qui etiam habent privilegium, vel qui crediderant pecuniam ob confectionem ædificiorum, vel ob navem instruendam, armandamque, vel qui in eorum locum successerant, id est, quorum pecunia creditores privilegiarii dimissi fuerant. Ii sunt privilegiarii, & alii quidam, id est, qui habent privilegium exactionis, πρωτοπραξίαν. Ex his etiam est mulier, quæ de dote agit: hæc est valde privilegiaria, vel qui, quæve in funus defuncti sumptus fecit, quæ causa est etiam valde privilegiaria: sed & mulier, quæ de dote agit, non tantum habet privilegium exactionis, sed & hypothecæ, id est, præfertur omnibus creditoribus, & chirographariis, & hypothecariis. Et breviter sive agat personali actione, quod est privilegium exactionis, sive hypothecaria agat, excludit ceteros creditores: nam ei satisfieri oportet: ejus rationem prius purgari oportet, quam veniatur ad ceteros. Sed nos hic loquimur tantum de privilegio exactionis, qui hoc habent præferuntur ceteris, ergo

A eis prioribus satisfit. Ulpian. *l. 7. §. ult. hoc tit.* ex qua pendet l. 8. docet, omnibus privilegiariis creditoribus præferri depositarios, id est, qui pecuniam depositam apud argentarios habuerunt, præferuntur etiam privilegiariis: namque ait, rationem haberi depositariorum, qui pecuniam deposuerunt apud mensam, stante fide publica ante privilegia: satisfit igitur depositariis prius, deinde sequuntur privilegiarii: quod ita procedit, si usuras depositarum pecuniarum non acceperunt ab argentariis. Nam si acceperunt usuras, non sunt depositarii; depositum est gratuitum, quod explicabitur in *l. 24. hoc tit.* Et deponere pecuniam sub usuris, credere est, non deponere. Quum ergo dicimus, depositariorum rationem haberi ante privilegiarios, depositarios accipimus proprie, id est, qui simpliciter pecuniam apud men- **B** sam argentariorum deposuerunt, nec ullas usuras acceperunt: eorum habetur ratio ante privilegia. Et quidem omnium, qui deposuerunt, eorum nullo observato ordine temporis: simul omnes depositarios convocabimus, eisque satisfaciemus, antequam rationem ullam habeamus privilegiorum, *d. l. 7. §. ult.* Verum huic definitioni obstat *l. si ventri*, § *in bonis*, *ff. de rebus auct. jud. poss.* alia est sub tit. *de privil. credit.* qui tamen tit. est suppostitius: ait, *in bonis mensularii*, id est, argentarii, *distrahendis, post privilegia haberi rationem eorum qui deposuerunt suas pecunias*. Lex 7. ait, *ante privilegia*, illa, *post privilegia*, non videtur ulla lex alteri magis adversari posse. Sed si perlegatur *d. l. 7.* facile erit se expedire posita hac differentia: aut pecunia deposita exstat, aut non exstat (deponebantur obsignatæ pecu- **C** niæ in arca) si exstant pecuniæ, præferuntur privilegiariis, quia æquissimum est, eis pecunias suas restitui: neque enim depositione desierunt esse domini, sed si non exístant, si consumptæ sunt, præferuntur non privilegiariis, sed ceteris, qui non sunt privilegiarii: pecunia non exstante, ipsi sunt infimi, ultimi privilegiarii. Res ergo ita se habet. Depositariorum rationem haberi, si exstent loculi non inanes, nec resignati. Et rursus priorem esse causam depositariorum post privilegia, si non exstent nummi, hoc casu præferri privilegiarios depositariis, atque ita hoc casu depositarii ultimum gradum obtinent, & secundum hoc, est accipiendum quod ait Papinianus in l. 8. hoc privilegium, quod datur depositariis non tantum in pecuniis depositis exerceri, sed etiam in universis bonis frauda- **D** toris. Adducit rationem, cur hoc privilegium detur depositariis, quod publica utilitas hoc exigat, ne fallantur, qui sequuti sunt fidem publicam, quique necessario usi sunt opera argentariorum, dum alios non habent, apud quos deponant nummos suos. Et postremo ait, si quod privilegium interveniat, vel horum, vel illorum, semper haberi ante omnia rationem sumptuum necessario factorum, quia expediendæ auctionis causa, (*les frais des criées sont les premiers payez*) expediendæ bonorum venditionis causa: nam bona intelliguntur deducto eo sumptu, nec ante bonorum calculus subducitur, quam ea impensa subducta sit, *l. quantit. ad l. Falc. l. 119. in fi. ad Treb. l. ult. §. in comput. C. de jure delib.* In l. Falcidia, vel alias, in computatione patrimonii vel bonorum semper deduci ante omnia, quod **E** impensum est in confectionem inventarii: quod impensum est in insinuationem sive publicationem testamenti. Hi sumptus post mortem domini necessario fiunt, ac minuunt bona, neque enim bona calculo subjiciuntur, antequam hi sumptus impleti fuerint.

Ad L. XXIV. Lucius, eod. tit.

Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hoc die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta, tibi notum facio, quæ quando voles, & ubi voles confestim tibi numerabo. Quæritur propter usurarum

incre-

incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare, quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si, ut tantundem solveretur, convenit: egreditur ea res depositi notissimos terminos: in qua quæstione, si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi: rationem usurarum haberi, non facile dicendum est: & est quidem constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem, & depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur.

EX tractatu legis 8. *depos.* hæc potissimum in memoriam redigi velim. Ulpian. in *l. 7. §. pen.* ex qua pendet *d. l. 8. depositarios* interpretatur hoc modo, id est, *eos, qui depositas pecunias habuerunt:* non abs re; nam vulgo depositarii sunt, non qui pecuniam deposuerunt, sed qui acceperunt pecuniam depositam: alii qui dederunt, sunt depositores: sed in constitutione ea, qua privilegium dabatur depositariis (nam hoc constitutionem aliquam effecisse necesse est) depositarios interpretatus est Ulpianus esse depositores. Ita invenio in jure, fideicommissarium, quem scilicet vulgo dicimus pro eo, cui est relictum fideicommissum, accipi tamen nonnunquam pro herede: fideicommissarius nonnunquam est heres, vel legatarius, qui rogatus est præstare fideicommissum, *l. quamvis, de judic. & Novell.* 108. Illud quoque in memoriam veniat, depositores, quos dixit privilegium habere in bonis nummularii vendundis, qui bonis cessit, omnes concurrere, & simul admitti, omnium simul rationem haberi ante privilegia, si exstent pecuniæ depositæ, & non servari ordinem temporis, non satisfieri antiquiori depositori, sed omnibus simul. Ex quo intelligitur in hypothecis quidem servari privilegium temporis, & potiorem, potentioremque esse eum in vindicanda hypotheca, qui est prior tempore: sed in actione personali non observatur privilegium temporis in exigendo debito, in actione in personam non servatur privilegium temporis inter creditores, qui sunt ejusdem tituli, id est, quibus ex eadem causa debetur, ut inter depositarios plures, *l. privileg. de reb. auct. jud.* in hypothecis privilegia æstimantur ex tempore. In personali actione ex causa debiti, non ex tempore, hoc est, non præfertur ceteris, qui est antiquior creditor, sed qui causam debiti habet privilegiariam, veluti causam dotis, aut similem; quæ sit fulta privilegio juris. Postremo redigamus etiam in memoriam, quod didicimus ex *d. l. 7. §. penult.* depositarios habere privilegium exactionis, si modo depositarum pecuniarum usuras non acceperint, si fuerint simplices depositarii. Nam si usuras acceperint, non utuntur privilegio depositariorum, nec depositarii esse censentur, vel etiam si per argentarium, apud quem pecuniam deposuerunt, ex iis pecuniis fœnerentur, ii quoque non sunt proprie depositarii privilegiarii. Huic parti est statim conjungenda lex 24. *hoc tit.* Privilegium depositariis datur iis tantum, qui usuras depositarum pecuniarum non acceperunt. Nam qui usuras accipiunt, vel qui pecuniam deponunt ea lege, ut usuras ferant, creditores potius sunt, aut fœneratores, quam depositarii, *l. si ventri §. in bonis, de reb. auct. jud.* vel etiam, qui depositis pecuniis gratuito, nulla facta mentione usurarum, postea usuras acceperunt, videntur renuntiare deposito, & in creditum transire. Non est igitur depositum proprie, si veluti pro usu usuræ præstentur, ac si liceret uti pecunia deposita, quod certe non licet, & qui utitur fur est; *l. si sacculum, hoc tit.* non est proprie depositum si pecuniæ depositæ fœnus accipiatur, licet contrahentes appellaverint depositum, rem enim spectamus, non verba. Non est usus pecuniæ depositæ, sed custodia permissa tantum: ergo nec usuræ A debebuntur. Et sane quod ad privilegium attinet, de quo tractatur in l. 8. non est depositum: at crediti potius jure censetur sive fœnoris. Hinc quæritur, an eo casu, quo de usuris præstandis convenit, earum pecuniarum, quæ velut depositæ sunt, sicuti cessat privilegium illud, si de usuris præstandis convenerit, an cesset etiam actio depositi? num possum repetere pecuniam depositam actione depositi? an impedior conventione usuraria, quam deposito apposui, quod alia res acta sit, quam depositi. Denique si cessat privilegium depositi, an cesset etiam actio depositi? Finge, deposui apud te pecuniam eo pacto, ut tantundem redderes, ut idem genus redderes, non eandem speciem: quo quidem pacto tacite id agitur, ut pecunia utaris, si velis, ut abutaris, ut consumas, neque enim eadem corpora nummorum mihi B reddi spero, sed tantundem, quantitatem eandem. Ex hoc negotio estne actio depositi, necne? an est potius actio si certum petetur, id est, quæ ex mutuo competit? vel an actio præscriptis verbis, quæ ex negotio dubio & incerto? quod magni interest scire propter usuras. Nam si percunctetur quis an ex negotio veniant usuræ, spectandum est, quæ actiones dentur, ex quo cognoscimus, usuræ ne veniant, nec ne. Nam si est actio depositi, usuræ veniunt ex pacto: vel si pactio nulla intervenerit, ex mora officio judicis: si sit ex mora officio judicis: si sit actio creditæ pecuniæ, vel actio præscriptis verbis, quæ sunt strictæ, usuræ non venient nisi ex stipulatione, non venient ex pacto, etiamsi pactum sit initio contractus, & ex continenti, id est, etiamsi pactum sit ex continenti appositum. Non venient igitur ex pa- C cto, non etiam ex mora officio judicis. Nam hæc est certissima differentia inter judicia bonæ fidei & stricta, quod in bonæ fidei judiciis usuræ veniunt ex pacto convento ab initio, *l. Publia, §. 1. hoc tit. l. cum quidam, §. ex loc. de usur. l. initio, C. de pact. int. empt. & vend.* In strictis autem, non veniunt ex pacto sine stipulatione, licet pactum insit continentiæ contractus, *l. idemque, §. si Titio, l. si Titio, l. qui neg. mand. l. 10. §. sed utrum, de in rem verso, l. Titius, de præscript. verb. l. quamvis, de usur.* Ratio diversitatis est, quia in contractibus stricti juris pacta incontinenti non insunt ex parte actoris, insunt ex parte rei, id est, non formant actionem, sed exceptionem tantum. In contractibus bonæ fidei insunt ex parte actoris, id est, ex eis agere possumus, nedum excipere, ac proinde insunt non tantum ex parte rei, sed ex parte D actoris. Est & alia differentia non minus certa: in bonæ fidei judiciis usuras venire ex mora officio judicis citra pactionem, si ita arbitretur judex, quia in illis judiciis tantum potest officium judicis, quantum in strictis stipulatio, quod repetitur in *l. quia tantundem, de negot. gest.* In judiciis strictis usuræ non veniunt officio judicis, quod nullum est, aut perquam exiguum: formula enim includitur judex, nec sui juris est, apud quem agitur stricto jure. Magni ergo interest scire, an sit actio bonæ fidei, id est, depositi, an stricta, id est, condictio ex mutuo, vel præscript. verbis. Et Papinianus, ut hoc definiat ita distinguit: duo genera ponit contrahendi depositi; vel (inquit) pecunia deponitur obsignata; aut clausa, ut scilicet eadem corpora nummorum reddantur, ut idem sacculus, iidem loculi, quo genere non propo- E nitur gestum esse negotium in hac lege: aut pecunia deponitur non obsignata, non obserata, ut scilicet tantundem reddatur, de quo negotio hic agit. Priore casu constat esse depositi actionem, imo nihil habere id negotium, quod ita gestum est, quod non conveniat naturæ depositi, si obsignatus detur sacculus ea lege, ut idem reddatur cum pecunia eadem, sed proposuerat Papinianus contrahentes, quod ita rem gesserant, non fuisse usos verbo deponendi, sed commendandi: *centum*, inquit, *nummos quos hac die commendasti:* non dixit, quos deposuisti mihi: utrum est depositum, an novum negotium commodati, ex quo detur actio præscript. verbis? in eo non laborat Papinian. cum ait, commendare nihil aliud esse quam deponere. *Quid est enim aliud commendare*

dare quam deponere? hoc idem ex Ulpian. lib. 30. ad edictum refertur in *l. commendare, de verb. sign.* Commendare nihil aliud est, quam deponere. Et notandum eo libro 30. tractasse eundem Ulpian. de privilegio depositariorum, *l. 7. hoc tit.* quæ est ex lib. 30. *ad edict.* Sicut ergo Papinian. eodem libro tractavit & de hac re, & de illa quæstione, ita & Ulpian. nempe ad edictum. Et sane jam initio ostendi, esse affinem seu proximam alteram alteri, ut sit facile ex una labi in alteram, propterea quod distinguuntur depositarii, qui usuras accipiunt, ab his, qui non accipiunt. Eodem sensu dicimus commendare corpus mortui terræ, *l. etsi quis, §. funeris, de religios.* quod est deponere, *l. si quis, 40. eod. tit.* deponuntur quoad fiat justa sepultura: & aliud est sepelire, aliud commendare. Commendatio mortui non est justa sepultura: fit enim temporis causa tantum, sepultura fit, ut perpetuo ita sit. In legendis auctoribus accurate semper cavendum est, ne decipiamur: nam innumeris locis legitur verbum *commendare*, depravatum in *commodare*, ut olim legebatur in *l. 9. C. depos.: res commendatas*, id est, *depositas*, qui error effecit, ut Tribonianus *legem ult. C. commod.* poneret sub eo tit. quod in ea constit. legisset commodatum pro *commendatum*. Perperam: quod discusso jure, vel animadverso diligentius debuisset emendare, *commodare* in *commendare*, atque ita eam legem ponere debuit sub titulo depositi. Nam & sententiam *d. l. ult.* tueri nemo potest absque calumnia. Quod vult ea lex in actione commodati non esse compensationi locum, sed rem commodatam statim reddendam, etiamsi quid vicissim debeatur, est falsum, *l. Lucius, mand. l. in reb. §. quod autem, ff. commod.* & specialiter tantum hoc est receptum in actione depositi, ut non possit ei objici compensatio, ne quid moretur redditionem depositi: omnes aliæ actiones compensationem patiuntur ipso jure hodie. Et merito excipitur actio depositi: quoniam hæc actio summam fidem exigit, non par est fides, quæ in bonæ fidei judiciis exigitur ubique: major in uno exigitur, quam in alio, sicut quæ sunt stricta judicia non sunt. pari modo stricta; alia arctiora, alia minus. Contractus depositi est sacer contractus, ut Juvenalis dixit, *sacrum depositum*, non quod in ædes sacras deponere solerent pecuniam, sed ut non fas sit fidem fallere depositi. Quod etiam in eo apparet, quia qui fefellit depositi fidem, fit infamis: qui commodati, non fit infamis: & quod actio depositi est privilegiaria, commodati non item: & quod deposito non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. in contract. C. de non num. pec.* commodato opponitur & ceteris actionibus: & ita etiam in solo deposito hoc receptum est, ut ei non opponatur compensatio, *l. pen. C. depos. l. ult. C. de compens.* Verum ad rem: si pecunia, quæ est altera pars divisionis Papin. data sit non obsignata, ea lege ut tantundem solveretur, an ex hoc negotio est actio depositi? Papin. ait, *eam rem excedere depositi notissimos terminos*, excedere depositæ pecuniæ modum. Termini depositi sunt, in quos resolvitur definitio depositi. Quid est depositum? Est conventio qua id agitur, ut rem meam custodias, & mihi possideas non tibi, eamque mihi reposcenti restituas, *l. 2. in pr. de reb. cred. l. licet, §. rei, hoc tit.* hos terminos egreditur, qui paciscitur, ut tantundem reddatur quantum deposuit: Nam hoc agit, ut is, apud quem deponit, sibi habeat, sibi possideat, & non eandem speciem reddat, sed quantitatem, *l. in navem, loc.* Est igitur hæc conventio contra naturam depositi. Papin. non definit aperte in hac l. 24. utrum sit actio depositi ex hac conventione, an non, quod tamen multum interest scire. Nam ut ipse Papin. ostendit in hac l. si non sit actio depositi, sed creditæ pecuniæ, vel præscriptis verbis, usuræ non venient nec ex pacto, nec ex mora, neque ex officio judicis: sed si sit actio depositi, usuræ venient ex pacto convento in continenti officio judicis, sive ex pacto ex fide bona. Ex mora igitur, non ante moram, nisi aliud convenerit ab initio, ut usuræ præstentur etiam ante moram. Unde notandum est, off. jud. in actionem depositi non venire

A usuras, nisi ex mora, propria quadam ratione, quia esset contra bonam fidem, & contra naturam depositi, si usuris alligaretur is, qui beneficium dedit in recipienda re, & custodienda, nec recusavit unquam, aut moram fecit in ea reddenda, hoc est proprium in deposito. Ergo in aliis contractibus veniunt usuræ etiam ante moram officio judicis. In aliis contractibus bonæ fidei officio judicis usurarum ratio habebitur, etiam ejus temporis, quo debitor non erat in mora, veluti ex tarda solutione. Nam non omnis tarda solutio est mora. Mora est tarditas, quam creat interpellatio. Potest esse tarditas in re ipsa, quod longius trahat solutionem, licet non interpelletur, *l. cum quidam, §. ex locato, de usur.* quæ constituit differentiam inter tardam solutionem & moram ἐκ τῆς συγχρύσεως. Ergo possunt venire usuræ ante moram ex tarda
B solutione, vel quod pecuniam (exempli gratia) mandatarius converterit in suos usus, licet nondum sit interpellatus de ea reddenda, *l. idemque, §. 3. mand. l. socium, pro socio*. Præterea stipulatio usurarum ante moram jure procedit, quis hoc negabit? in *l. lecta, de reb. cred.* tantum proficit officium judicis, quantum stipulatione: quod stipulatione contrahentes efficere possunt, idem facit judex ex officio. Ergo (quod sæpe iterandum est) multum interest scire, quæ actio sit ex proposito negotio. Sed ad extremum Papin. rem non definit, movet omnem lapidem excutiendæ hujus rei causa, nihil tamen efficit, quia rem indefinitam relinquit, sed subolet, Papinianum, facile admisisse actionem depositi: cessare quidem privilegium depositi, sed non actionem: non male agere eum, qui depositi agit, & consequenter in
C hoc negotio venire usuras ex pacto, vel ex mora officio judicis, licet excedat modum depositi, quod significat & *l. sequ. §. ult. l. Publia, §. 1. l. Quintus, l. si sacculum §. ult. hoc tit.* Exponenda nobis sunt primo reliqua *l. 24. depositi*, denique id quod proposuimus, contra naturam contractus pacta facta non esse rata. Proponitur initio *l. 24.* cautio pecuniæ depositi his verbis: *Lucius Titius Sempronio salutem, &c.* cautio & chirographum depositæ pecuniæ fit per epistolam: sed quæritur, an ex ea cautione sit actio depositi? & hoc quæritur propter usurarum incrementum: Nam si sit actio depositi, accrescent usuræ ex pacto vel off. jud. quia actio depositi est bonæ fidei: quod non contingeret, si non teneret actio depositi, sed competeret alia actio stricta. Et sequitur proposita cautione: *quæritur*, inquit, *propter usurarum incre-*
D *mentum*. Est methodus brevitatis, quæ dicitur κατὰ τὸ σιωπώμενον. Nam explenda est omnino hoc modo, aut intelligenda, ac si ita explanata fuisset. Quæritur an sit actio depositi propter usurarum incrementum? & ita etiam in *l. Publia, §. 1. hoc tit.* Si de præstandis usuris pecuniæ depositæ convenerit, eum contractum excedere modum depositi, ideoque secundum conventionem usuras peti posse actione depositi: hoc postremo non infertur: neque enim inferretur probe, sed ex eo quod subintelligitur, ac si dixisset contrarium, excedere modum depositi, neque tamen ideo minus depositum esse censeri: inde recte infert, actione depositi usuras peti posse. Cur autem dubitat an ex cautione proposita sit actio depositi? nempe, quia is, qui cautionem emisit, non scripsit depositam, sed commendatam sibi pecuniam fuisse.
E Verum Papin. ait, esse act. depositi, quod idem sit commendare & deponere: & hoc ita se habere sine ulla controversia, si obsignata pecunia data sit ea lege, ut idem sacculus, eademque corpora nummorum redderentur. Nam in hoc contractu nihil est, quod non conveniat deposito, nihilque est, quo quis fretus, possit denegare actionem depositi. Et hoc est quod sequitur. Quid ergo? si id actum est numerata pecunia, ut alia tanta redderetur, non eadem, quid fiet? hoc deinde explicat Papinianus, *si numerata sit pecunia, &c.* Papin. ait, hanc rem excedere modum depositæ pecuniæ, depositum vel commendatum esse quidem nomine, non re, non substantia, non natura. Hæc lex subjecta deposito, ut tantundem reddatur, facit, ut quod depositum esse dixerunt, non

ſit depoſitum, & hoc forte caſu non erit actio depoſiti, ſed erit actio creditæ pecuniæ, quia ea res credito magis accedit, vel, quod in ambiguo, erit actio præſcript. verbis, & conſequenter non accreſcent uſuræ ſine ſtipulatione: & hoc eſt quod ſubjicit, *nam ſi tantundem, &c.* ſi non eſt, inquit, actio depoſiti, non venient uſuræ ex pacto, vel ex officio judicis, venient ex ſtipulatione ſola: quæ omnia ſatis probavimus conſtituta differentia inter judicia ſtricta & bonæ fidei. Contra ſi non convenit tantundem reddi, actione depoſiti venient uſuræ, accreſcent uſuræ officio jud. perinde atque ſi eſſent in ſtipulationem deductæ, quoniam officium judicis tantum poteſt quantum ſtipulatio, id eſt, quantum ſtipulatio poteſt exprimere, vel extorquere, idem & judex poteſt, qui eſt addictus bonæ fidei actioni: & accreſcent officio judicis ex tempore moræ, non ante moram: nam iniquum & abſurdum & alienum a natura depoſiti eſt, ut uſuris opprimatur depoſitarius, qui in cuſtodienda pecunia beneficium dat, qui neque utitur ea pecunia, nec moram facit in ea reddenda. Uſuram dat, qui beneficium accipit, non qui non accipit, non qui beneficium dat, ſi vacet mora: natura depoſiti eſt, ut cuſtodiam ſolam injungat abſque uſu & uſuris. Igitur non ante moram. Sed ſi initio deponendæ pecuniæ convenerit de præſtandis uſuris etiam ante moram, lex contractus ſervabitur, id eſt, præſtabuntur uſuræ ex pacto: nam in bonæ fidei judiciis veniunt uſuræ officio judicis. In hoc judicio depoſiti, ex mora tantum, vel ex pacto ante moram: & hoc eſt, quod ſubjicit, *& eſt quidem conſtitutum, &c.* Hoc ergo vult in extrema parte h. l. Papin. ſi ſit actio depoſiti, uſuras deberi ex pacto etiam temporis ejus, quod fuit ante moram; ex officio judicis, nonniſi ex mora. Et ait, *ſi tamen de uſuris præſtandis convenerit*, ante moram ſcilicet, *lex contractus ſervabitur*, id eſt, uſuræ præſtabuntur. Ex eo colligo, quod notandum, eſſe actionem depoſiti, licet convenerit de uſuris præſtandis depoſitæ pecuniæ ante moram, alioquin non deberentur uſuræ, ſi deficeret actio depoſiti, non enim alia ſuppeteret, quam ſtricta. Item colligo non eſſe actionem depoſiti, ſi convenerit, ut tantundem ſolveretur, non idem; quod agi plerumque intelligitur, ſi pecunia numerata deponatur non tamen in folle, non in ſacculo obſignata vel obſerata: hæ duæ pactiones, *ut tantundem ſolvatur, vel ut uſuræ præſtentur ante moram*, ſunt contra naturam depoſiti: hoc Papin. ait aperte in illo loco: *ſed contra bonam fidem, &c.* Item ſuperiori quo dixit eam legem, ut tantundem ſolvatur, egredi notiſſimos terminos depoſiti: nihil enim aliud eſt, quam eam legem egredi naturam depoſiti. Qua vero ratione ſunt contra naturam depoſiti? quia tacite permittunt uti pecunia, ſi vis me uſuras præſtare, vis ergo, ut mihi liceat uti pecunia, ſi vis ut tantundem ſolvam, non illam quam depoſuiſti, vis me eam conſumere. Permittitur enim tacite, ut uti liceat: hæc ſunt contra naturam depoſiti, *l. pacta, de contrah. empt. l. jure gentium, §. idem reſponſum, de pact.* nec ſunt audiendi, qui differentiam conſtituunt inter ea, quæ ſunt contractus naturalia, & ſubſtantialia: ex natura (inquam) & ſubſtantia, ex ipſomet contractu hoc eſt, ne utatur pecunia, ſive re depoſita, qui accipit, ſed eam ſervet intactam: depoſitum conſiſtit ex cuſtodia, non ex uſu. Quæ lex ſive pactio depoſitæ pecuniæ uſum permittit, aberrat a natura depoſiti. Et hinc ſumpta occaſione dicet aliquis, ſi hæ pactiones ſunt contra naturam depoſiti, ergo non ſervabuntur: & tamen ait Papian. ſervari, quod verbum eſt ex edicto prætoris, *pacta ſervabo*, in *§. de illa, Inſt. de ſociet.* Res explicabitur adhibita diſtinctione hujuſmodi. Pactio dicitur eſſe contra naturam contractus, vel quod palam ſit contra naturam contractus, vel quod tacite dumtaxat: hæc ſervatur, illa non ſervatur. Propterea contra naturam contractus eſt pactio, quæ manifeſte adverſatur contractui: ut puta ſi quid convenerit, quod pugnat omnino cum eo, quod primo contractum eſt, ut ſi poſt contractam ſocietatem, quæ nihil aliud eſt, quam communio lucri & damni, conveniat, ut unus totum lucrum ſentiat alter totum damnum, conventio non valet: quid enim eſt aliud, quam convenire, ne ſit ſocietas? Poteſt etiam exemplum ſumi de precario, *l. precario 9. de precar.* Precarii natura eſt, ſi tu rogas me rem meam precario, ut eam revocem, ego qui precibus tuis locum dedi, cum mihi libuerit, quod commodato dedi, non revoco antequam uſus fueris: nam id tibi utendum dedi: ut ſi equum tibi commodavero Lugdunum uſque, antequam veneris Lugdunum, non poſſum equum revocare; quod datur precario, non ita utendum datur, ſed ut hac liberalitate mea utaris, quandiu mihi libuerit; nec datur proprie utendum, quod precario datur, ſed precibus do tantum locum, non etiam in hoc me aſtringo, ut ne revocem rem precario datam, antequam uſus fueris certæ rei cauſa: denique quod precario datur, non datur palam utendum. Verum finge: contracto precario convenit, ne ante Calendas Julias repeteres: hæc conventio eſt contra naturam precarii: Nam hoc perinde eſt, ac ſi diceres, ne ſit precarium. Item ſi contrahatur feudum, & conveniat, ne fidelitas præſtetur, hoc enim eſt, ne ſit feudum. Item ſi contrahatur mutuum, & mox conveniat, ne pecuniam attingas, nec conſumas, ne ea utaris, non erit mutuum, hæ pactiones ſunt contra naturam contractus, quæ manifeſto ſunt contrariæ ipſi contractui, quæque evertunt palam, quod actum ante. Item in depoſito, ſi convenerit ut pecuniam conſumeres, ut ea abutereris ſi velles: nam depoſitum contrahitur cuſtodiæ cauſa, & hæc ſunt contraria, *cuſtodire* & *conſumere* ſive *abſumere*. Quid fiet, ſi hæ pactiones contractibus ex continenti adjiciantur, ut in ſuperioribus exemplis? duorum alterum accidet, ut vel nullæ ſint pactiones, & habeantur pro non adjectis, nec tamen vitient contractum, ſicut dicitur in *l. 6. §. 1. de pecul. leg.* adjectionem legati, quæ eſt contra naturam legati nihil adjicere, id eſt, pro nulla & non ſcripta haberi, & non vitiare legatum. Exempli gratia, legatum eſt peculium ſervi (peculium intelligitur deducto eo, quod domino debetur) ſubducitur debitum, & æs alienum domini, non poteſt videri in peculio eſſe, ut quod ego debeo, non eſt in bonis meis. Finge tamen legari peculium, & adjici non deducto eo, quod domino debetur. Hæc adjectio eſt contra naturam, contra ſubſtantiam peculii, & ideo nihil adjicit: nec propterea minus fiet ea deductio, aut minus præſtabitur legatum; nec enim vitiatur per adjectionem repugnantem legati naturæ. Simili igitur modo hæ pactiones adjectæ contractibus, quæ manifeſto contractum impugnant, non vitiabunt contractum, ſed vitiabuntur ipſæ, vel etiam aliud continget, ut confeſtim propter pactionem, quæ adjecta eſt contraria contractui ante habito, ſi negotium id ferat, ut res tranſeat in aliud genus contractus, veluti ſi depoſuero apud te pecuniam, & confeſtim convenerit, ut ea uterers, interpretabimur creditum eſſe contractum, non depoſitum, *l. 9. §. ult. l. 10. de reb. credit.* Palam edico, ut pecunia depoſita utaris, non depono, ſed credo. Et ita Accurſius recte in *l. ſeq. §. ult. hoc tit.* diſtinguit, utrum uſus pecuniæ permittatur nominatim, an tacite. Nam ſi nominatim pecunia credita ſit, in ipſo momento videntur contrahentes mutaſſe propoſitum, & depoſitum mutaſſe in creditum. Sed ſi tacite permittatur uſus pecuniæ depoſitæ, non deſinit eſſe depoſitio: & ita in mutuo, ſi convenerit, ut eadem corpora nummorum redderentur, quod videtur alienum a natura mutui, quia mutuum damus recepturi idem genus, non ſpeciem, mutuum eſt quantitatis, non corporis: valet tamen ea pactio, quia non palam tibi interdico uſum pecuniæ, licet legem adjiciam, ut reddas eandem pecuniam, & poſſis uti medio tempore. Idem erit in depoſito, ſi convenerit, ut uſuras præſtes, vel ut tantundem reddas, quia hoc non palam edico, ut ea pecunia utaris, ſed tacite tantum per conſequentiam. Et multa quæ non fiunt rite propalam, fiunt rite per conſequentiam, & tacito intellectu: ſunt hujus rei innumera exempla. Et ſi quis generatim quærat, utrum ſit major vis expreſſi, an taciti, vel

an

an par sit, vel non? debes respondere, ex eo quod sit plerumque, majorem esse vim taciti, quam expressi, hoc est, pleraque tacite procedere, quæ palam non admitterentur. Ergo argumento proposito breviter ita respondendum est; intelligendos casus de pactionibus, quæ nominatim concipiuntur contra naturam contractus, non de iis quæ sunt tacite contra naturam contractus, quales sunt hæ duæ in *hac leg.* ut tantundem reddatur, quantum depositum est, & ut depositi usuræ reddantur.

Ad L. LXXXI. si Soc. pro fil. pro socio.

Si socius pro filia dotem promisit: & prius quam solveret, herede ea relicta decessit, quæ postea cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata est: quæsitum est, an si pro socio ageret, dotis quantitatem præcipere deberet si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur. Dixi pactum non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit: nam si commune hoc pactum fuit; non interesse, quod alter solus filiam habuit. Ceterum, si numeratam dotem pater, defuncta in matrimonio filia, recuperasset, reddi pecuniam societati debuisse: pactum ex æquitate sic nobis interpretantibus. Quod si salva societate, divortio matrimonium solutum foret, cum sua causa dotem reciperari, scilicet, ut ea vel alii marito dari possit, nec si prior maritus facere non posset denuo de societate constituendam dotem: nisi si nominatim ita convenisset. Verum in proposito largiter esse videbatur, dos numerata esset, an vero promissa: nam si filia datam dotem posteaquam patri heres extitit, jure suo recepisset, non esse referendam pecuniam societati, quam mulier habitura fuit, etsi alius heres extitisset: quod si accepto a marito liberata esset, nequaquam imputari posse societati non solutam pecuniam.

SEquitur, ut transeamus ad *l. 81. pro soc.* quæ lex continet plura, & singularia multa: vellem, ne mihi vel aliis illius tenor memoria excideret: nam posset multis rebus accommodari, habetque rationem summam. Sciendum est, mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam redire ad patrem: hoc nemo est, qui nesciat, *l. jure, de jure dot.* Et dotem profectitiam esse, non tantum, si de suo eam dederit pater, sed & si de communi. Verum hoc interest, quod si dederit de suo proprio, dos revertitur ad eum, & remanet apud eum jure perpetuo: mortua enim in matrimonio filia, si dederit dotem de communi pater, rursus eam debet redigere in commune, quod hoc loco ostenditur singulari. Dos profecta de communi a patre recipitur, sed mox refertur in commune, nec retinetur a patre. Divortio autem facto inter virum & uxorem, repetitio dotis est communis patris & filiæ: nec enim pater potest dotem profectitiam repetere invita filia, *l. 2. solut. matr. l. pater filiæ, ad l. Falc.* Et si eam repetierit, ut oportet volente filia, eam ei servare debet, quoad nubat forte alii viro; non potest eam minuere, vel perdere, aut adimere filiæ: nam in patrimonio filiæ esse cœpit, quamvis sit in patris potestate, *l. 24. de collat. & l. 1. §. ult. de collat. dot.* Et finito matrimonio non desinit esse in patrimonio filiæ, ac eadem filia rursus fungi potest repetito matrimonio. Atque hoc est, quod ait Papinian. *dotem a patre recuperari cum sua causa*, ut scilicet, vel alii marito detur, ut eadem dos fungatur pro eadem filia, nec immutatur causa ejus pecuniæ, quia in bonis intelligitur esse filiæ etiam soluto matrimonio, potius quam in bonis patris; filiifamil. habent castrense, vel quasi castrense peculium in proprio patrimonio: filiæf. dotem profectitiam; sed si divortii tempore pater non fuerit in rebus humanis, a quo dos profecta est, repetitio dotis competit soli filiæ, & recipit eam jure suo, ut Florentiæ scriptum est hoc loco. Idem dicam, si divortii tempore mortuus fuit pater, & jure suo, ad differentiam juris hereditarii, quia ponitur in *h. l.* filiam patri heredem extitisse: nam filia non recipit dotem jure hereditario, licet patri heres extiterit, sed jure suo, jure proprio. Et ita idem Papin. in *l. pat. fil. ad*

A *l. Falc.* filiam, quæ heres instituta, & rogata est hereditatem restituere, habituram Falcidiam jure hereditario, dotem autem jure suo. Confert ibi palam jus hereditarium cum jure proprio: & vis differentiæ in eo consistit, quod qui jure suo recipit dotem, eam non refert societati, & refert societ. sicut pater, si eam reciperet jure hereditario, quod post dicemus enucleatius, & apertius. Ad hoc sciendum est, soluto matrimonio maritum teneri de dote reddenda socero vel uxori, vel heredi ejus, non tantum si dotem acceperit, sed etiam, si per eum steterit, quo minus acceperit, & alias teneri in dotem ipsam, hoc est, in quantitatem dotis, quæ deducta vel promissa est, alias in hoc tantum teneri, ut actorem liberet ab obligatione dotis, quod exemplis fiet manifestius. Finge: mulier debitorem suum delegavit marito, ut quod sibi is deberet, marito
B promitteret, idque acceptum maritus haberet in causam dotis: quo genere dos sæpissime constituitur. Si debitor sit a muliere marito delegatus, & id quod debet mulieri marito doti dixerit, vel promiserit, nec maritus eum exegerit, ac deinde defectus sit facultatibus debitor delegatus: divortio facto mulier repetet dotem, perinde ac si eam exegisset; quoniam hoc ei imputatur, cur sibi delegatum debitorem mulieris non urserit ad solutionem, priusquam laberetur facultatibus, *l. si extraneus 33. de jur. dot.* Cur non exegit in tempore? cur fuit segnis? culpanda est segnities mariti, & plectenda redditione dotis, perinde ac si numerata fuisset, & exacta. Sed si socer, qui dotem promisit genero, nec solvit, mortua in matrimonio filia (quo casu dos ad eum redit) agat de dote, quam maritus debuit exigere, nec exegit, vel etiam si uxor, quæ
C dotem promisit, vel quæ debitori a se delegato, & promissori dotis, vel quæ alii debitori dotis heres extitit: aut, si debitor delegatus, qui mulieri heres extitit, soluto matrimonio agat de dote, quam exigere debuit maritus, nec exegit, non consequetur dotis quantitatem: quia sine rubore non potest imputare, aut culpæ vertere viro benignitatem suam, qui eum non urserit ad solutionem; non possum imputare honesto marito, qui me non exegerit, qui mihi pepercerit, qui eram debitor dotis, vel jure proprio, vel jure hereditario: possum ei imputare, quod ab extraneo non exegerit dotem, quod à patre, non item; non possum imputare viro, quod patrem meum non urserit, *d. l. si extraneus.* Ergo si qui sunt debitores dotis, vel jure proprio, vel nomine hereditario soluto matrimonio agant de dote, quam non exegit maritus,
D non consequentur dotem, quia culpa omni vacat, quod non exegit, quod agentibus de dote pepercit, sed hoc tantum consequentur, ut liberentur obligatione dotis per acceptilationem, quæ obligatio sola fuit apud virum dotis loco, non res ipsa, *l. nupta, §. quoties, sol matr. l. promittendo, §. ult. de jur. dot. l. deposui §. 1. de pecul.* Et secundum hanc definitionem juris res proponitur gesta fuisse in hac lege: modo ejus speciem videamus. Species hæc est: duo sunt socii omnium bonorum, primus & secundus. Convenit inter eos, ut unusquisque filiæ suæ dotem constitueret de communi, hoc est, ut dotem quam quisque constitueret pro sua filia, sumeret de arca communi, & utrique imputaret. Commune fuit pactum, communis conventio, alioqui esset iniqua: Nam si ita convenisset, ut primus pro sua filia dotem constitueret
E de communi, non secundus, inæquale esset pactum, *l. 3. C. comm. utriusq. judic.* & contra naturam societatis, nec valeret: sed hoc casu commune fuit pactum, ut quisque filiam suam dotaret de communi, pactum igitur cum sit justum, servandum est. Nec obstat, quod conventionis tempore unus filiam habuerit, alter non: nam potest habere: de pacto igitur, cum sit commune, nulla est dubitatio quin pactum ratum habendum, & servandum sit. Porro unus ex sociis dotem promisit pro filia, nec solvit: communioni igitur eo nomine secundum conventionem nihil abstulit, & priusquam solveret pater, eo mortuo filia heres extitit, pro qua dotem promiserat, atque ita filia cœpit debere dotem marito, quam debuit pater, jure hereditario, nec solvit, non coegit

eum

eum maritus ad solutionem. Postea divortio facto solutum est matrimonium, & mulier agit de exigenda dote, hoc est, quam exigere debuit maritus, ut eam sibi reddat, quid consequetur? Non consequetur dotis quantitatem, quam ipsa debet marito, sed liberationem obligationis tantum. Satis enim esse diximus acceptilatione eam liberari, quia non possit argui maritus vel culpari, si ei pepercerit, si eam non præcipitavit ad solutionem, *d. l. si extraneus.* Deinde filia accepto liberata, ut diximus, agit pro socio rationum reddendarum causa, cum eo qui fuit socius patris, nunc desinit esse: nam mors solvit omnem societatem, nedum conjugalem: quæritur in judicio pro socio, an possit filia deducere quasi præcipuo jure, an possit percipere quasi præcipuam, *au preallable* dotis quantitatem, hac ratione, quia inter socios placuerit dotes constitui de communi filiabus? Hæc ratio non est idonea, nec ad eam attendit Papin. noster, qui respondet, non posse eam dotem percipere de communi: & fortis est ratio, qua potuit moveri Papin. quia pater eam dotem promisit tantum, non constituit, quo verbo usi erant socii in paciscendo, ut unusquisque pro filia dotem constitueret de communi: pater, inquam, promisit tantum, non constituit, & constitui non potest dirempto matrimonio. Dos quomodo constituitur? traditione, solutione, numeratione. Breviter, re, non verbis, non promissione, quod & vox ipsa demonstrat, *l. 5. sol. matr. l. dotale §. dotale, de fund. dot.* de communi igitur non auferet filia, quod non abstulit pater. Et hoc est, quod definit *in fin. l.* Si, inquit, filia sit acceptilatione liberata a marito, cum pater dotem promisisset, non numerasset, non posse eam imputare societati dotem promissam tantum, non numeratam. Quod ita Cyrillus: *εἰ δὲ μόνον ἐν ἐπερωτήσει ἦν ἡ προὶξ, οὐδὲν ἀπαιτεῖται ἡ θυγάτηρ τὸν κοινωνὸν λυθέντος τοῦ γάμου. Si*, inquit, *dos promissa sit tantum, non numerata, nihil filia petere potest a socio soluto matrimonio.* Diximus de dote promissa a patre, de cujus repetitione si agat filia heres, consequitur tantum liberationem obligationis, non pecuniam. Nunc dicamus de dote genero data a patre de communi. Et hoc casu distinguit Papin. acutissime. Est quod admiremur ejus ingenium: hoc loco ait Papin. aut morte solutum est matrimonium, aut divortio. Si morte filiæ, dos redit ad patrem, sed necesse est, eam redigere in commune, unde profecta est: & ait Papin. se ita interpretari pactum ex æquitate, ne dos remaneat apud patrem quasi propria, quæ pro filia amplius fungi non potest, cum sit mortua. Jureconsultus est interpres æquitatis: hanc ipse excogitavit Papin. sicut & alia pleraque. Valde enim auxit jus nostrum. Sin autem divortio solutum sit matrimonium, subdistinguit: nam videndum est, utrum divortium factum sit vivo patre, an mortuo patre. Si vivo patre, id est, manente societate, dotem repetit pater adjuncta persona filiæ, refert in commune, cum sua causa tamen, ut scilicet, pro eadem filia alii marito dari possit, & iterum subduci de communi. Verum finge: pater nihil potuit recipere a priore marito propter inopiam ejus, an poterit iterum dotem reficere de communi suæ filiæ? minime, quia de una tantum dote constituenda actum est, non de duabus: quod si ita actum esset, obtineret, sed ita actum non est. Dos igitur illa perit societati, & patri & filiæ, propter egestatem mariti, nec refici potest ex communi: sed si mortuo patre factum sit divortium, hoc est, finita societate, filia dotem repetit, nec eam referet societati, sive heres sit instituta, sive exheredata: nam exheredatio non aufert dotem profectitiam; repetet igitur, nec referet societati, quia non repetit eam jure hereditario, quasi ex persona patris, quia si eam jure hereditario reciperet, referret societati, sed recipit eam jure suo, quia scilicet factum est proprium patrimonium filiæ, ut diximus ab initio.

Ad L. cum filiofam. XI. de Leg. I.

Cum filiofamilias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fideicommitti patri vel domino potest; ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis per quos commodum hereditatis, vel legati patri dominove quæritur, fideicommissum relinquitur. Denique Julianus non subtili ratione motus, patrem, cujus filius heres institutus est, extero quidem habita ratione l. Falcidiæ restituere hereditatem respondit: quoniam ex persona filii teneretur: ipsi vero filio, non admissa Falcidia: quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset; ac pater non ut heres, sed ut pater rogari videtur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se pervenit ex legato vel hereditate filio relictis, restituere, isque vivo patre decedat, omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.

AD hanc l. Doctores multum pulverem movent; dum ignoratione juris antiqui nesciunt, quid sibi velit pars ult. ejus l. scribunt in eam, chartarum non est satis: si differunt, nullus est de eo differendi modus. Est tamen res nullius momenti. Exordium sumit Papinian. a reg. jur. quæ est hujusmodi; *patri vel domino heredis instituti, aut legatarii fideicommitti posse*, id est, *patrem vel dominum ejus, qui heres est scriptus, vel cui legatum est relictum, posse rogari, ut faciat aliquid, vel det aliquid alteri: non heredem tantum, vel legatarium onerari posse fideicommisso, sed & patrem vel dominum.* Et recte ait, *fideicommitti*, secundum jus vetus; nam a patre vel domino heredis non potuit legari, at fideicommitti potuit, quod ostendit Ulpian. in fragm. tit. de legatis. Æquiora sunt jura fideicommissorum; consistunt enim in nuda voluntate heredis, nec tam reguntur jure, quam sola voluntate: legata præter voluntatem etiam jus exigunt, id est, solemnitatem & regulas juris, observationes juris: & inde pendent tot differentiæ inter legata & fideicommissa. Et eodem modo in *l. 4. de leg. 3. a patre*, inquit, *vel domino heredis instituti fideicommissum relictum*, bene: nam legatum non potuit relinqui. Hæc autem regula, ut possit fideicommitti patri vel domino heredis instituti, aut legatarii, ita vera est, si domino certo fideicommittatur, & præsenti sive ei, qui nunc, qui eo tempore, quo fideicommissum relinquitur, est dominus heredis instituti, vel legatarii. Huic fideicommitti potest, quia scilicet testator tacite videtur ei dare hereditatem, quam dat servo ejus, per quem adeuntem jussu ejus, non ignorat hereditatem confestim adquisitam iri. Cui testator, vel tacito judicio dat aliquid, eum etiam fideicommisso onerare potest: ab eo autem, qui non est dominus heredis instituti, vel legatarii fideicommissum relinqui sub conditione, si fiat dominus servi heredis instituti aut legato honorati, fideicommissum relinquitur inutiliter, quia incertum est, an sit futurus dominus; quod pendet ex casu fortunæ, quæ futura sunt non sunt certa, sed fortuita: a domino certo possum fideicommissum relinquere: ab incerto, & quandoque forte fortuna futuro vel non futuro fideicomm. relinqui non potest; quia etsi postea fiat dominus servi hered. instituti, & jussu ejus servus adeat, non videtur hereditas obvenisse certo, principalique judicio defuncti, sed fortuito, non beneficio testatoris, sed fortunæ. Infirmum enim fuit & incertum judicium defuncti, quod contulit in casum arbitriumque fortunæ: denique huic facto domino postea nihil videtur dedisse defunctus. Ergo nec fideicommissum ab eo valet, cui nihil dederis: quem non honoraveris, eum onerare non potes. Et hæc est sententia *l. 6. §. ult. de leg. 3.* Ergo hæc regula, quæ proponitur initio h. l. ita vera est, si sit præsens certusque dominus heredis servi instituti vel legatarii; nam ab eo relictum fideicommissum valet non minus, quam si relinqueretur ab ipso herede instituto. Et notandum ad hæc, a patre, vel domino heredis instituti vel legatarii, cui omne emolumentum adquiritur jure, posse fideicommissum relinqui, non tantum extraneo, sed & ipsi filio, vel servo heredi instituto. Filius aut servus institutus est: huic filio utiliter relinquo fideicommissum a patre ejus, ut si pater

roge-

rogetur restituere hereditatem, quam est adquisiturus per filium, eidem filio post mortem suam, vel si rogetur restituere cum emancipatus fuerit filius. Idem erit, si rogetur servum manumittere: utilia sunt fideicomm. *l. quæsitum* 91. §. *cum servus, de leg.* 1. *l. quidam*, §. *si filio, ad Trebell. l.* 5. §. *si servum, de his quæ ut indig. l. quærimus, C. de fideicomm.* Sed pergamus: multum tamen interest, utrum a patre vel domino heredis instituti fideicommissum relinquatur extraneo, an ipsi filio, aut servo: nam si extraneo, ei pater obligatur nomine fideicommissi ex persona filii ut heres, quia sustinet vicem heredis, id est, filii: & filiusfam. si esset paterfamil. teneretur fideicommissario, quod relictum a patre, relictum a se intelligatur. Ergo, extraneo tenetur pater ex persona filii ut heres: filio autem si sit rogatus præstare fideicommiss. tenetur ex sua persona, non ex persona filii, quia & filius si esset paterfamil. non teneretur sibi ipsi: nemo obligatur sibi ipsi, ex persona mea mihi deberi non potest, alii potest. Ergo si ipsi filio a patre sit fideicommiss. relictum, pater non tenetur ut heres, hoc est, non tenetur ut filius, sed tenetur ut pater, ut quilibet ad quem morte testatoris aliquid pervenit: nam regulare est, fideicommissum posse relinqui non tantum ab herede, sed etiam ab omnibus iis, ad quos morte testatoris aliquid pervenit, velut a legatario, fideicommiss. donatario causa mortis, a marito, qui lucrum dotale ex causa mortis fert *l.* 1. §. *scientium, & seq. de leg.* 3. Ex eo sequitur res magni momenti, ut si priori quidem casu pater instituti heredis, aut legatarii rogatus sit præstare fideicommissum, ut possit detrahere Falcidiam, si interveniat: sed si sit relictum filio, hoc est, si rogatus sit filio post mortem suam restituere hereditatem, quæ ei per filium obvenit, non potest deducere Falcidiam, sed restituere totam sine diminutione, quia beneficio legis Falcidiæ utitur tantum heres, aut veluti heres, *l. mulier* 22. §. *ult. ad Trebell.* Et filio non præstat fideicommissum ut heres, ergo non utitur Falcidia; extraneo præstat fideicommissum ut heres, ergo recte utitur Falcidiæ beneficio. Falcidia, inquam, utitur tantum heres, vel quasi heres. Exempli gratia, bonorum possessor utitur Falcidia, quoniam est veluti heres. Item pater, qui filiofamil. militi successit ab intestato in castrensi peculio, si ab intestato miles filiusfamil. reliquerit multa fideicommissa, ex eis deducit Falcid. *l. filiusfamil.* 18. *ad leg. Falcid.* quia est veluti heres filii sui: heres certe non est absolute, quandoquidem bona castrensia redierunt ad patrem non quasi hereditas, sed quasi peculium, *l.* 1. & 2. *de cast. pec.* Item Falcidia utitur pater heredis, qui rogatus est restituere hereditatem extraneo, ut ostenditur hac *l. & l. Nesennius* 22. §. *servo, ad leg. Falcid.* quia est veluti heres. Et fideicommissum præstat ex persona filii scripti heredis. Quæro, an legatarius oneratus fideicommisso detrahet Falcidiam? minime, quia neque est heres, neque veluti heres, etiamsi sit partiarius, *d. l. mulier*, §. *ult.* Legatarius igitur non utitur Falcidia ex sua persona, sed ex persona heredis, hoc est, si ipse passus sit Falcidiam. Et rescissionem legati sui in fideicommissario, cui est rogatus præstare aliquid, reputabit pro rata, *l. pœnales*, §. *si Titio, ad leg. Falcid.* Idemque statuendum est de fideicomm. speciali. Quæro fideicommissarius generalis, an detrahet Falcidiam? Finge: heres scriptus rogatus restituere hereditatem primo, primus secundo, an primus secundo detrahet Falcidiam? minime, quia ea jam antea usus heres scriptus, aut uti potuit. Falcidia non iteratur, semel tantum in eadem hereditate deducitur Falcidia, *l. si patrem* 55. §. *qui fideicomm. l.* 1. §. *denique, & seq. ad Trebell. l. lex Falcid.* §. *ult. ad l. Falcid. l. coheredi*, §. *quod si hered. de vulg. substit.* Excipiuntur casus quidam; si ideo heres non detraxerit Falcidiam, ut detraheret fideicommissarius prior, dum ei vult donare Falcidiam, non posteriori fideicomm. *l.* 1. §. *inde Neratius, ad Trebell.* Excipitur etiam hic casus, si fideicommissarius conveniatur a legatariis ex persona heredis, quia onus legatorum relictorum ab herede transit in fideicommissarium, cui est restituta hereditas: & ita si conveniatur ex persona heredis, utetur etiam Falcidia, qua heres uti potuisset, *l. Marcellus*, §. 1. *ad Trebell.* Non utetur etiam Falcidia pater filii heredis instituti, qui rogatus est restituere ipsi filio hereditatem, sed restituet solidam hereditatem filio, quia neque est heres, neque veluti heres, hoc est, non debet fideicommissum filio ut filius, ergo nec ut heres: sed ut pater, quod hac lege ostenditur. Nec obstat *l.* 1. §. *si filio, ad Trebel.* si pater filii instituti rogatus sit filio restituere hereditatem, locus est Senatusc. Trebell. Fateor, locum esse Senatusc. Trebell. sed non legi Falcidiæ, hoc est, a patre restituta hereditate, hæ actiones transeunt in filium ex Trebelliano; verum ipse pater non detrahit Falcidiam. Nec obstat lex *jubemus*, §. 1. *C. ad Trebell.* pater rogatus est restituere filio, deducit Falcidiam. Resp. pater heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem: sed pater heredis instituti rogatus eidem restituere, non detrahit Falcid. quia non est heres, neque vice heredis, quæ heredibus tantum permittitur, aut veluti heredibus, sive iis, qui explent voluntatem testatoris, velut heredes vel heredum loco, ex persona heredum. Et hoc est, quod ait Papin. in hac l. videamus tamen antequam ad posteriorem, l. deveniamus, filio herede instituto, uter sit heres, filius an pater. Idem quæritur de servo herede instituto, uter servus, an dominus sit heres? Res est expeditu facillima. Dicam enim dominum non esse heredem; sed velut heredem: quod ex superioribus liquet: vel dicam, dominum non esse heredem suo nomine, non directo, non principaliter, sed per suum, & patrem per filium, per intermediam personam, *l.* 2. *de petit. hered. l.* 9. §. *illud, de interrog. in jure fac. l. qui liber*, §. *ult. de vulg. substit.* Vel dicam, dominum non esse heredem ἁπλῶς, sed κατά τι quod rem habeat, id est, hereditatem. Heres est, qui scriptus, vel nuncupatus est, cui honos habitus est, qui honoratus est nomine heredis. Institutio est honos, *l. si filium*, §. *sed & si, l.* 3. §. *hoc autem, de leg. præst.* non exigimus, ut habeat rem, sed ut nomen: nam & qui se abstinuit hereditate, heres est, & qui restituit hereditatem ex Trebell. heres est. Heres est, scil. sine re, qui adivit aut miscuit: nec qui restituit heres est cum re sc. heres igitur alias sine re, alias cum re, ut Ambros. dicit in Epist. & ex jure nostro in *l. filius, ff. de inoff. test. & Ulp. in fragm.* Et qui successit loco ejus, qui se abstinuit, non est heres, nec usurpat nomen heredis, sed est bonorum possessor, & fideicomm. cui est restituta hereditas, non est heres, nec dicitur heres, sed fideicom. Trebell. Denique heres est, qui nomen & titulum heredis habet, tametsi rem ipsam non habeat, sed alius: dominus non habet nomen heredis: ergo non est heres, licet rem obtineat, quia res non facit heredem, sed nomen. Et ita *l. qui hered. de cond. & demonst.* qui jussus est dare heredi, si servus sit heres, non satisfacit voluntati defuncti, si domino dederit, *l.* 3. *l. qui liber*, §. *ult. de vulg. subst.* His verbis substitutionis: *Qui mihi heres erit, sit etiam filio meo impuberi*: non comprehenditur dominus, vel pater factus heres per servum, aut filium, *l.* 3. §. *hoc autem, de leg. præst.* Rescisso testamento per bonor. posses. contra tab. corruunt omnia, sed legata servantur liberis tantum & parentibus relicta: an etiam, quæ sunt relicta servis eorum? Minime: nam non quærimus, cui adquirantur, sed cui honos habitus sit: & levia sunt, quæ in contrarium objiciuntur, eaque paucis expediam. Objiciunt in contrarium, ut efficiant dominum esse verum heredem, §. *item nobis, Instit. per quas pers. nobis adq.* Adquiritur patri vel domino hereditas perinde atque si heres institutus esset. Ergo heres est. Resp. non dicit, eum esse heredem perinde atque si institutus esset, sed dicit ei adquiri, quod non nego. Item objiciunt, quod diximus ante ex hac l. patrem uti Falcidia rogatum extraneo restituere hereditatem: si utitur Falcidia heres est: nam uti Falcidia solius est heredis. Resp. uti eum Falcidia ex persona filii. Objiciunt *l. placet* 79. *de adq. hered.* filio instituto & adeunte jussu patris confestim hereditas adquiritur patri, & ne momentum quidem, inquit lex, intelligitur remansisse

apud

apud filium, quoniam confestim adquiritur patri. Resp. non ex eo sequitur, patrem esse heredem: adquirit rem, ergo heres est, vitiosa est collectio. Filius patri adquirit rem, sed non nomen heredis, quod notandum. Posset magis vos movere *lex* 12. §. *si usus, de usu & habit.* Finge: usus ædium est legatus filiofam. adquiritur patri: pater autem utetur ædibus cum uxore, & cum liberis, & cum servis omnib. an etiam filius, cui legatus est usus ædium potest habitare cum liberis & uxore? Minime. Ergo pater videtur esse usuarius, non filius; consimiliter pater videtur esse heres, non filius. Resp. hoc ita fieri, ut pater solus habitet cum suis, non etiam filius cum suis, quod patri sit adquisitum omne emolumentum; usus abiit a filio, & resedit nudum nomen usuarii: unde sic statuo. Usuarius est, cui relictus est usus, non cui adquisitus: & simili modo heres, cui relicta est hereditas, non cui adquisita, quanquam etiam possit dici heres, sed non ἁπλῶς. Repetamus paucis quæ didicimus ex *l.* 11. *de leg.* 1. Regula est juris, qua constituitur, a patre vel domino, qui hereditatem vel legatum adquisivit per filiumf. vel per servum jure potestatis fideicommissum relinqui posse. Regula concepta est de fideicommisso. In hac *l.* 11. & in *l.* 4. *de leg.* 3. & in *l. si alienus, de leg.* 2. quia ante constitutionem Justin. de exæquatione legati, & fideicomm. recte a patre vel domino relinqui legatum non potuit, fideicomm. potuit, ut Ulpianus docet in fragm. *de fideicomm.* Et vera est regula, sive pater aut dominus rogetur præstare fideicomm. extraneo, sive filio ipsius, aut servo suo sub conditione, scil. cum erit sui juris, vel post mortem suam, id est, cum mortuus fuerit pater vel dominus. Utile ergo est fideicomm. relictum a patre vel domino heredis instituti, aut legatarii, sive relictum sit ipsi filiofam. vel servo, vel extraneo: sed hoc interest inter filium & extraneum, quod si extraneo relinquatur fideicommiss. vires accipit ex persona filii: si autem relinquatur filio fideicommissum, vires accipit ex persona patris: vel aliter: fideicommissum debet pater extraneo ut heres: filio ut pater, & ut alius quilibet, ad quem morte alterius commodum aliquod pervenit. Hæc omnia sunt certissima. Nam satis perspicuum est filio non posse deberi fideicommissum ex persona filii: nemo enim sibi ipsi debere potest, nec obligatus esse potest: denique pater filio fideicommissum non debet, ut heres, id est, ut filius, ut vicem gerens filii, sed debet fideicommissum filio ut pater, ut persona, quæ fideicomm. onerari potest. Ex iis, quæ diximus esse certissima, duo Papinian. definit. Unum est, patrem rogatum restituire extraneo, in eo fideicommisso exercere Falcidiam, quia id debet ut heres, *l. Nesenn.* §. *servo, ad leg. Falcid.* & lex Falcidia lata est heredis gratia, *l.* 71. *eod. tit.* ne hereditatem repudiaret, ne destitueretur testamentum, non etiam alterius personæ gratia, ad quam commodum aliquod pervenisset ex bonis defuncti: beneficium legis Falcidiæ datum est heredibus: sed si filio pater rogatus sit restituere fideicomm. non exercebit Falcid. quia id non debet ut heres, sed ut pater, ut quilibet: Falcidia autem non utitur quilibet, sed heres tantum. Est elegans quod ait *d. l.* 71. legem Falcid. esse latam heredis gratia, propter φιληροεξίω heredis tantum, ne respueret hereditatem defuncti: & hoc primum quod dixi efficere Papinianum ex superioribus, latius exposuimus supra. Restat ut tractemus de altero. Positis superioribus principiis duo Papin. efficit. Unum exposuimus, alterum proponitur in ultima parte h. l. his verbis, *quod si pater, &c.* hanc partem explicant male qui aspernantur juris antiqui cognitionem, ex quo petenda hujus partis interpretatio. Interpretes multum dissimiles ab Aristone, quem Plinius scribit *sic jura publica tanquam privata, sic antiqua tanquam nova, sic rara ut assidua tractasse:* nec erit unquam fidus interpres juris, nisi qui & antiquum, novum & medium jus, bene cognoverit. Ergo imitemur Aristonem, & nullius juris cognitionem negligamus. In quo doctores nostri versati errare malunt quam veritatem cognoscere. Nec existiment nihil ex jure antiquo residere in Pandectis: resident enim innumera, quæ si nolis agnoscere, necesse est hæreas semper in luto: nec existi-

A memus ea, quæ sunt scripta in Pandectis omnino congruere cum novissimis constitutionibus Cod. hoc enim est manifeste falsum. Ne existimemus hoc Justinianum ipsum voluisse, cum jubet in præfatione *ff. de vet. jure enucl.* ea quæ sunt scripta in his libris, ita accipi tanquam ab ipso Justiniano scripta, non tanquam scripta a Papin. vel aliis auctoribus. Dicemus igitur superfluas, esse inscriptiones auctorum? quod scimus, quodque cernimus, neque licebit nobis scire neque cernere? Justin. scribere, nihil esse dissonum, nihil simile in D. vel Cod. cum tamen multa sint non similia tantum, sed eadem, & iisdem verbis repetita: multa sint quoque dissona atque contraria: nihil est hac opinione pernitiosius. Et quod Justin. ait, nihil esse contrarium, nihil dissimile, & congruere inter se omnia ex quibus constat Codex & Digesta, id est,
B commendatio operis potius, quam affirmatio vera & demonstratio ejus, quod conatus est, quod satis egit, non etiam peregit. Pleraque scribuntur a nobis aut dicuntur, non quod vera sint, sed dicuntur ostentationis gratia, vel demonstrandi conatus nostri. Ita est iis respondendum: neque ad summum perveniet, qui fuerit juris veteris contemptor, quique non cognoverit restare in D. multa vestigia duarum familiarum invicem diffidentium Sabinianorum & Proculianorum. Exponenda igitur nobis ultima pars hujus legis ex jure antiquo. Finge: patri per filium adquisita est hereditas vel legatum, & fuit rogatus pater, ut filio restitueret eam hereditatem vel legatum post mortem suam, vel cum morietur. Denique a. patre fuit relictum fideicommissum filio, ita ut filius repeteret post mor-
C tem patris: fideicommissum inquam hereditatis aut legati sibi adquisiti per filium; defecit conditio fideicomm. quoniam mortuus est filius vivo patre, & fuerat relictum fideicomm. filio post mortem patris, atque adeo sub conditione, si superviveret patri, non præmoreretur. Quæritur an fideicomm. remaneat apud patrem, quod defecit conditio præmortuo filio? & omnimodo ait, remansurum esse: nec rationem dubitandi explicat: decidendi tamen hanc rationem subjicit, remansurum fideicommissum apud patrem, quia id debuit ut pater, non ut heres. Supplenda igitur a nobis est ratio dubitandi, quæ proculdubio hæc fuit, quia videbatur fideicomm. recidisse in fiscum post mortem testatoris mortuo filio, cui fideicomm. erat relictum ante patrem. Nam caduca sunt, quæ deficiunt post mortem testatoris, ut si legatarius
D aut fideicommiss. conditione fideicommissi deficiatur post mortem testatoris: filius hic defectus est conditione fideicommissi post mortem testatoris vivo patre, qui rogatus est: ergo est caducum. In causam autem caduci rediguntur in fiscum etiam, quæ deficiunt vivo testatore post testamentum. Hæc quæ sunt caduca, vel in causa caduci ab initio sunt utilia, sed deficiunt postea. Alia sunt quæ relinquuntur testamentis, quæ ab initio sunt inutilia, quæ dicuntur esse pro non scriptis. At Papinian. ait fideicommissum, quod defecit præmoriente filio, cui relictum erat, non fieri caducum, sed remanere apud patrem, quia onus caduci irrogatur soli heredi; leges caducariæ, id est, Julia & Papia invident lucrum heredi, non aliis personis, heredem solum incessunt. Pater autem hoc fideicommiss. non debet ut heres, sed ut pater, ut
E quilibet, & fideicommiss. vires capit ex persona patris: ergo non subjicitur legibus caducariis, quæ heredem solum insequuntur. Et recte ponit exemplum in patre rogato restituere filiofam. nam secus erit si rogetur pater restituere extraneo, & moriatur extraneus vivo patre, & ita deficiat fideicomm. nam hoc casu fiet caducum, nec remanebit apud patrem, quia id debuit ut heres, non ut persona quælibet, & heredi soli objicitur fiscus non personæ cuilibet. Quam quidem distinctionem inter extraneum & filium volumus tantum aptari ad fideicomm. hereditatis. Si pater rogetur restituere hereditatem filio, præmortuo filio, non fit caduca hereditas: si rogetur restituere extraneo, præmortuo illo fit caduca hereditas. Separemus igitur extraneum a filio si sit fidei-

comm.

comm. hereditatis: non separemus extraneum a filio, si sit fideicomm. legati, si legatum quod adquisivit per filium rogetur restituere. Nihil enim interest utrum rogetur restituere extraneo, vel filio. Nam præmortuo extraneo, vel filio non fit caducum fideicomm. sed retinetur a patre eadem ratione, quia onus caduci irrogatur heredi soli: pater vero hoc casu fideicomm. rei legatæ filio ut pater, extraneo autem id debet ut legatarius, neutri ut heres: non est igitur cur debeat patri onus caduci, excludet igitur fiscum. Quod confirmatur etiam hac ratione, quandoque heres præfertur fisco etiamsi legatum deficiat mortuo, aut vivo testatore. Est duplex jus, antiquum & novum. Antiquum appellatur quod obtinuit ante legem Jul. & Pap. ante leges caducarias, quo non invitabatur fiscus, sed quæ deficiebant legata vivo vel mortuo testatore, apud heredem remanebant. Hoc jus antiquum hodie post leges novas reservatum est liberis & parentibus defuncti heredibus institutis, *l. 1. §. & cum, de cad. toll. l. Celsus in fin. de leg. 2. Ulpianus in fragment.* nam liberi & parentes deficiente legato post testamentum, vel mortuo testatore præferuntur fisco, neque adversus eos habent locum ll. novæ *l. ult. de reg. Caton.* Finge igitur, heredem esse ex liberis vel parentibus, ab herede legatum Titio, Titium rogatum restituere Cajo, mori Cajum vivo Titio, an legatum remanebit apud legatarium: an vero cedet lucro heredis? Et constat legatarium præferri heredi habenti jus antiquum, *l. pater §. fideicomm. de leg. 3. l. Julianus 60. de leg. 2.* Inde sic colligo. Legatarius excludit heredem, qui jus antiquum habet, ergo excludet etiam fiscum: si heredem excludit, & fiscum excludit: nam ea tantum fiscus vendicat, quæ apud heredem erant remansura, hoc est remansurum apud legatarium, non apud heredem. Qui igitur vincit heredem, & fiscum vincit. Duo sunt casus, quibus legatarius in proposito casu non præfertur heredi, id est, quibus fideicommiss. relictum a legatario si deficiat, cedit heredi, non legatario. Unus est, si testator legatarium elegerit, ut dispensatorem legatorum: nam hoc casu fideicommissum ab eo relictum quod defecit, non remanet apud eum, sed redit ad heredem, qui jus antiquum habet, vel ad fiscum, si heres utatur jure novo. Alter est, si legatarius moram fecerit in præstando fideicommisso, quod licet colligere ex *d. l. pater §. fideicomm.* Finge, a legatario reliquit fideicommissum collegio cujusdam templi: is moram fecit in præstando fideicomm. cum jam nata esset actio collegio, & interea dissolutum est collegium auctoritate principis: quæritur an fideicommissum remaneat apud legatarium? non, quia fuit in mora, quia conveniri potuit ab actoribus collegii fideicomm. nomine: an pertinebit igitur ad heredem? Minime, sed ad eum, cui bona ejus collegii princeps adjudicaverit: quod ita observatum fuit in Gallia in dissolutione collegii Templariorum. Et hæc dicuntur de his, quæ possunt cadere in fiscum, id est, quæ deficiunt post testamentum vel mortem testatoris, quæ dicuntur esse caduca: nam ea quæ ab initio sunt inutilia, proculdubio remanent apud heredem omni jure. Concludamus igitur in hac quæstione, non idem juris esse in hereditate, quod in legato. In hereditate commissa fidei patris, separari extraneum, cui fideicomm. est relictum a filio: in legato nullam esse inter eas personas separationem: & ideo patrem omnino retenturum, id est, non tantum legatum, sed etiam hereditatem: omnimodo, id est, quodcunque per filium consequutus est, sive sit legatum, sive sit hereditas: & ita in *l. si mihi 59. de leg. 2.* omnino, id est, in totum; *τὸ πᾶν ὁ πατὴρ παρακρατεῖ*, id est, sine ulla diminutione accipit, quia debet fideicommissum ut pater: nam si debet ut heres, subjicitur caducariis.

Ad L. si debitori XXXXVII. de fidejussor.

Si debitori deportatio irrogata est: non posse pro eo fidejussorem accipi scribit Julianus: quasi tota obligatio contra eum extincta sit.

§. 1. Si filius in causa peculiari ita fidejussorem acceperit, quantam pecuniam tradidero fide tua esse jubes: & emancipatus credat, patri quidem si non est reus obligatus, non

A *tenebitur, filio vero humanitatis intuitu obnoxius esse debet?*

IN hac l. duæ quæstiones definiuntur: una est de fidejussore, qui pro debitore deportato intercessit, ex causa præcedente deportationem, an teneatur. Altera est de fidejussore adhibito futuræ obligationi quem filiusfam. accepit, si post emancipetur filius, & tunc ea obligatio nasci incipiat, utri teneatur patri an filio. Quod ad priorem quæstionem attinet, deportatio est exilium, quo damnatus ad peregrinitatem redigitur, id est, quo ex cive fit peregrinus, & exlex: nec enim deportatus utitur legibus aut jure civium, sed utitur liberorum hominum jure, id est, jure gentium. Igitur deportatio est media capitis deminutio, non maxima, quia libertatem non adimit, ea quæ juris gentium sunt non adimit. B Civitatem adimit & bona, sola nuncupatione deportationis auferuntur bona: neque enim necesse est hæc adimi nominatim: nam satis est, si ita judex reum condemnet; Illum deportari in insulam illam placet: & eleganter in *l. ult. in fin. C. de sent. pass.* dicitur, ipsum per se nomen deportationis bonorum omnium spoliationem esse, una cum civitate, cumque iis omnibus, quæ manant ex jure civili, quæ nobis, qui cives sumus, competunt: hoc convenit cum *l. deportatorum, C. de pœn.* quæ constituit differentiam inter relegatum & deportatum: quod relegato in insulam non adimuntur bona, nihil adimitur, nisi sit expressum specialiter in condemnatione, & omnia bona nunquam, sed plerunque pars quædam ei nominatim adimitur, deportato omnia adimuntur tacito jure, tacito intellectu: hæc est vis verbi. Plerique existimant nostros C auctores promiscue abuti iis verbis deportandi & relegandi: quod fieri non potest, quandoquidem deportationis verbum multa secum trahit: & sicuti judices in foro religiose distinguunt unum ab alio per consequentias: sic & auctores nostri semper; & recte etiam in *l. tutelas in fi. de cap. min.* Deportatum amissis bonis & civitate relicta nudum exulare. Hæc sunt propria deportationis. Relegatus dicitur improprie exul, vel quia neque libertatem, neque civitatem amittit, nec familiam mutat; relegatio non est capitis deminutio, sicut nec damnatio ad tempus ad opus publicum. Errant plerique qui dicunt illam esse capitis deminutionem. Nam integerrimus est status relegati: ergo bona adimuntur deportato una cum civitate: cui vero cedunt ea bona? rediguntur in fiscum: fiscus est veluti successor deportati cum oneribus: (quod no- D tandum) adversus fiscum quasi adversus successorem creditores deportati agunt, & vicissim fiscus quasi successor agit contra debitores deportati, *l. 5. C. de bon. prosc. l. 3. l. 5. C. de sent. pass.* Ipse autem deportatus liberatur. Deportatio liberat ab omni obligatione, *l. 2. l. tutelas, §. ult. de cap. min.* nam omnis liberatio refertur ad instar legitimæ liberationis, veluti solutionis, acceptilationis, novationis: deportatus liberatur veluti morte; deportatio quasi mors est. Intereunt homines non morte tantum, sed etiam maxima aut media capitis deminutione. Imo nonnunquam sine capitis deminutione intereunt, proscriptione scilicet, relegatione, vel publicatione bonorum, quæ contingit sine capitis deminutione; nam possunt (*) bona publicari sine capitis deminutione, si quis relegetur in insulam, & specialiter ei adimatur magna pars bonorum, E ac redigatur in fiscum, pro ea parte bonorum relegatus liberatur, quasi videatur pro ea parte fiscum habere successorem, & semivivus esse: pro ea parte, quæ publicata est, pro mortuo habetur, pro ea parte quam retinet, non videtur mortuus: atque ita quodammodo partim successorem habet, partim non habet, *l. 1. C. de fidejus. l. 2. C. ad leg. Jul. de vi.* ubi eleganter ait, successorem pro oneribus portionis suæ respondere: fiscum igitur respondere pro parte bonorum relegati, quæ ei adempta est, pro reliqua parte respondere ipsum relegatum. Ergo non deportatio tantum quasi mors est, mortis effectus habet, sed etiam relegatio, cui juncta est publicatio partis

---

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 15.*

bonorum : atque ideo quæritur cur deportatus pro mortuo habeatur : an quia inſula circumſcribitur ? an quia ſit peregrinus ? minime , ſed quia bona adimuntur . Quæro nunc deportatione liberato debitore , an etiam fidejuſſor ejus liberatur quem dederat , antequam deportaretur ? Id quæritur non abs re . Nam plerumque liberato reo liberatur etiam fidejuſſor : propterea quod fidejuſſor habet regreſſum adverſus debitorem , ſi ſolvere compellatur , atque ideo non plene liberatur reus , niſi fidejuſſor ejus liberetur : ſed hoc tamen non evenit ſemper , quia interdum liberato principali non liberatur fidejuſſor , etiamſi ſit ei regreſſus adverſus reum principalem . Poſſit enim non eſſe regreſſus propter inopiam debitoris : exempli gratia , reus liberatur ceſſione bonorum ex lege Julia , an & fidejuſſor ? minime , §. *ult. Inſtit. de replic.* Rurſus liberatur debitor deportatione , vel publicatione bonorum : ſed non etiam fidejuſſor ejus , ne fiat contra mentem contrahentium . Cur datur fidejuſſor ? cur accipitur ? quid reſpiciunt , qui fidejuſſorem dant , ſive accipiunt ? nempe hoc , nec aliud quidquam , quam ut ſi forte debitor labatur facultatibus , ſuum conſequantur a fidejuſſore . Ergo per omnia lapſu facultatum liberato debitore , non utique liberatur fidejuſſor : imo magis obligatur , ſi obligatio poſſit accipere incrementum , id eſt , tum maxime neceſſe eſt experiri cum fidejuſſore everſa re debitoris : quod confirmat *l. 1. C. de fidejuſ.* ſed fidejuſſor ſi ſolverit , habebit regreſſum adverſus fiſcum , qui occupavit bona , quaſi adverſus ſucceſſorem debitoris . Idem confirmat *l. defenſor. C. de excep.* quæ ait , defenſiones competentes reo principali , competere etiam fidejuſſoribus : quibus remediis liberatur principalis , iiſdem etiam liberari & uti poſſe fidejuſſores : ſed addit *integro manente ſtatu* , id eſt , reo principali non capite deminuto . Nam reus principalis liberatur per capitis deminutionem : non liberatur etiam fidejuſſor , nec mirum cum neque liberato reo per publicationem bonorum integro manente ſtatu liberetur fidejuſſor . At rurſus quæro an poſt deportationem datus fidejuſſor a deportato ex cauſa , quæ præceſſit deportationem , obligetur ? quod quæri poteſt etiam de pignore dato poſt deportationem , & de eo , qui conſtituit ſe pro deportato ſoluturum an obligetur . Et Papinian. definit. non obligari fidejuſſorem his verbis : *ſi debitori , &c.* Utitur hac ratione , quia tota obligatio adverſus eum extincta eſt , quia deportatio ſuſtulit totam obligationem : fidejuſſor autem vel pignus , vel is , qui conſtituit pro debitore , non obligatur niſi præcedat obligatio principalis . Et quod ait in prin. *ſi debitore , &c.* id eſt accipiendum , ut loquuntur auctores noſtri ἀναφορικῶς , quia nunc non eſt debitor , ſed fuit : tota enim obligatio contra eum extincta eſt , id eſt , etiam naturalis : fidejuſſor accedere poteſt naturali obligationi , & conſtitutæ pecuniæ reus , & pignus vel hypotheca , ſed vel naturalem obligationem præcedere neceſſe eſt , alioquin nulla eſt obligatio . Ita enim in *l. ſi unus 27. §. pact. de pact.* totam obligationem , id eſt , etiam naturalem , *l. ſi mulier , §. ult. ad Vell.* Senatuſconſulti beneficio liberari non tantum mulierem , ſed etiam fidejuſſorem mulieris : quod rationem habet perſpicuam : ſi fidejuſſor erat habiturus regreſſum adverſus mulierem : ſed quid ſi fidejuſſor non erat habiturus regreſſum , ut ſi fidejuſſit animo donandi in rem ſuam , ſi invita muliere ? iis caſibus non poterit uti beneficio Senatuſconſulti , quia Senatuſconſultum totam obligationem improbavit , id eſt , etiam naturalem . Qui improbat naturalem , improbat & fidejuſſorem : quod non ita procederet in Senatuſconſulto Maced. nam illud non improbat totam obligationem , id eſt , non tollit naturalem , ſed civilem tantum , *l. quia naturalis , ad Maced.* Igitur Macedoniano liberatur filiusfamil. at pater fidejuſſor filiifam. non liberatur , quibus caſibus non eſt habiturus regreſſum adverſus filiumfamil. nam ſi habiturus eſt adverſus filiumfamil. & ipſe fidejuſſor filiifamil. liberatur : qua de cauſa mihi valde placet , quod Accurſ. hic notavit , tota , inquit , id eſt , omnes . Philoſophi notant differentiam eſſe inter totum & omne : totum quantitatis nomen eſſe : omne numeri : vel totum in ſingulis agnoſci , omne in multis . Nam non hoc vult Papiniani totam obligationem extinctam eſſe , id eſt , nulla ex parte conſiſtere , quod poſſit dici de obligatione civili tantum . Non hoc demonſtrat Papinianus , in ſolidum , in integrum manere obligationem , ſed cunctam obligationem eſſe extinctam , tam naturalem , quam civilem . Totam igitur , id eſt , omnem cujuſcunque generis ſit : non totam , id eſt , integram quantitatem . Quod de una tantum obligatione dici poſſet . Unum eſt quod opponitur huic legi , *l. ult. de duob. reis* : Triplex eſt capitis deminutio , maxima , media , minima . Minima non liberat naturali obligatione , *l. 2. §. hi qui , de cap. min.* & emancipatio & arrogatio eſt minima capitis deminutio , an liberat cauſis ſive obligationibus præcedentibus ? minime , quia naturaliter obligati permanent , non civiliter . Nam & minima perimit civilem obligationem , ſed reſtituit in integrum ex edicto de capite minutis : maxima autem vel media capitis deminutio perimit civilem , & naturalem obligationem , ita ut nec poſſit reſtitui beneficio prætoris . Qua de cauſa poſt deportationem inutiliter fidejuſſor datur ex cauſa , quæ præceſſit deportationem , quia nulla ſupereſt obligatio : nulla quoque eſt ſpes reſtituendæ obligationis , quæ ſi eſſet , recte adhiberetur fidejuſſor quaſi futuræ obligationi , *l. 6. §. ult. de fidejuſſor.* ſed deportatio omnem obligationem perimit , & ſpem reſtituendæ ejus . In aliis locis magis proprie loquuntur auctores , dum inquiunt : *Omni obligationi fidejuſſorem accedere poſſe* , & alio loco : *ſolutione ejus quod debetur tollitur omnis obligatio* , id eſt , *etiam naturalis* . Verum ut cœpi dicere videtur huic definitioni propoſitæ obſtare *d. l. ult.* Finge . Duo ſunt rei debendi : ſinguli igitur tenentur , & in ſolidum conveniri poſſunt , unus deportatus eſt , an nihilominus alter obligatus manet ? Plerumque uno ex reis liberato , liberatur alter , ut ſi acceptolatum ſit uni ex reis , unius acceptilatio liberat alterum : ſi electus ſit unus ex reis lite cum eo conteſtata , liberatur alter , an etiam per deportationem uno ex reis liberato , liberabitur alter ? minime , quia eſt diverſa conditio : Duo ſunt genera liberationum , Quædam liberant perſonam tantum , quo genere fit , ut perſona liberetur , & maneat obligatio : ſic ſane liberatur perſona , manente obligatione . Et hoc fit deportatione vel publicatione , quæ contingit cap. deminutione . Aliud eſt genus liberationum , quo res diſſolvitur , id eſt obligatio . Alias ergo perſona ſolvitur , alias res ſive obligatio , veluti acceptilatione , litis conteſtatione , novatione . Quoties autem res ſolvitur & perſonæ omnes ſolvuntur , ſive principaliter , ſive alieno nomine ſe obligaverint . Quoties autem perſona tantum eximitur , liberatio tantum perſonæ proderit , non ceteris perſonis , quæ acceſſerunt obligationi . Ideoque deportato reo principali , nec liberatur fidejuſſor , nec conſtitutæ pecuniæ reus , nec pignus , nec correus , ſive conſors obligationis ejuſdem , quia deportatio eſt liberatio , quæ perſonam ſolvit , non rem . Et ita recte ait *d. l. ult. de duobus reis* , perſona liberatur manente obligatione , id eſt , in univerſum manente obligatione , præterquam in una perſona . Cum igitur perſona liberatur , alter , qui fuerat obligatus , manet obligatus : & ideo ſi deportatus ſit unus ex correis , fidejuſſor poſtea datus ab eo tenetur . Quod ſi ita legamus , pugnabit omnino cum ſententia Papiniani : ſed animadvertendum eſt , Florentiæ eſſe ſcriptum , *Et ideo ſi alicujus fidejuſſor* , id eſt , alterius , ut ſupra dixit , *alter erat obligatus* , ita nunc ait , *alterius fidejuſſor tenetur* : vel legendum , *alius* : unde ſic ſtatuamus . Deportati fidejuſſor poſtea datus tenetur , correi illius fidejuſſor poſtea datus tenetur , quia correus non fuit liberatus deportatione correi : deportatio correi non liberat eum , quia non rem , ſed perſonam deportatam liberat . Diximus hactenus ſatis de quæſtione priori legis noſtræ : dicendum nunc nobis eſt de poſteriori . Ea eſt de fidejuſſore adhibito futuræ obligationi , quem filiusfamil. accipit : ſi poſt emancipetur filius , & poſt emancipationem filii ea obligatio naſci incipiat , utri teneatur , patri

an filio? fidejuſſor poteſt antecedere obligationem, id eſt, adhiberi poteſt futuræ obligationi, *l. eo temp. 50. de pecul. l. 9. §. ult. hoc tit. l. non quemad. 35. de jud.* Pono filiusfamil. crediturus ex ſuo peculio, fidejuſſorem accepit in futurum de pecunia, quæ poſtea in obligationem veniret, & accepit his verbis; *Quantam pecuniam credidero Titio tua fide eſſe jubes? fidejubeo:* deinde emancipatus Titio credidit cum nondum ei eſſet ademptum peculium, plerumque patres emancipatis filiis non adimunt peculium: imo ſi non ſint peculiati filiifamil. ſolent eis aliquid donare, filium ergo pater emancipavit, nec ei ademit peculium: ergo tacite videtur ei conceſſiſſe, vel donaſſe: nam hoc generale eſt, peculium, quod non adimitur ſpecialiter emancipato, vel manumiſſo inter vivos, tacite conceſſum videri, *l. donationis 39. §. pater de donat. l. un. C. de pecul. ejus qui libert.* Hinc quæritur, fidejuſſor acceptus a filiofamil. quum erat in poteſtate patris, futuræ obligationis nomine, ſi ea obligatio naſcatur, poſt emancipationem filii, utri obligetur, patri an filio? Et certi juris eſt, fidejuſſorem non poſſe obligari patri, quamvis acceptus ſit, filio exiſtente in familia patris. Cur vero non poteſt? quia reus principalis non eſt ei obligatus, quum principalis obligatio contracta fuit poſt emancipationem, & fidejuſſor non obligatur, niſi iis, quibus rei principales obligati ſunt: ſunt enim acceſſiones. Et hoc ſignificat Papinianus, dum ait, *Patri quidem ſi non eſt reus obligatus*: ubi exiſtimandum eſt omnino, *ſi* eſſe affirmantis, non dubitantis, id eſt, ſiquidem, ut in *l. penult. ut legat. nomine cau. ſi ſolidum ad ſe pertinere*, id eſt, ſiquidem? *patri* ergo, inquit, *ſi reus non eſt obligatus*, id eſt, quia non eſt obligatus, cum quo contraxit filius, *poſt emancipationem fidejuſſor non tenebitur*. Et hoc accipiendum eſt, ut nullo modo nec civiliter, nec naturaliter teneatur. Et conſequenter, patri nec directa, nec utilis competit actio in fidejuſſorem, qui nullo jure reum obligatum habet, pro eo fidejuſſorem accipit inutiliter. At videtur etiam eum fidejuſſorem non obligari filio, propterea quod filius eum fidejuſſorem accepit, quum erat in poteſtate patris, atque adeo ne momento quidem videtur ſtipulatio conſtitiſſe in perſona filii: contraxit in perſona patris cum fidejuſſore; ergo ex illo nanciſci actionem non poteſt. Quæcunque contrahit filius in familia patris, aut cedunt patri, aut neutri. Et hac ratione verum eſt, filio, qui fidejuſſorem in futurum accepit, non dari actionem directam, vulgarem, civilem. Dabitur tamen utilis, non dabitur directa actio, ſed obliqua, ut Theoph. actiones vocat πλαγιαστικάς, id eſt obliquas ſive inflexas. Et hoc demonſtrat Papinianus his verbis, quæ ſequuntur: *filio vero obnoxius eſſe debet*, id eſt, filio dabitur actio utilis ex humanitate quadam, & benevolentia, non jure ipſo, quæ humana quadam ratione & ex æquo & bono datur, non jure ipſo, ſed *humanitatis intuitu.* His verbis ſignificatur utilis ex ſtipulatu actio in fidejuſſorem. Ratio autem humanitatis hæc eſt, quod ſit æquum, eam fidejuſſionem non accipere vires ex præſenti tempore, id eſt, ex die interpoſitæ ſtipulationis, ſed nata demum & conſtituta principali obligatione: & quod filiofamil. reus principalis ſit obligatus, facile obligatur fidejuſſor ei cui reus principalis obligatus eſt, etiamſi qua obſtet juris regula. Nam ſicut fidejuſſor patri non obligatur, quia reus non eſt obligatus, æquum etiam eſt contra fidejuſſorem filio obligari, cui reus principalis eſt obligatus perinde ac ſi interceſſiſſet fidejuſſor poſt emancipationem, *l. quidam 132. §. ult. de verb. oblig.* fidejuſſoris obligatio trahetur retrorſum. Pleraque in jure noſtro trahuntur retrorſum, ut videatur fidejuſſiſſe, quo tempore numerata pecunia eſt. Hæc eſt definitio Papiniani, cui duo objiciuntur: primum *lex ſi filiusfam. 78. de verb. oblig.* Finge, filiusfamil. ſtipulatus ſub conditione, & poſt emancipationem extitit conditio: quæritur utrum adquiratur obligatio ex ſtipulatu patri, an filio? Si inſpicias tempus contractus, adquiritur patri, quia eo tempore fuit in poteſtate patris: ſi inſpicias tempus conditionis, adquiritur filio, quia eo tempore eman-

A cipatus fuit. Et certiſſimum eſt patri adquiri obligationem inſpecto tempore ſtipulationis, non filio: Inſpecto tempore emancipationis vel conditionis, filio. Cur ergo non etiam in ſpecie propoſita ſpectamus tempus ſtipulationis? cur hoc intuitu non damus patri actionem in fidejuſſorem, qui interceſſit eo tempore, quo filius fuit in poteſtate? Reſpondeo, ſeparandam eſſe obligationem principalem ab acceſſoria, *lex ſi filiusfamil.* loquitur de principali: nos tractamus de acceſſoria. Principalis ſtipulatio facta ſub conditione ſtatim ex præſenti tempore vires accipit, nec videtur eſſe in ſuſpenſo, quamvis ex ea petitio ſuſpenſa ſit, quæ ſunt verba legis *uſusfruct. 16. de ſtipulat. ſerv.* dies igitur quodammodo cedit ſtatim: quod tamen non dico abſolute. Nam facta ſtipulatione ſub conditione neque ceſſit, neque venit dies,
B id eſt, conditio ſuſpendit non tantum petitionem, ſed etiam obligationem, & rem ipſam, *l. cedere diem 213. de verbor. ſignific.* ſed quodammodo cedit dies ſtatim, quandoquidem ſi ſtipulator moriatur antequam exiſtat conditio, ſtipulationem tranſmittit in heredem ſuum, quam non tranſmitteret, ſi ante conditionem nullarum eſſet virium, *§. ex conditionali, de verbor. obligat. Inſtit.* Similiter ſi ab initio fuerit utilis ſtipulatio conditionalis ex cauſa quadam legitima, erit etiam inutilis tempore, ſi poſtea extet conditio, *d. l. uſusfruct.* Inſpicitur ergo tempus contractus, non conditionis. Finge, conditionis tempore in ea cauſa eſſe omnia, ut ſi tum interponeretur ſtipulatio inutilis futura ſit, an erit utilis? Minime: quia defecit ab initio, quod quidem nos ſpectamus. Initium ſtipulationis ſpectamus, non eventum conditionis. Et ſe-
C cundum hæc, qui ſtipulatur ſub conditione, eſt creditor, quanquam legatarius conditionalis non ſit creditor, quia ex præſenti vires accepit ſtipulatio, non tamen ſimpliciter eſt creditor, ſed creditor conditionalis, neque enim ita recte argumentor. Titius eſt creditor conditionalis: Ergo eſt creditor. Nam in adjuncto eſt repugnantia. Titius eſt homo mortuus, ergo eſt homo, non ſemper valet argumentum a conjunctis ad diviſa. Et hæc de ſtipulatione principali. Stipulatio acceſſoria collata in futurum vel facta ſub conditione, vires non ſtatim accipit ex præſenti tempore, ſed omnino eſt in ſuſpenſo, quoad exiſtat aliqua principalis obligatio, Acceſſoria pendet ex principali: principalis ſubſiſtit per ſe nec pendet ex alio: alioqui non eſſet principalis. Acceſſoria expectat principalem antequam dicatur vires habere aliquas:
D ideoque in ſtipulationibus acceſſoriis collatis in futurum, non tempus ſtipulationis ſpectamus, ſed tempus natæ principalis obligationis. Loquimur de fidejuſſore, qui anteceſſit obligationem, quæ defecit, quo tempore nulla exiſtebat principalis obligatio, neque pura, neque conditionalis: nam ſi fidejuſſor acceſſerit obligationi conditionali, & poſt emancipationem filii extiterit conditio, patri adquiritur obligatio in fidejuſſorem, quia principalis obligatio ex præſenti tempore vires accipit, licet fuerit conditionalis. Reus principalis eſt obligatus patri, ergo & fidejuſſor. Et ponendum eſt, fidejuſſorem interceſſiſſe ſub eadem conditione: nam ſi pure interceſſerit fidejuſſor; non tenetur, *l. 8. §. item ſi acc. hoc tit.* Sed ſi pro reo principali obligato ſub conditione intervenerit ſub eadem conditione, utraque obligatio ex eo tempo-
E re vires accipit & acquiritur patri poſt emancipationem filii. Secundo objicitur *lex ult. de ſtipulat. ſerv.* Servus meus ſtipulatus eſt, & ſtipulationem contulit in alienationis vel manumiſſionis tempus, ſi alienetur vel manumittatur, an adquiritur ex ea ſtipulatione actio domino priſtino? ſic ſane: quia ſervus ejus in poteſtate fuit eo tempore quo contraxit. Inſpicimus tempus contractus. Ergo ex eo adquiritur domino actio: nec mutat hoc ſtipulatio collata in manumiſſionem, quo genere ſemper fraus fieret domino, ſi adquiſitiones ſervorum differrentur obligationibus collatis in tempus manumiſſionis. Idem eſſe ajo in filiofam. nam ſi filiusfam. ſtipulationem contulerit in tempus emancipationis, nihilominus patri competit actio poſt emancipationem: quod utroque ca-

su verum est, si dolo id fecerit: nam posset conferre sine dolo malo in illud tempus: coercetur tantum dolus malus. Respondeo in ea specie, quam tractat Papinian. filium dolo non contulisse in tempus emancipationis: filium nihil dolo malo fecisse, sed stipulatur tantum hoc modo: *Quantam pecu. &c. d. l. ult.* nihil pertinet ad speciem propositam: non coercet dolum malum; in hac specie nullum est argumentum doli mali, & placet valde, quod dicitur in *d. l. ult. si dolo malo*: nam si bona fide, dabitur filiofamil. actio utilis ex contractu habito in familia patris, *l. quidam 46. de hered. instit.* Ego te filium volebam instituere sub conditione emancipationis, quoniam nolebam mea bona pervenire ad patrem tuum: tu timens ne ea re offenderetur pater, cognita destinatione mea rogasti, ne te scriberem sub ista conditione, & adjecisti, ut instituerem potius Titium, quem supposuisti, & cui mandasti, ut post emancipationem tibi eam restitueret hereditatem. Quæritur, an post emancipationem tibi competat adversus Titium actio mandati? Respond. non quidem vulgaris, id est, directa, sed utilis dabitur. Atqui mandatum contulisti in tempus emancipationis, sed sine dolo malo ex voluntate defuncti, qui voluit sua bona pervenire, non ad patrem, vel ad Titium, sed ad te, ex bona fide fit, quod fit voluntate testatoris. Et ita etiam alio casu post emancipationem filio datur actio utilis ex contractu habito ante emancipationem, *l. si vero non remunerandi 12. §. filiofam. mand.* mandavi filiofamil. ut pro me fidejuberet, fidejussit, & post emancipationem solvit, an ei dabitur actio mandati, ut recipiat quod solvit? Dabitur ei utilis: ex mandato igitur contracto ante emancipationem. Quidni, cum solverit post emancipationem? Et sic habemus tres casus, quibus ex contractu ante emancipationem habito, post emancipationem filiofam. dantur actiones utiles.

Ad L. si debitor LXXIX. de furtis.

Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit, nullo modo recipit.

SUperest ex lib. 9. Papin. *l. 79. de furt. & l. si pignore §. & quidem, ff. de pign. act. & l. 81. de furt.* Brevis est, sed qua de re eod. libro Papin. copiosius scripsit, ut Ulp. refert in *l. si pignore 22. de pign. act.* quæcunque ibi referuntur ex Papin. sunt aptanda huic legi, & plenius ibi scripta inveniuntur. Sciendum est autem, creditori, cui subripitur pignus, dari actionem furti non tantum adversus extraneum, sed & adversus debitorem dominum rei furtivæ: neque enim rei alienæ furtum fit tantum, sed etiam rei suæ; rei, inquam, suæ, sed possessionis alienæ, furtum facio rei meæ, cum tamen possessio non fuit mea, sed aliena, vel cujus usus aut fructus fuit alterius, *l. 20. §. ult. hoc tit.* Fit etiam furtum rei suæ, sed hypothecæ alienæ, quamvis hypothecarius non possideat hypothecam, *l. in actione 19. §. ult. hoc tit.* Furtum enim est interversio rei, hoc est, proprietatis alienæ, vel possessionis, vel usus, vel ususfructus, vel hypothecæ alienæ. Verum est igitur subrepto pignore, creditori dari actionem furti & adversus dominum rei, si eam surripuerit, *l. itaque 12. §. ult. hoc tit.* Et addendum, dari etiam creditori pignore subrepto condictionem furtivam adversus debitorem, qui subripuit. Credo vos scire, ei cui furtum factum est, dari condictionem furtivam, atque etiam actionem furti, & condictione furtiva eum persequi rem, vel possessionem, vel commodum aliud, quod ei abest, vel æstimationem ejus, aut id quod interest circa eam rem: actione autem furti extra rem, eum pœnam persequi dupli, si sit nec manifestum: quadrupli, si sit manifestum: utramque autem actionem dari creditori adversus debitorem subrepto pignore. Dices, condictionem furtivam dari soli domino, *l. 1. de cond. furt.* creditorem non esse dominum pignoris, ergo creditori non datur condict. furtiva. Duplex est condictio furtiva, certi & incerti: condictio certi, id est, condictio rei datur soli

A domino: actio furti pœnalis datur etiam non domino, cujus modo justa causa intersit rem non subripi: condictio quoque incerti datur non domino, veluti condictio possessionis: possessio fuit creditoris, hæc intervertitur furto. Creditor recte condicit possessionem interversam, sed hæc non erit condictio certi, sed incerti: possessio enim est res incerta, quia nec cerni, nec tangi potest, & numeratur inter incorporalia: est ἀναφὴς, ἀσώματος ἐν νοήσει μόνῃ ληπτόν. Hanc ergo rem potest condicere: neque enim possessio est ex iis reb. quæ tangi possunt, neque qui dicit se possidere, is hanc rem condicere potest. Et respicit ad formulam vindicationis, quæ est hujusmodi: *hanc ego rem meam esse ajo.* Possessionis nomen non est vindicatio, sed itur ad interdictum uti possidetis; ergo creditori etiam adversus debitorem datur condictio fur-
B tiva incerti, non certi; & in summa non tantum actio furti, sed etiam condictio furtiva datur creditori pignore subrepto tam adversus debitorem, qui id subripuit, quam adversus quemlibet extraneum. Sed observandum est, quibusdam in reb. multum interesse, utrum agat creditor furti, vel condictione furtiva incerti cum extraneo vel debitore; nam cum egerit cum extraneo hac vel illa actione, id quod hac actione percepit, vel imputat debito (*il se paye par ce moyen*) & id quod debitum excedit, debitori restituit, vel nihil imputat debito, & totum quod percipit, restituit debitori. Duplex est via, quæ eodem spectat: duplex modus quidem efficit, ut quod consequitur creditor ab extraneo condictione furtiva vel actione furti, id vel imputet debito, vel restituat debitori, ut exigat debitum. Et hoc ita refert Ulp. ex Pap. in
C *d. l. si pig.* quæ est veluti commentarius h. l. & confirmat *l. creditor, h. t.* & adiicit Ulp. hoc verum esse, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit, quod indiget explicatione. Finge: furtum factum est culpa creditoris, quod fit plerunque; furtum culpæ adscribitur, non vi majori, aut casui fortuito, sicut ruinæ, latrocinio, &c. ceterum, etiamsi culpa furtum factum sit, creditor quod actione vel condictione furtiva percepit, id debito imputabit, vel restituet debitori. Quibus verbis satis demonstratur, posse furtum fieri sine culpa ejus, cui fit. Sunt furta quædam, quæ nulla diligentia vitari possunt, ut quæ admittunt saccularii, qui præstigiis quibusdam & arte inevitabili sinu pecunias nobis eripiunt: horum furtum adscribam non culpæ, sed casui; quod etiam oculatissimo & prudentissimo contingit. Sed tractemus primo de furto, quod credi-
D tori fecit extraneus culpa sua: si furtum creditori factum sit culpa sua ab extraneo, eo nomine tenetur debitori, quod creditor non tantum dolum, sed etiam culpam præstare debet, *l. eum, qui 14. §. idem scribit, h. t.* ex hac igitur causa quod furto obviam non ierit, non evitaverit, creditor tenetur actione pigneratitia. Ergo æquum videtur, ut suum faciat, quod consequitur actione furti, hoc est, condictione furtiva, quia & hæc dicitur actio furti, vel actione furti pœnali; ut quemadmodum damnum sentit, pigneratitia actione, lucrum etiam sentiat, & sibi habeat. Verum non ideo habebit jus retinendi vel faciendi lucri ejus, quod percepit, nisi in causa crediti id retinere velit. Imo sicut furtum ei imputatur, quod non fuerit satis diligens in servando pignore; id etiam ei imputari debet, quod ex causa furti consequitur; atque ita fit, ut creditum
E perdat, qui perdit pignus culpa sua. Quid vero si furtum pignoris factum sit sine creditoris culpa? Eo casu non tenetur pigneratitia, quia non præstat casum fortuitum, & omne periculum. Et non dubitatur hoc casu, quin quod percepit debeat imputare debito, vel restituere debitori, non sibi habere vel lucrum facere. Verum videamus cum percipiat creditor a fure extraneo per actionem furti pœnalem duplum aut quadruplum, an duplum veri pretii pignoris percipiet, an vero summæ solius debitæ? Est etiam in hac quæstione utendum eadem distinctione; aut furtum culpa creditoris factum est, aut non: & posteriori casu percipit duplum summæ debitæ; non duplum pignoris, quia non pluris interest, cum non teneatur debitori pigneratitia. Et summam pignoris vocat *l. cred. 89. h. tit.* (*la valeur*

du

du gage) ἀξία, dignitas, quantitas. Quia ergo pignore subrepto cum vacet culpa, non tenetur pigneratitia actione non consequitur ab extraneo actione furti duplum aut quadruplum summæ pignoris, sed tantum summæ debitæ quia credito tenus tantum ejus interest. Et ideo, quod maxime notandum, quodque prætermittitur a multis propter difficultatem rei, si plus valeat pignus, quam sit in debito, creditor quidem agit actione furti tantum in summam debiti, & duplum, vel quadruplum summæ: in residuum debitor aget in furem actione furti, *l. inter 47. §. hæc actio, h. t.* atque ita fur tam creditori, quam debitori tenebitur actione furtiva, & non uni eorum, sed ambobus, & conficiet duplum, aut quadruplum pretii pignoris. Priore autem casu, si cum creditoris culpa furtum factum est, creditor agit in summam pignoris, quia & ipse in eam summam culpæ nomine tenetur debitori, *l. credit. 15. h. tit.* & debitor hoc casu non aget furti, sed recipiet a creditore quodcunque percepit a fure extraneo, & hoc de fure extraneo. Quid dicendum, si debitor pignus subripuerit & creditor cum eo egerit actione furti, vel condictione furtiva, an imputat debito, quod ea actione percepit? Minime: atque ita apparet, multum interesse, an cum debitore, an cum extraneo agatur. Nam quum agit cum debitore, id quod percepit, retinet, non reddit debitori, pœnam furti lucrifacit si agat actione furti, alioquin esset inanis actio pœnalis, æstimationem quoque litis suam facit, si egerit cum debitore condictione furtiva. Et quamvis hæc actio non sit pœnalis, tamen instituta est odio furum contra constitutiones legum, quæ volunt, ne quis rem suam condicat. Qua de causa etsi hæc actio non sit proprie ex maleficio, tamen est ex quasi maleficio, *§. si itaque, Inst. de act. l. si mulier, §. hæc actio, rerum amot.* Et ut breve faciam, condictioni furti inest vindicta quædam (quod summe notandum) qua de causa creditor non tantum lucrifaciet pœnam dupli, aut quadrupli, sed etiam rem, quam amisit, feret, & supererit ei petitio creditæ pecuniæ, ut recte Azo existimat: atque ita bis eandem rem videtur persequi. Consequitur rem, nam hæc actio rem persequitur, non pœnam. Item consequitur rem actione creditæ pecuniæ. Et hoc est, quod ait *lex id quod 74. de solut.* id quod exegit a debitore creditor pœnæ nomine, debere lucro creditoris cedere, non debere imputari debito, nec debere restitui debitori, qui ea pœna functus est: quis hoc audivit, ut mihi ex post facto restituatur pœna, qua semel functus sum jure meritoque? Et subjecerat Papin. ut constat ex *d. l. si pign.* idem esse, si cum debitore creditor egerit, quod metus causa, id est, in quadruplum, quod ei debitor pignus extorserit: nam quod hac actione consequutus fuit, id etiam creditor lucro suo computabit, non debito imputabit. Et recte mihi videtur Accursius adjungere ad hanc regulam *l. pœnæ, de cond. ind. pœnæ depensæ semel repeti non solent:* recte, quia nec vere indebitæ depensæ sunt nec redeunt ad causam indebiti, postea solvente eo, qui pœnam subiit: & ita Græci cum hoc loco proposuissent sententiam h.l. *ποινὴ γὰρ καταβληθεῖσα, οὐκ ἀναλαμβάνεται*. Pœna depensa non repetitur: quod accidit non tantum hoc casu, sed etiam aliis plerisque, ut qui incidit in pœnam pecuniariam legis *Juliæ de ambitu*, & relegatus, vel deportatus, si restituatur in integrum, non recipiet pœnam semel depensam, etsi videatur redire ad indebiti causam, ut si restituatur in pristinum statum, qui pœnam intulit, *l. 1. ad l. Jul. de amb.* & ita in hac *l. 3. §. condem. de tab. exhib.* Erat quidam legatarius conditionalis, qui desiderabat sibi tabulas exhiberi: noluit exhibere eas, qui in potestate eas habebat, & pœnam contumaciæ dependet ex edicto de tabulis exhibendis. Post deficit conditio legati, an legatarius, cujus legatum interiit, cogitur restituere pœnam ei, qui pœna semel functus est? Minime. Hic erit finis, si admoneamus hoc tantum, creditorem agere cum extraneo in summam crediti, si sine culpa ejus furtum factum sit, vel in summam pignoris, si culpa sua furtum factum sit: cum debitore autem creditorem agere indistincte, sive culpa ejus furtum factum sit, sive culpa absit, in summam debiti universi, hoc est, pecuniæ creditæ, & usurarum, qui tanti ejus interest: ea summa actione furti duplatur, vel quadruplatur, non summa pignoris, sive minor, sive major fuerit, *l. creditori 87. hoc tit.*

Ad L. IV. §. Soli, quod cum eo, qui in alien. &c.

Soli autem filio succurritur, non etiam heredi ejus. Nam & Papinianus libro 9. Quæstionum scribit, in heredem filii in solidum dandam actionem.

Ulpianus Papiniani studiosissimus ex hoc lib. 9. duobus locis usus est auctoritate Papiniani in *l. 6. ad Vell.* & in *l. si pign. de pign. act.* qui a nobis satis explicati sunt. Sed sunt adhuc quatuor loci, in quibus idem Ulpianus ex eodem libro Papin. utitur ejus auctoritate. In *l. 4. §. soli, ff. quod cum eo, &c.* Filiusfamilias quando est in familia patris, ex suis contractibus convenitur, & condemnatur in solidum, vel si non solvat ex peculio castrensi vel quasi, aut per patrem (quanquam pater non possit cogi solvere solidum) si, *inquam*, non agatur cum patre, ut pro se solvat solidum, in carcerem mittitur, *l. 1. C. de cess. bon.* Qua de causa fit, ut non solum patresf. sed & filiif. cedant bonis vitandi carceris causa. Cessio bonorum erat beneficium legis Juliæ, quod debitores liberat molestia carceris, & hoc beneficio etiam utitur filiusfam. cum urgetur ad solutionem solidi, cedendo scilicet omnibus, quæ habet, quantulacumque sint. Illud ergo exploratissimum est, filiumfam. dum est in potestate patris, ex suis contractibus teneri in solidum. Sed & si fiat sui juris emancipatione, vel morte patris, Judex tamen non temere condemnabit eum in solidum, sed æstimabit prius causa cognita, & re omni bene perpensa, an damnari debeat in id tantum, quod facere potest: atque ita fit, ut qui in familia patris condemnatur in solidum ex suo contractu, extra familiam patris, si sit sui juris effectus, non in solidum condemnetur, sed in id, quod facere potest, hoc est, quatenus facultates pati possunt. Nam facultas & facere sunt ejusdem generis, & recte ita argumentamur, facultatem non habet, ergo facere non potest. Ex causa igitur, qui factus est sui juris, ejus rei nomine, quam contraxit in familia patris, condemnatur tantum in id, quod facere potest. Nam si sit exheredatus a patre, vel si abstinuerit se ab hereditate paterna, vel etiamsi institutus fuit a patre, & rogatus restituere hereditatem alteri, & cum vellet se abstinere a fideicommissario coactus se immiscuerit; hoc casu, quia coactus immiscuit se, perdit Falcidiam, *l. quia poterat, ad Treb.* Et ita nihil consequitur ex bonis patris, qui coactus immiscet se, similis est abstinenti, quia non detrahit Falcidiam. His vero casibus æquum est, non urgeri ad solutionem integram debiti novum patremfam. ad quem nihil pervenit ex bonis paternis, *ἵνα μὴ πένῃ τις νεωστὶ γενόμενος, καὶ μὴ δυνάμενος κτήσασθαι ἱκανὴν περιουσίαν*, *ut non redigatur ad inopiam, qui nuper factus est novus paterfamil. quique non idoneas facultates sibi acquisivit.* Idemque erit, si filiusfamil. institutus sit a patre ex modica, id est, ex debito bonorum subsidio, ex legitima portione, quæ minuscula erat: & sic semper modica portio accipitur pro legitima, quia minus relinqui non potest. Filio igitur morte patris sui juris effecto, quod minusculam portionem tulit ex bonis patris succurritur, ne damnetur ex negotio gesto in familia ultra quam facere potest. Imo interdum succurritur instituto, non ex modica parte, sed etiam ampliore, ut ostenditur in *h. l. 4. in pr.* Res tota ex æstimatione judicis dependet; cui cum æquum videtur, qui nuper factus est paterf. non damnabitur in solidum, sed pro modo facultatum. Dices: filiusfam. nihil proprium habet extra causam castrensem aut quasi castrensem, quæ non semper suppetit. Cum filiusf. nihil proprium habet, cur ei non parcimus? cur damnatur in solidum? Dicam, non parcimus inopiæ debitorum; hoc nunquam auditum est, ut propter inopiam condemnemus debitorem in id, quod facere potest. Nam ejus ratione, quod non facere potest, coercemus illum

carce-

carcere quoad ſolvat, aut ſatisfaciat: ſed parcimus novo A patrif. ut novo nupto interdum, quandoque oneribus civilibus parcimus; hoc beneficium datur iis, qui nuper de patria poteſtate exierunt, & novam familiam inſtituerunt familiæ ſuſtentandæ cauſa, non ſolius inopiæ cauſa, alioqui ſubveniendum etiam eſſet filio manenti in poteſtate, a quo tamen ſolidum ſemper ſtricte exigitur. Sed obſervandum ſemper, novum patremf. hoc beneficio uti cauſa cognita, & examinata a judice: quod exemplis planum facio. Cauſæ cognitio in eo vertitur, ut ſi ſtatim atque exiit poteſtate, conveniatur, ſi ſtatim præcipitatur ad ſolutionem ſolidæ pecuniæ, ut condemnetur in id, quod facere poteſt: ſi poſt multos annos conveniatur, damnatur in ſolidum: neque enim in perpetuum ei parcimus, ſed ad modicum tempus in initiis novæ familiæ: quod oſtenditur in *h. l.* 4. §. *pen.* Item ſi filius exheredatus B ſit, & neque directo, neque per fideicommiſſum, hereditas ei relicta ſit, in id duntaxat, quod facere poteſt, damnatur: ſed ſi exheredato per fideicommiſſum hereditas relicta ſit, & reſtituta per S.C. Treb. in ſolidum condemnatur, quia ad eum res paterna pervenit, nec locupleti hoc beneficium datur, ſed mediocri, aut tenui tantum, & novo, non etiam veteri patrif. nam effectu quodammodo heres eſt is, cui reſtituta eſt hereditas ex S.C. Treb. *l.5. §.pen. h.t. l. ſi necem, §.ult. de bon. libert. l. filiusf. in fi. ad l.Falc.* Hic igitur exheres eſt jure, heres eſt effectu, quod notandum: nam ita fit, ut exheredatus loco ſit heredis; fideicommiſſarius Treb. eſt quodammodo heres: fideicommiſ. Pegaſian. non ſit heredis loco. Nam in eum non tranſibant actiones hereditariæ, quæ dantur hodie in fideicommiſſarium Treb. Sic igitur fit, ut ex- C heres, ſit quaſi heres: exheres directo, heres per fideic. exheres judicio defuncti, heres beneficio S.C. Treb. Item ſi filiusf. in contrahendo finxerit ſe eſſe patremf. non habet hoc beneficium, ne condemnetur ultra quam facere poſſit. Imo propter dolum, mendacium, & fictionem debet damnari in ſolidum, *l.10. de re jud. h. l.* 4. §. 1. *& l. 6.* quæ eleganter ait, eum, qui patremfam. mentitus eſt cum contrahebat, ex eo contractu teneri in ſolidum etiam poſt emancipationem, vel mortem patris, quamvis rem præſtare non poſſit, id eſt, quamvis non ſit ſolvendo: Notanda hæc verba, *quamvis rem præſtare non poſſit*: nam Plautus ait modo *reſolvere*, modo *rem ſolvere*: ſic noſtri eodem ſenſu dicunt rem præſtare, & repræſtare, id eſt, ſolvere, *l. Lucius, de act. empt. l. mulier, §.1. ad Treb.* nec quicquam mutandum cenſeo. Nam repræſtare, eſt rem præſtare, D ut reſolvere eſt rem ſolvere. Hoc igitur beneficium mentientibus ſe eſſe patresfam. filiisfam. non datur: & ita beneficium Senatus Conſ. Maced. non datur iis, qui ſe eſſe patresfam. finxerunt. Sic Vellejanum non datur his, qui ſe mares finxerunt. Beneficia juris non impertiuntur mentientibus, ſed iis tantum, qui in contractibus bona fide verſantur; ceteri indigni ſunt, qui alios decipere conati ſunt. In cauſæ igitur cognitione hæc omnia animadvertet judex, & ſecundum hæc, eum qui nuper factus eſt paterfamil. damnabit in ſolidum, vel in id tantum, quod facere poteſt. Ad hæc ſciendum, hoc eſſe perſonale beneficium: hoc eſt concedi filiofam. ſui juris effecto; ergo non heredi ejus, extinguitur cum perſona, nec in heredem tranſit. Et ita ut refert Ulp. hic Papin. dixiſſe, heredem filii damnari in ſolidum: quod generaliter procedit in iis omnibus, E quibus idem beneficium competit, ne damnentur in ſolidum, ut in marito, cum quo uxor agit, in fratre, in patre, in patrono, in ſocio: hæ perſonæ utuntur hoc beneficio, non heredes eorum, quia perſonale beneficium eſt, *l. verum 63. §. patri, pro ſoc.*

Ad L. III. §. ult. de Peculio.

Si filiusfamilias duumvir pupillo rem ſalvam fore caveri non curavit, Papinian. lib. 9. Quæſt. de peculio actionem competere ait, nec quicquam mutare arbitror, an voluntate patris decurio factus ſit: quoniam rempublicam ſalvam fore pater obſtrictus eſt.

A DUumviri ſunt magiſtratus municipales creati ex ordine decurionum: nec enim ex plebe creabantur, ſed ex Curia. Unumquodque municipium olim fere habuit curiam, ſive ordinem decurionum, quam vocabant ſenatum minorem; quoad Leo ſuſtulit omnes curias in novella quadam. Qua de cauſa omnes leges de decurionib. abſunt a Baſil. quia tempore Leonis nullæ erant curiæ, unus tantum ſenatus, isq; Romæ. Creantur ergo duumviri ex ordine decurionum, ac duumviri jus habent dandi tutores *l.3. de tut. & cur. dat.* Sed curare debent, ut tutor quem dant ſatiſdet rem pup. ſal. fore, alioqui tenentur pupillo, ſi is ſuum ſervare non poteſt a tutore. Tenentur igitur ſubſidiaria actione, ſi tutor pupillo non poſſit indemnitatem præſtare, in factum actione, quæ naſcitur ex quodam S.C. ut oſtenditur *in tit. de magiſt. conveniend.* id eſt, de duumviris B conveniendis ſubſidiaria actione, cum a tutore dato ſatiſdari non curarunt; & ex aliis quibuſdam cauſis. Nunc finge: filiusfam. cum eſſet factus decurio voluntate patris (hoc enim neceſſario ponendum, filiumfam. veniſſe in curiam voluntate patris, hoc eſt, non refragante patre: nam taciturnitas patris habetur pro voluntate) filius igitur famil. cum eſſet factus decurio voluntate patris, in duumviratu tutorem dedit, nec curavit ſatiſdari rem pupillo ſalvam fore, quæritur quatenus pater teneatur? Ipſe quidem pupillo tenetur in ſolidum, pater de peculio tantum; & ita definitur in *h. l.3. §.ult.* Objicitur ſtatim, quod filius factus ſit decurio voluntate patris, id eſt, quod taciturnitas patris obligat patrem omnibus oneribus pro filio, quæ ſc. filio injunguntur, & habetur pater vice fidejuſſoris pro filio: ergo tenetur in ſolidum, *l. 2. ad* C *municip. l.1. C. de decur. l.1. C. de filiisfam. & quemadm. pat. lib.* 10. Filius factus eſt decurio voluntate patris, ac deinde idem creatus eſt duumvir: ejus igitur rei nomine, quam geſſit in duumviratu, pater tenetur in ſolidum, non de peculio tantum. Ita reſpondeamus: pater tenetur in ſolidum, non pupillo, cui filiusfam. dedit tutorem non exacta ſatiſdatione, ſed reip. tenetur in ſolidum, quia dum patitur filium fieri decurionem, videtur fide ſua jubere, aut promittere rem reipublicæ ſalvam fore, non rem pupilli privati hominis cujuſdam, voluntas patris, quæ patitur filium fieri decurionem obligat eum reip. ſi quid facto filii, dum male ſibi injuncto munere fungitur, reip. deperierit, quia videtur promiſiſſe rempublicam ſalvam fore. Igitur pupillo tantum tenetur de peculio: reip. in ſolidum, ſi filius voluntate ejus decu- D rio factus ſit, *d. l.2. §. ult. ad municip. l.1. §.ult. de magiſt. conven. l. ſi filiusf. 7. de adm. rer. ad civit. pert.* Et hoc eſt, quod ait Ulpian. hoc loco ex Papin. *quoniam remp. ſalvam fore pater obſtrictus eſt.* Huic tamen patri objici ſolet *lex* 1. C. *quod cum eo*, ſi filiusfam. tutelam geſſerit, vel curam, ait patrem teneri de peculio, vel de in rem verſo actione tutelæ, aut negotiorum geſtorum. Et ſubjicit: ſed ſi voluntate patris filius decurio factus ſit, & tutor a magiſtratu datus, pater tenetur in ſolidum, quod filius ejus voluntate decurio factus ſit, quam voluntatem dixi patrem obſtringere reip. non pupillo. Et ſane ſecundum ea, quæ dixi, accipienda lex 1. ut pater teneatur curiæ, vel reip. cujus periculo datus tutor eſt, non etiam pupillo.

Duos expoſuimus locos, quibus Ulpianus utitur Papiniano ex lib. 9. Quæſtion. Locus ſecundus negotium fa- E cit nobis: cui obſtat *lex* 1. *C. quod cum eo*, quem nondum mihi videor bene expediviſſe: nam & de eo tractavi in extremo. Ex his locis, hoc eſt, ex *l.3. §.ult. de pecul. l.2. §.pen. ad municip. l.1. §.ult. de magiſt. conven.* apertiſſime conſtat, etiamſi filiusfam. factus ſit decurio voluntate patris, & poſt duumvir creatus tutorem dederit, illi, cui tutorem dedit, ex cauſa tutelæ patrem non teneri in ſolidum, ſed de peculio, & de in rem verſo. Huic definitioni, quod evidenter proponitur in trib. illis locis objicitur *d. lex* 1. C. *quod cum eo*, cujus duæ ſunt partes. In priori ponitur regula: patrem ob tutelam geſtam a filiofam. teneri de peculio, & de in rem verſo. In poſteriori ponitur exceptio, niſi filiusfam. qui a magiſtratu tutor datus eſt, fuit creatus decurio voluntate patris: nam hoc caſu pater tene-

tenetur in ſolidum: Tentabam, num dici poſſet, patrem teneri in ſolidum reip. non pupillo: ſed hoc non poſſum evincere recte: quia neceſſe eſt, ſi hoc velis admittere, magiſtratum tutorem dediſſe filiumfam. qui fuerat creatus voluntate patris decurio, & tutorem datum fuiſſe filiumfam. a magiſtratu municipali periculo curiæ, quoniam curia recepit in ſe periculum tutelæ delatæ a duumviro: alioquin curiæ non obligaretur, ſed pupillo. Sed hoc caſu quia obligatur pupillo filius, & pater curiæ in ſolidum, ſed non etiam pupillo, hæ divinationes, ſi fieri poteſt, ſemper vitandæ ſunt. Et præterea animadverto quæſtionem *d. legis* 1. pertinere eo, quatenus pater pupillo teneatur, cujus tutelam filius geſſit, & poſt regulam ſtatuit, teneri de peculio, & de in rem verſo, & per exceptionem filiif. patrem teneri, ſi filiusf. factus ſit voluntate patris decurio, & tutor datus a duumviris: denique ait lex, eum teneri in ſolidum. Res omnino ita ſe habet, quemadmodum ſum dicturus, remque omnem dilucide explicabo: Obſervandum, aliam eſſe ſpeciem *l.* 1. *C. quod cum eo*, & aliam eſſe ſpeciem *l.* 3. *§. ult. de pec.* & ſimilium: Nam in ſpecie legis 1. filiusf. factus eſt decurio voluntate patris: videtur etiam tutor datus voluntate patris, ſicut ſi creetur curator Kalendario, ſi curator operum, ſi rei frumentariæ, vel ſi quod aliud opus civile injungatur, videtur voluntate patris creatus, quia conſentiendo decurionatui filii, videtur agnoſcere omnia munera civilia, quæ poſtea injunguntur filio: tutela eſt munus civile: qua de cauſa pupillo tenetur in ſolidum, quod agnoverit tutelam: ut fidejuſſor agnoſcit omnia munera civilia, quæcumque ei poſtea deferentur, vel tutelam, vel curam adoleſcentum, vel curationem aliquam publicam: & ex conſtitutionib. ſufficit taciturnitas patris: pater qui tacet, nihilominus fidejuſſiſſe intelligitur. Sunt multæ tacitæ ſtipulationes. Longe aliter res procedit, ſi filius non ſit decurio, vel ſi filius qui factus eſt decurio, contradicente patre palam, tutor datus ſit: nam hoc caſu taciturnitas patris non habetur pro conſenſu, id eſt, non videtur agnoviſſe periculum tutelæ ſi tacuerit, cum nec videatur conſenſiſſe; ſi monuerit filium, ut bene tutelam gereret: monitio hæc non habetur pro conſenſu, *l. ſi filiusf. de tut. l. Lucius, de adm. tut.* Et ideo ſi filius, qui tutor datus eſt, non ſit decurio, vel ſi ſit factus invito patre decurio, pater pupillo, cujus tutelam filius geſſit, non aliter tenetur, quam ſi ſpecialiter tutelæ periculum in ſe receperit. In caſu autem *l.* 3. *§. ult. de pec.* & ſimilium, filius factus eſt decurio voluntate patris, & poſt duumvir creatus: in duumviratu tutorem dedit, in illa filius tutor datus eſt: hoc igitur caſu, ſi patris voluntate vel tacita filius factus ſit decurio, videtur etiam duumvir creatus voluntate patris, ſed non videtur etiam tutor iſte, quem filius duumvir dedit, datus voluntate patris: & ideo pupillo, cui datus eſt tutor, pater non tenetur in ſolidum, ſed de peculio tantum, & de in rem verſo. Hoc caſu non videtur caviſſe pupillo de periculo, illo videtur.

Ad L. ſi pro Patre, §. I. De in rem verſo.

NUnc exponamus alios duos locos: unus eſt in *l. ſi pro patre, §. cui ſimile, de in rem verſo*. Pater ejus rei nomine, quæ contracta eſt a filiofamil. non tantum tenetur de peculio, ſed etiam quatenus in rem ejus verſum eſt, quo nomine eſt actio de in rem verſo, quæ ineſt actioni de peculio: nam qui agit de in rem verſo, agit de peculio. Sed qui de peculio, non contra de in rem verſo. De in rem verſo proponuntur in h. l. tria exempla. Primum eſt ſi filiusfamil. fidejuſſit pro patre & ſolvit: in rem patris videtur vertiſſe: imo in rem filii, quia ſe liberavit, ſed & patrem liberavit, & principaliter animo gerendi negotii patris ſolvit uti fidejuſſerat: ideoque in rem verſum videtur. Item ſi quaſi defenſor patris judicium pro patre ſuſceperit & ſolverit, in rem patris verſum videtur, quia & hoc genere patrem liberavit. Judicio accepto quaſi contrahitur, *l.* 3. *de pec.* Ex hoc igitur quaſi contractu, hoc eſt, ſi filius pro patre judicium ſuſ-

A ceperit & ſolverit, pater tenetur de in rem verſo, quia eum filius liberavit. Judicatum, eſt ſpecies novationis: ſi condemnetur defenſor alterius, alter liberatur, & is, qui condemnatus eſt, ſolus manet obligatus. Actio judicati novat priorem actionem. Et adjicit Ulp. idem eſſe, ſi filiusf. expromiſerit pro patre novatione facta, & ſolverit. Expromittere in jure, eſt ſemper ſubire locum rei principalis liberato reo, & totam obligationem in ſe transferre, vel ſubſtituere ſe loco rei; expromiſſio eſt vera novatio. Hoc igitur genere etiam liberat patrem, & omnino paria facit hæc tria, fidejubere, judicium pro alio accipere, & expromittere, quod eſt ſuſcipere debitum alienum: & duo poſteriores, qui judicium ſuſcipiunt pro alio, vel debitum, ſunt ſimiles primo, hoc eſt, fidejuſſori, *l. in perſon.* 30. *§.* 1. *de pact.* Expromiſſor dicitur quaſi fidejuſſor, & ita SC. Vell. fi-
B dejuſſionis verbo continetur etiam expromiſſio: quamquam proprie fidejuſſio accedat ſine novatione, expromiſſio cum novatione, id eſt, cum liberatione rei principalis, & ita in *l. ult. quod cum eo*, ubi ſcriptum eſt, *quaſi fidejuſſionem eſſe videri cum pro alio ſolverit debitum.* Sic vulgo legitur nullo alio addito ad eam clauſulam. Flor. aliter, ubi additur, *non pro aliis ſuſcipit debitum.*, illo loco non eſt utrumque retinendum, quod extat Flor. nec quod retinet vulgus: ego probo poſteriorem, ſicut *d. l. in perſon.* quaſi fidejuſſionem eſſe videri, cum pro aliis ſuſcipit debitum. Et res ipſa hoc manifeſtiſſime docet: ſpecies eſt *d. l. ult.* Quidam præpoſuit inſtitorem non cuilibet rei, ſed pecuniis dandis ſub pignore: ille etiam expromiſit pro emptore hordei apud venditorem: venditor agit actione inſtitoria adverſus dominum. Dom. negat in eam rem ſe præpo-
C ſuiſſe inſtitorem: non præpoſui inſtitorem, ut pro aliis expromitteret, ergo non teneor. Res diſceptata eſt apud præfectum annonæ, & ille præfectus condemnavit dom. hac ratione, quia apparebat eum ſervum, non tantum mutuas pecunias dediſſe, ſed etiam alia pleraque geſſiſſe, & horrea conduxiſſe, & multis ſolviſſe, non perſtitiſſe in inſtitutione, ſed omnia tractaſſe, quæ ad dominum pertinebant, vel quæ ad eum pertinere poterant: quaſi igitur ex contractu inſtitoris generaliter condemnavit dominum: dominus appellavit. Princeps in conſilium Paulum adhibuit. Paulus dicebat, quaſi fidejuſſionem eſſe videri, cum ſervus pro aliis ſuſceperit debitum: ſervus autem fidejubens pro alio extra cauſam peculii, non obligatur naturaliter, cum ſoleat tantum obligari ex peculii cauſa: & conſequenter nulla actione obligari dominum, nec ne
D peculio, nec alia actione: ſi ſervus non eſt obligatus, nec dominus: quia igitur hoc caſu quaſi fidejuſſit, non videtur dominus teneri: ac propterea adjiciebat Papinian. dominum non videri mandaſſe, ut ſervus expromitteret: princeps tamen non eſt ſequutus ſententiam Pauli, *l.* 20. *de fidejuſſor. l. ult. quod cum eo*, & conſervavit ſententiam præfecti annonæ, magna ratione, quia videbatur ex his omnibus, quæ geſſerat ſervus, eum in omnibus præpoſuiſſe. Lex quidem præpoſitionis anguſtior fuit, ſed poſt ſucceſſu rerum videbatur in omnibus præpoſuiſſe. Et hoc igitur caſu tenebitur ex omnib. cauſis inſtitoria. Quod diximus, ſervum qui fidejuſſit pro alio, extra rem peculiarem non obligari naturaliter, quamvis ex aliis negotiis ſoleat, & conſequenter ex ejus fidejuſſionis cauſa nullam actionem in dominum competere, id probat *lex*
E 20. *de fidejuſſor. & l. ult. quod cum eo.* Idem procedere arbitratur, ſi ſervus quaſi fidejuſſerit extra cauſam peculiarem, id eſt, expromiſerit. Hic caſus eſt valde notandus, quo ſervus ex contractu non obligatur naturaliter, nec dominus tenetur ulla actione. Addemus *l.* 20. *ff. de fidejuſſor.* quæ maxime pertinet ad explicationem *l. ult.* Eſt etiam aliud quod omiſi ad *l. ſi pro patre* 10. *de in rem verſo.* In rem patris videtur verſum, ſi filius pro patre fidejuſſerit, vel ſi quaſi fidejuſſerit, id eſt, expromiſerit, vel ſi pro patre judicium acceperit: quod etiam genus quoddam expromiſſionis eſt. Nam litis conteſtatione ſi ſequatur etiam condemnatio, novatio fit obligationis, non minus quam ex ſtipulatione. Expromittere eſt debitum ſuſcipere pro alio, litem conteſtari pro alio

eſt

est judicium suscipere pro alio, & quasi expromittere nam judicio suscepto sive pro nobis, sive pro alio suscipimus, obligamur, & debitum novamus. His igitur tribus modis in rem versum videtur, si fidejusserit, si expromiserit, si judicium susceperit, & solvit. Addit Ulpianus in l. 10. hoc procedere, si non animo donandi id fecerit filius, si non donare voluit patri cum fidejussit vel expromisit, vel judicium suscepit: nam si donare voluit, non videtur versum in rem patris: hoc est pene incredibile, sed nihil est certius. In rem versum non æstimatur ex eventu, sed ex consilio filiifam. & ejus, qui cum eo contrahit: si filiusfam. solvit pro patre, dum ei vult donare, sane locupletiorem eum fecit, & in rem patris versum est: sed non ita, ut inde detur actio, ut sit actio contra patrem, quia in rem videtur versum, si filio fuerit animus gerendi negotii paterni, quasi procuratori patris, atque ita obligandi patrem: si hoc animo rem eam, quam contraxit redegerit in patrimonium patris, pater tenetur de in rem verso, quia filius fuit patris quasi procurator hoc casu: atque ita patrem obligare voluit, *d. l.* 10. §. *ult.* & *l.* 11. nam si eum obligare noluit, dum rem ejus auget, cessat actio de in rem verso.

Ad L. VIII. Quamvis pignoris, §. I. ad Vellejanum.

Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi prædia ejus distraherent, & indemnitatem eis repromiserit: Papin. libr. 9. quæstionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.

Quæstio §. 1. *h. l.* est, an cautio indemnitatis promissæ a muliere sit intercessio: & est species hujusmodi. Tutor volebat distrahere prædia pupilli, æris alieni dissolvendi causa auctore prætore, alioquin non valeret alienatio: mater hoc cum intelligeret, tutorem rogavit ne faceret, & promisit ei indemnitatem, id est, si quid tutor conventus judicio tutelæ ob prædia non distracta, quasi re non bene gesta, præstiterit, ipsum indemnem eo nomine recte præstari: tutor eo nomine præstitit aliquid pupillo culpæ nomine, qui debuerat prædia distrahere, quæ non distraxit, an quæ præstiterit poterit a matre recuperare? sic videtur, quia non poterit juvari mater Senatusconsulto Vellejano; nec enim videtur intercessisse pro alio: & Senatusconsultum Vellejanum est tantum de intercessionibus mulierum improbandis: mater hanc obligationem fecit, non etiam factam, aut cum ibi esset ut fieret, in se recepit, vel (ut utar verbis legis) eo genere neque veterem, neque novam obligationem alienam in se recepit, sed ipsa fecit obligationem. Recte, *neque veterem, neque novam*. Nam sive vetus, sive nova sit obligatio aliena, quam in se recepit mulier, ei succurritur, *l. feminis*, *C. ad Vellejan.* Et vetus obligatio in Senatusconsulto significatur verbo fidejussionis: nova verbo mutui dationis. Mulier veterem obligationem recepit, si fidejubeat pro alio, si constituat pro alio, si expromittat pro alio, si judicium suscipiat pro alio, si mandet alii mutuam pecuniam dari; quæ omnes intercessiones infirmantur, & actio restituitur in veterem debitorem. Novam autem in se recipit mulier, si mutuum acceperit, quod alius rogaverat, cui mox ipsa eam pecuniam numeratura est: quo genere suscipit obligationem alienam, quam alius erat subiturus nisi ipsa intercessisset. Et hoc plerumque genere occulto intercedunt, dum qui volunt, ut mulier intercedat, agunt, ut ipsa contrahat: sed hæc intercessio etiam infirmatur, & in eum, pro quo intercessit, nulla restituitur actio, quia nulla fuit, sed instituitur perinde ac si mutuum accepisset. Et ita in hoc Senatuscons. dicitur, modo institui actionem in novum debitorem, modo restitui in veterem debitorem. Et hoc genus intercessionis, cum scilicet, mulier accepit mutuum intercedendi gratia, significatur in Senatusconsulto his verbis, *Quod ad mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminæ, pertinet*: nam mutui dationes oportet accipere passive, id est, si mutuum detur feminæ, & ita in *l. civitas, de rebus cred. civitas mutui dationi obligari potest*, id est, si detur mutuum civitati: non est etiam, cur in eo Senatusconsulto (quod quidam tamen tentant) quo loco scriptum, *de ea re ita consuluerunt*, emendes, *censuerunt*. Videamus cur in specie proposita non videatur intercessisse mulier: hoc ostendam hoc modo: si intercessit, aut intercessit pro pupillo, aut pro tutore: non intercessit pro pupillo, hoc est, non intercessit pro eo quod deberet pupillus, sed pro eo quod culparetur tutor a pupillo: ergo evidens est non intercessisse pro pupillo: sic nec pro tutore, quia se ei obligavit: si tutori se obligavit: ergo non pro tutore, *l. Granius, de fidejuss. l. tutor, in prin. h. t.* denique neque pro pupillo obligatur, neque pro tutore, sed tutori proprio nomine: ergo non intercessit. Quid est intercedere alii? pro alio se obligare: hoc modo, se quidem obligat alii, sed non pro alio, nisi pro seipsa, quod non potest dici eleganter, quin delinquas: non belle hoc dici potest. Adversus hanc definitionem Papin. objicitur *lex si mater 6. ad Vellejan.* Sed Accursius respondet recte: eget tamen explicatione responsio ista. Species hujus legis est. Tutor se excusare volebat a tutela, nec deerant causæ justæ: mater rogavit, ut tutelam acciperet, & indemnitatem ei repromisit: videtur intercessisse, & pertinet ad Senatuscons. Velle. In specie *l.* 8. §. 1. indemnitatis promissio non est intercessio. In specie *l. si mater*, indemnitatis promissio, est intercessio. In *l.* 8. mater, quæ promisit tutori, non videtur intercessisse. In specie *l. si mater*, videtur intercessisse. Et sane ita est omnino, videri intercessisse hoc postremo casu, quandoquidem se obligavit pro pupillo tutori: non* suscepit periculum contrariæ actionis tutelæ, quam habiturus esset tutor adversus pupillum: non ita dixisse videtur mater nude: suscipe tutelam: nam si quid debuerit tibi pupillus, nec præstare possit, eo nomine te indemnem præstabo, quo casu intelligitur intercedere pro pupillo. Paul. lib. 1. sent. ita scribit: *Mulierem quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, non pertinere ad beneficium Senatusc.* quæ sententia est intelligenda secundum *l.* 8. §. 1. si pro tutore apud ipsos tutores indemnitatem promiserit: nam si pro filiis tutoribus indemnitatem promiserit, vel contra, si pro tutoribus filiis indemnitatem promiserit, pertinet ad SCtum. Ex quibus verbis rem explicat Accursius, etiamsi nomine ejus, quod debiturus est tutor pupillo, pupillo indemnitatem promiserit. Item si nomine ejus, quod pupillus debiturus est tutori, tutori indemnitatem promiserit. Sed si nomine ejus, quod pupillus debet tutori, ipsi pupillo indemnitatem promiserit, vel contra si ratione ejus, quod tutor debet pupillo, ipsi tutori indemnitatem promisit, non intercessit, sed ipsa facit obligationem, atque ideo ea res non pertinet ad SC. Vell.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. X. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XVII. de Cond. furtiva.

Parvi refert ad tollendam condictionem offeratur servus furtivus, an ad aliud nomen, aliumque statum obligationis transferatur: nec me movet præsens homo fuerit necne, cum mora, quæ eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Ex libro 18. quæstionum Papiniani prima, quæ exponitur quæstio est de purgatione moræ in *l. 17. de condiction. furt.* quæ nunc explicabitur. Ostendit in hac l. Papin. moram finiri & purgari, & condictionem furtivam tolli tribus modis, oblatione, delegatione, novatione. Sed hoc ante omnia notandum est, multum interesse rem aliquam debeat quis

ex

ex causa furtiva, quod eam furto abstulerit, an ex alia causa: nam alius debitor, si ea res ante moram interierit, liberatur; si post moram, vel quam aliam culpam, debitor non liberatur, *l. si ex leg. 23. de verb. oblig. l. quod te, de reb. cred.* quia mora perpetuat obligationem, sive producit eam in perpetuum; *l. si servum 91. §. sequitur, de verb. oblig.* In fure non utimur hac distinctione, quia fur nunquam non facit moram in restituenda ea re, quam non debuit auferre. Igitur nec unquam liberatur morte vel interitu rei furtivæ: semper enim intelligitur interiisse post moram, *l. 8. §. pen. l. ult. hoc tit. l. inter 83. §. pen. de verb. oblig.* Item alterius debitoris mora fit in personam, quia non fit nisi si conventus opportune, & rite interpellatus debitor non solverit. In alio debitore interpellatio creat & gignit moram, nec videtur alius debitor non interpellatus, non admonitus, non conventus moram adhibere in solvendo, *l. mora, de usur.* mora autem furis fit ex re etiam non interpellato fure, ipso jure, *l. ult. C. de cond. ob turp. caus.* Res ipsa satis interpellat furem, nec admonitio domini exigitur, ut intelligatur fur moram facere. Etiam illud sciendum est, aliam esse causam moræ, quam, ut diximus fur semper adhibere intelligitur etiam non interpellatus, longe aliam maleficii, id est, furti quod admisit. Nam maleficium non purgatur oblatione, imo nec restitutione rei furtivæ, & sive obtulerit, sive restituerit rem, is, qui furtum fecit, non ideo tollitur actio furti, quæ ad pœnæ persecutionem pertinet: nemo tali pœnitentia nocens esse desinit, *l. qui ea mente 63. de furt. l. pen. vi bon. rap.* Seneca 4. declam. *Tam mihi teneris*, inquit, *quam qui vulneravit aliquem, licet eum servaverit*; tantum abest, ut oblatione liberetur fur, ut nec restitutione liberetur duplo, aut quadruplo, id est, actione furti. Pœna semel commissa emendari non potest, ut pœna semel soluta repeti non potest: mora autem purgatur oblatione etiam sola, & tollitur condictio furtiva, quæ ad rei recuperationem pertinet, non ad pœnæ persecutionem, si res offeratur ei, cui furtum factum est, integra scilicet, & congruo loco, & tempore: mora enim non est maleficium, sed culpa, *d. l. si servus §. sequitur, de verb. oblig. l. fundum Corn. 28. de novat.* ubi Accursius annotat, moram & culpam, in verbo, *sine culpa*, & solemus ita definire moram, culpam non respondentis ad conventionem opportunam creditoris vel debitoris. Et dicimus, ad conventionem, quoniam hæc proprie est mora, quam conventio, id est, interpellatio gignit: & exceptis paucis casibus, quibus mora fit ex re, non ex persona: certe ut plurimum fit mora ex persona, ex conventione, & interpellatione personæ, non ex re sola, sed quæ ex persona fit, & ex reipsa fit, non contra: culpa facilius aboletur quam maleficium, & emendatur, & remittitur facilius: Oblatio purgat culpam veluti moram, sed non maleficium, & consequenter oblatio pœnali actione non liberat, quæ est ex maleficio, rei persecutoria actione liberat, quæ non est proprie ex maleficio: nam quæcunque est ex maleficio, vindictam, ultionem, pœnam persequitur, non rem solum. Et malui uti maleficii nomine, ut nostri auctores plerumque malunt dicere obligationem ex maleficio, quam ex delicto: nam delictum est nomen ambiguum, quia & maleficium, & culpam significat, stultitiam, negligentiam, ignorantiam quamlibet, ut Græcis ἁμαρτία, ἁμάρτημα, utrumq. significat; & in *l. cum mancip. de ædilit. edict.* delictum est culpa seu stultitia. Et in definitione legis, Lex est coercitio delictorum, quæ sponte, id est, opera consulta; hæc sunt maleficia proprie, vel per ignorantiam contrahuntur. Sed ad rem: mora purgatur oblatione: moræ purgatio tollit condictionem furtivam: sed sciendum est, duo esse oblationis genera, nudam oblationem, & consignatam, depositam. Est igitur oblatio nuda, oblatio rei testib. præsentibus. Hæc oblatio, cui additur obsignatio & depositio, statim liberat furem condictione furtiva, quia pro solutione est, cum non retinuerit, quod obtulit debitor, sed obsignaverit, & deposuerit apud æodituum vel tabellarium. Obsignatio pro solutione est, *l. obsignatione, C. de solut.* & perpetuum illud est, solutione liberari debitorem omni obligatione, omni actione. Idem etiam de oblatione & depositione, *l. 1. §. si pecunia, in fi. depos.* Idem igitur effectus eademque vis solutionis & oblationis, quæ fit consignatione & depositione. Oblatio autem nuda non liberat furem condictione furtiva, vel alium debitorem, antequam res interierit: re existente tenetur condictione furtiva, re perempta sine culpa furis non tenetur, quia periculum desiit ad eum pertinere, quasi mora purgata per oblationem, si modo actor sive creditor non habuerit justam causam non accipiendi rem, quæ sibi offerebatur. Posterior mora creditoris facta in non accipiendo emendat & purgat priorem moram debitoris, *l. illud, de peric. & comm. rei vend. & d. §. sequitur, l. sed etsi alia die, de const. pec.* Ergo oblatio nuda liberat tantum periculo, & ita demum obligatione omni, sive condictione furtiva in specie hujus legis, si res post oblationem interierit: nam quandiu res manet, & obligatio manet: & ita constituenda est differentia inter illa duo oblationum genera. Possit itaque lex intelligi de oblatione nuda, si modo ea intellexeris tolli condictionem post mortem hominis furtivi, vel interitum rei furtivæ, non ante. Porro non tantum oblatione purgatur mora, tolliturque condictio furtiva, sed etiam delegatione & novatione, ut ait, veluti quadam delegatione, subindicans, novationem esse quandam delegationem, delegatione purgari moram, ergo & novatione. Eorum quæ similia sunt plerunque in jure idem est effectus; quod est verissimum. De eo, quod similitudinem habet solutionis idem statuamus, quod de solutione: nec interest solverit quis, sive fecerit, quod solutioni simile est vel proximum: delegatione mora purgatur, si id quod mihi debes ex causa furtiva jusserim creditori meo stipulanti promittere, & promiseris, quo facto liberaris a me omnimodo, nec mihi amplius teneris condictione furtiva, & obligaris creditori meo ex causa stipulationis, non ex causa furtiva: nam hæc est abolita. Delegatio est abolitio & finis causæ furtivæ: ergo & moræ, quæ ex ea pependit: novatione quoq. mora purgatur, & tollitur condictio furtiva, si novandi animo stipulor a fure, vel ab alio, quod fur mihi debet ex causa furtiva: quia hæc novatio veluti delegatio est: videor enim furem, qui mihi obligatus est ex causa furtiva, delegare mihi ipsi, ut ipse mihi debeat rem non amplius ex pristina causa, sed ex nova, id est, ex stipulatione, scilicet si stipuler ab eo. Nam si ab alio stipuler, videtur fur mihi delegasse eum, qui expromisit pro eo, id est, qui totam obligationem in se recepit novandi causa. Novatio est, ut apparet ex hac l. in aliud nomen, aliumque statum prioris obligationis translatio. Delegatio est mandatum, quo jubetur debitor id, quod debet, alii promittere. Et recte mandatum, nam ex eo negotio sive jussu nascitur actio mandati, *l. 12. de novat.* Et recte, quo jubetur promittere: Nam delegatio consummatur per stipulationem ejus, cui debitor delegatus est, quæ stipulatio efficit novationem. Delegationem igitur sequitur novatio. Nam novatio est non tantum si mutetur debitor vel causa debendi, sed etiamsi creditor mutetur: & interveniente delegatione, atque impleta per stipulationem sequentem, mutatur tam creditor quam debitor: creditor mutatur delegatione: ei autem, cui delegatur, mutatur debitor, secuta, ut dixi, stipulatione: alioqui delegatio est imperfecta: rursus dixi, quo jubetur promittere: nam secus est, si debitor meus jubeatur alii solvere. Si jubeatur promittere tibi, tu statim, etiam id stipulando novare potes; sed si jubeatur solvere, non statim etiam tu stipulando id novare potes invito me, *l. si debitorem, de novat.* Tollit igitur novatio priorem obligationem: ergo tollit etiam moram sive culpam, quæ obligationi injuncta est, atque cohæret: & rursus, ergo tollit etiam condictionem furtivam, quæ ex obligatione nascitur: quæ denique in universum tollit obligationem, & quæcunque eam circumstant: & confluit obligatio in alium statum, inque aliud nomen. Ac præterea tollit novatio priorem obligationem, non tantum si res post novationem intereat, sed etiam si existat, ut plane sit recipienda differentia Accursii inter no-

vationem, & oblationem. Oblatione nuda liberari reum re perempta demum, novatione liberari statim etiam re extante. Nec quicquam obstat *l. scire debemus 29. §. ult. de verb. oblig.* quæ eum, qui stipulatus est a fure quod fur sibi debet ex causa condictionis furtivæ, ait, uti posse condictione furtiva, condicere furi posse si res extet. Nam, ut respondeamus breviter, non loquitur de stipulatione facta novandi causa, quandoquidem si hoc animo facta sit novatio, statim extinguitur condictio furtiva. Græcorum etiam differentia placet inter oblationem nudam & novationem, ut oblatio nuda exigat præsentiam rei, novatio non exigat. Oblatio exigit præsentiam rei, quia non potest obtulisse videri quis rem, quæ non aderat. Res præsens non est ea quæ in conspectu est, seu quam cernere & tangere licet: nec est ea, quam fur fert, aut agit, aut portat, sed quæ est in ea provincia, ubi de ea quæritur. Absens est, quæ est peregre, & in alia provincia, quod ostendit aperte lex *qui decem, §. idem responsum, de solut.* Ergo oblatio quidem exigit, ut res præsens fuerit, alioqui non intelligitur obtulisse rem propter absentiam, & solum est præsens, quod est in ea regione: novatio autem non exigit, ut res sit præsens, & eundem habet effectum sive res sit præsens, sive absens: & hoc est quod ait Papinianus. Nec me movet lex *qui decem, §. cum Stichum, & §. seq. de solut.* ex qua efficitur etiam in novatione exigi præsentiam rei, id est, novatione non finiri moram, non tolli pristinam actionem, nisi res præsens fuerit quo tempore actum est de novatione. Hoc in illo §. ostenditur, oblationem liberare periculo, & emendare moram, sive a debitore fiat, sive ab alio nomine debitoris, sciente debitore vel ignorante, scilicet si creditor accipere noluerit, id est, si posterior ipse fecerit moram. Et adjicitur, eundem esse effectum stipulationis non conceptæ pure, sed factæ sub conditione novandi causa, licet novatio non contigerit, quod scilicet res interierit pendente conditione stipulationis: neque enim novatio contingit, nisi res sit in rebus humanis cum existit conditio. Et hoc ita esse, sive creditor stipuletur sub conditione a debitore, sive ab alio ignorante debitore. Ergo ita constituamus: moram purgari per stipulationem conditionalem, licet ex ea novatio non contingat: quod confirmat etiam lex *quotiens, §. 1. de novat.* Sed hoc ita verum est, si res præsens fuerit, quæ in stipulationem conditionalem deducta est: Nam si res præsens fuerit, stipulatione nuda, ex qua novatio non fit, licet fuerit interposita novandi animo, mora purgatur, quia pro oblatione cedit, si res præsens fuerit. Offero rem non tantum, si dicam me paratum esse solvere: sed etiam si promittam stipulanti tibi, vel pure, vel sub conditione: neque enim quod promitto, recuso solvere, imo me ad solvendum adstringo: denique offero & purgo moram, si quam ante admisi. At si res ipsa, quam ab eodem debitore stipulatus sum sub conditione, fuerit perempta pendente conditione, atque ideo non secuta novatio sit, ea stipulatione non censetur purgata mora; non certe stipulatione, quia effectum non habuit re perempta interim: non etiam quasi oblatione, nam res absens non intelligitur oblata. Et hæc est sententia illius §. satis obscuri, qui tamen non adversatur Papiniano: Nam Papinianus in stipulatione, ex qua contingit novatio, putat nihil referre, præsens fuerit res, an absens. Marcellus in eo §. de stipulatione loquitur, ex qua non contingit novatio, in qua omnino exigimus præsentiam rei, ut pro oblatione habeatur, atque ita purgat moram. Diximus in summa, purgari moram, & liberari debitorem periculo per stipulationem conditionalem novandi causa interpositam, si modo res præsens fuerit, licet novatio non contigerit extincta pendente conditione stipulationis, & novationem non contingere, etiamsi conditio stipulationis existat post interitum rei. Hæc est summa doctrinæ superioris. Cui tamen valde obstat lex *si rem, de novat.* quæ significat, in ea specie nec purgari moram, & novationem contingere: obstat etiam lex *eum qui 56. de verb. oblig.* ex qua efficitur, novationem quidem non contingere,

A sed moram etiam non purgari. Sed quidnam sit illis legibus respondendum, postea explicabimus; cum aggrediemur legem *arboribus, de contr. empt.*

Ad L. Arboribus LVIII. de Contr. empt.

Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne, dictum est emptionem fundi non videri contractam esse, si contemplatione illarum arborum veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente, sive ignorante venditore; sive autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt.

DIximus, moram purgari & debitorem liberari pe-
B riculo omnino non tantum novatione quæ fiat interveniente stipulatione pura: sed etiam stipulatione conditionali: Nam etsi conditio existat post extinctam rem, novatio non fit, quia nulla est res, quando conditio existit: novatio non tantum emendat moram, sed etiam stipulatio interposita novandi causa, licet effectum non habuerit. Et hæc ita procedunt, si tempore conditionalis stipulationis res præsens fuerit, id est, si in eadem provincia fuerit; hoc casu moram purgari per conditionalem stipulationem, licet ex ea novatio non existat, ut res quæ præsens in stipulationem deducta est, oblata videtur; & constat oblatione moram purgari, novationem autem non fieri, quia res interiit ante moram; nec enim post veterem moram, quæ sublata est, nova intercessit mora. Hoc est quod supra diximus: & adjecimus huic
C definitioni obstare legem *si rem, de novat. & l. eum qui §. ult. de verb. oblig.* quæ nobis explicandæ sunt, & demonstrandum, quidnam respondendum sit. Ex *l. si rem* colligitur in eadem specie rei debitæ deductæ in stipulationem conditionalem factam novandi animo, & pendente conditione re perempta debitorem non liberari periculo, & novationem fieri, post interitum rei conditione existente. Et ut explicatius dicam, finge: rem quam mihi debes, de te stipulatus sum novandi causa sub conditione, non fiet igitur novatio, nisi res existat tempore conditionis existentis, & nisi res ea fuerit in rerum natura: verum adjicit *d. l.* hoc ita verum esse, si tu ante eam stipulationem conditionalem moram feceris: Nam si moram feceris, etiamsi res non extet tempore existentis conditionis, tu mihi teneris ex stipulatione, quasi novatio-
D ne facta: stipulatio committitur existente conditione, quia res periit post moram commissam: nec enim interim videtur purgata mora. Sed si verum amamus, id tantum dici potest, atque id procedit simpliciter, si res absens fuerit tempore interpositæ stipulationis conditionalis. Superior definitio est de re præsente, res præsens pro oblata habetur, res absens pro oblata non habetur: & ideo non videtur purgasse moram qui rem absentem promisit sub conditione: certe non purgavit moram stipulatione, quæ est in suspenso: non purgavit etiam quasi oblatione, quia res absens oblata intelligi non potest; & consequenter, quia periculum ad eum pertinet, quasi mora non purgata existente conditione tenetur, & novatio fit. Sententia legis *eum qui, §. ult.* hæc est, rem, quam mihi debes, stipulatus sum sub condi-
E tione, non a te, sed a Titio, pendente conditione res interiit post moram tuam, post extitit conditio: non fit novatio, & tu mihi teneris, licet res interierit: ergo ea stipulatio non potest purgare moram: hoc facilius possumus expedire, quam illud, quod ante diximus. Respondeo moram quæ præcessit stipulationem conditionalem purgari per eam stipulationem, licet ex ea novatio non fiat: moram autem, quæ secuta sit eam stipulationem, quæ facta est pendente conditione, de qua agit lex *eum qui*, non de ea, quæ præcessit stipulationem, non purgari, sive res præsens fuerit, sive absens: & ideo quod moram commisisti, mihi teneris etiam re perempta. Titius non tenetur, quia res interiit antequam moram faciat: novatio igitur non fit, quia Titius non obligatur,

tu

tu obligatus manes, *l. 57. §. ult. de verb. oblig.* Nunc interpretationem legis *arboribus* aggrediamur. Quæſtio eſt de fundo vendito contemplatione arborum, quæ in eo fundo conſitæ ſunt, ut de oliveto vendito: fundus qui olivetanus dicitur, veniit contemplatione arborum, aut de vineto, de arbuſto, an valeat venditio, ſi ante venditionem arbores evulſæ, exuſtæ, dejectæ fuerint vento: eadem quæſtio extat de domo in *l. prox. ſup.* an domus venditio valeat, quæ ante venditionem combuſta fuit: & quæ, ut Papin. admonet in hac l. diſtinctionibus quibuſdam adhibitis, definiuntur de domo vendita, ſunt etiam transferenda ad hanc legem, & licet Papin. de fundo tantum agat, tamen demonſtrat idem tractaſſe ante de domo. Finge igitur: domus vendita eſt, quæ ante venditionem combuſta fuerat, ſuperficies perierat; area manebat, ſolum manebat, quæ eſt maxima pars domus, *l. qui res 98. §. ult. de ſolut.* Superficies eſt pars minima, ſi conferatur cum ſolo, & ideo jure gentium ſuperficies ſemper cedit ſolo, *l. pen. l. ult. §. ſed ſi, uti poſſid. l. qui domum 50. ad l. Aquil.* Vel finge: fundum vendidiſti contemplatione arborum, veluti olivetum, aut vinetum, & arbores igne abſumptæ fuerant aut vento dejectæ ante venditionem. Arbores ſunt ſuperficies fundorum, atque ideo latior ſuperficiei, quam ædificii appellatio: & rurſus etiam ad aliquid latior ædificii, quam ædium. Nam ædificia alia ſunt urbana, alia ruſtica: ædes tantum ſunt urbana prædia; & rurſus ædium ad aliquid latior ſignificatio, quam ædificii. Nam ædes ſolum & ſuperficiem continent, ædificium proprie eſt ſuperficium in *l. domo 21. de pign. actione, l. 9. §. quæſitum, de dam. inf.* Ædificium eſt pars, ædes totum, *l. 31. de leg. 3.* ſi cui ædes legatæ ſunt, omne id ædificium habebit, quod ſolum earum ædium erit. Quæritur autem ſuperioribus duobus caſibus, an venditio conſiſtat, ſi res perierit ante venditionem, & an ex eo negotio ſit actio, id eſt, an impleri debeat contractus utraque ex parte? Et auctores ita diſtinguunt. Aut uterque ignoravit domum eſſe combuſtam, vel emptor ſcivit, venditor ignoravit, aut contra, aut uterque ſcivit. Diviſio hæc eſt perfectiſſima. Si uterque ignoravit, nulla eſt venditio, quia ſine re venditio non conſiſtit: emptionis venditionis ſubſtantia conſiſtit ex re & pretio, *l. etſi conſenſum 15. hoc tit.* etiamſi ſit conſenſum in corpus, ſi tamen id perierit ante venditionem, nulla eſt venditio: & ideo emptor non compellitur venditionem implere, & quod ignorans ſolvit, poteſt condicere, quia neutra ex parte contrahitur obligatio. Et hoc ita, ſi tota domus exuſta ſit, ſi totum olivetum conſumptum ſit, vel major pars ejus. Nam in rebus humanis non videtur eſſe res, cujus major pars interiit; res quælibet ex majori parte cenſetur. Conſumpta igitur majori ex parte res, abſumpta videtur. Nam ſolum, ſive area non eſt domus, imo nec pars domus ſublato ſuperficio. Ergo ſine re videtur contracta venditio, ſi ea res, quæ veniit, majori ex parte perierit ante venditionem; ſed ſi pars dimidia permanſerit, & dimidia perierit, vel ſi minor pars, vinditio conſiſtet, quia non intelligitur periiſſe domus, cujus pars major ſupereſt, aut dimidia. Et ideo hoc caſu, ſi dimidia tantum perierit, emptor cogitur perficere contractum: nam perficitur nudo conſenſu, & aliud eſt proprie perficere emptionem, aliud implere. Cogitur igitur emptor ſolvere pretium rei, quamvis non ſit integra res, puta parte dimidia conſumpta: ſed quia actio ex vendito eſt bonæ fidei, bonus vir arbitrabitur, ut diminuatur pretium, & boni viri arbitratu, id eſt, officio judicis, *l. officio, hoc tit.* Judex quid eſt? magiſter & ſacerdos æqui & boni: arbiter, vir bonus, cui cauſæ cognitio, aut juriſdictio data eſt: Interpres bonæ fidei & doli mali, *l. ſi ſervus 61. §. circa commodatum, de furt.* Habet enim dolus malus *ἀντιδιαστελλομένην* bonam fidem. Si utroque ignorante domum exuſtam eſſe vel olivetum, venditio contracta fuerit, nec fuerit exuſta tota, ſed pro parte tantum dimidia; aut minor, valere venditionem. Objicitur ſtulte lex *ſi duos 44. hoc tit.* non pugnat ea lex. Finge: Vendidi tibi duos comœdos, quorum unus non poſſit ſejungi ab altero ſine

A incommodo, finge unum ex iis interiiſſe ante venditionem, an in uno conſiſtet venditio? minime. Cur igitur non dicis idem in domo? Ratio eſt diverſitatis, quia nec venditori, nec emptori, niſi utrumque habeat, expedit: partem domus habere expedit, & poteſt eſſe uſui, nec quicquam incommodi patitur emptor, cui diminuetur pretium pro rata ejus, quod incendio periit. Aut venditor ſcivit, emptor ignoravit, & hoc caſu nulla eſt venditio, ſi tota res perierit ante venditionem, ſed ſi extet pars aliqua vel major, vel minor: neque enim ſpectamus quanta permaneat; ſed dicimus indiſtincte valere, & venditorem teneri in id, quod intereſt propter reticentiam, *l. ſi poſt 9. de peric. & com. rei vend.* & ita coercetur dolus venditoris, non ad rem tantum, ſed etiam in id, quod intereſt. Objicitur lex *ſi in empt. 34. §. item ſi,*
B *hoc tit.* agitur ibi de re furtiva vendita: non poteſt vendi res furtiva, res aliena poteſt vendi, nec tantum dicimus rei furtivæ non eſſe uſucapionem: ſed etiam venditionem non eſſe, donationem non eſſe. Nam ſi ille §. conjungatur cum præcedenti, apparet Jureconſult. adnumerare illis rebus, quarum commercium non eſt, rem furtivam: & conſequenter ait, nullam contrahi obligationem, ſi uterque ſcierit rem eſſe furtivam, & contraheretur tamen, ſi uterque ſcierit rem eſſe alienam. Ait etiam, ſi venditor ignoravit, emptor ſcierit, non obligari venditorem, ſed nec agere ex vendito, niſi ultro id quod convenit præſtet: contra ſi venditor ſcierit, rem eſſe furtivam, emptor ignoraverit, utrinque obligatio naſcitur. Ergo in noſtra ſpecie cur non debet naſci obligatio? Reſpondeo uno verbo, non poteſt naſci, quia nulla res ſubeſt tota
C domo combuſta. In d. §. ſubeſt res: Aut e contrario venditor ignoravit, emptor ſcivit domum eſſe exuſtam, & hoc caſu non valet venditio, ſi tota ſit exuſta, ſed ſi vel portiuncula manet, venditio valet propter dolum emptoris, & tenetur emptor adimplere contractum, quia diſſimulavit, ut forte venditorem condemnaret ex empto: diſſimulatio omnis, reticentia, dolus eſt, & ſibi imputare debet, quod emerit rem, quam ſciebat extinctam. Aut uterque ſcivit, & hoc caſu ſive exuſta ſit tota, ſive ex parte, venditio non valet, quia uterque ſcivit, utraque ex parte dolus interceſſit: ergo ex neutra parte conſiſtit contractus bonæ fidei: contraria hæc ſunt dolus & bona fides. Et falſo hic Accurſ. in *l. domum, hoc tit.* quæ hanc præcedit, in verbo, *nihil actum,* meo quidem judicio, pro parte; quæ ſupereſt poſſe contrahi venditionem, licet uter-
D que ſcierit, quod acciderat rei ante venditionem. Nam doli ratio obſtat univerſæ venditioni. Ideo ait lex nihil penitus agi, nec poſſe ſe coarguere invicem, dolus dolo compenſatur, *l. viro 39. ſolut. matrim. l. 10. de compenſat.* quod etiam male colligit ex *§. quotiens, d. l. 10.* qui tantum ait, quod ſupra diximus in *l. arboribus, & l. domus, de contr. empt.* quoties ex delicto oritur actio, utpote ex cauſa furtiva, ſi de ea vel pecuniario judicio agitur, compenſatio locum habet. Poſt hæc nimirum verba eſſe legendum, id eſt, *per, pro; idem: ita in l. 30. de act. empt.* id eſt, melius quam Florent. *idem eſt l. veteres, hoc tit. l. 45. & ſeq. loc.* Et eam emendationem confirmant *βασιλικά*, in quibus nimis iſta brevi ſermone comprehenſa ſunt. Is cum quo agitur pecuniarie ex furto vel maleficio, compenſationem opponere poteſt: & de noxali actione
E idem adjicitur, ex quo habemus duo ſingularia; Actionem ſeu condictionem furtivam ex maleficio dari; ut in *l. ſi mulier 21. §. hæc act. rer. amot.* nam non ideo minus videtur ex delicto dari, quod ſit etiam rei perſecutoria, ſicut dicitur de actione in factum ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſa facta, quæ licet ad rei perſecutionem pertinet, tamen videtur ex delicto dari: adde *l. quia pertinet, de alie. jud. mut. cauſ. fac* idque fit odio furum, & ut Theoph. ait contra reg. ju. Deinde eſt notandum ex his, noxalem actionem pecuniariam: & eleganter in *l. 6. §. 1. de re jud.* ſolius noxæ deditionis nullum eſſe judicium, ſed condemnationem pecuniæ perſequi: in condemnatione eſſe pecuniam, noxæ æſtimationem: in ſolutione, ex 12. tab. & noxæ deditionem. Quam-

obrem recte mihi videtur concepta formula sententiæ proferendæ in noxali judicio *in t. de off. jud. Inst. lib.*4. *Publium Mævium in pecuniam certam condemna, aut ut noxam dedat*. Præcedit verbum *condemna*, sequitur, *noxam dedere*; Hanc igitur facultatem noxæ dedendæ habet ex 12. tab. si nolit subire æstimationem litis; hic actionem in factum judicii mutandi causa factam pecuniariam, civilem esse ex delicto, & noxalem esse pecuniariam. Summa autem eorum, quæ exponuntur in *h. l. arboribus*, & in *l. domus*, præcedentis hæc est. Si res quæ veniit, tota perierit ante venditionem, & hoc uterque scierit, vel ignoraverit tam emptor quam venditor, vel alteruter, non stare venditionem. Idemque esse, si quælibet pars perierit ante venditionem, & hoc scierit uterque contra venditionem, si perierit dimidia pars, aut minor, quam dimidia utroque ignorante. Itemque si perierit pars quantulacunque solo venditore, vel solo emptore sciente. Et hoc est, quod ait Papin. hac lege, *sive*, id est, non distinguimus sive sciverit venditor, an ignoraverit; omnes arbores consumptas igne. Alia distinctio in *l. si post, de peric. & com. rei vend.* Quædam arbores vi dejectæ sunt, & constat venditio, si emptor ignoravit, venditor scivit, nec admonuit. Quod ad Papin. videtur Ulp. adjecisse.

Ad L. Pacta conventa LXXII. eod. tit.

Pacta conventa, quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur, quæ vero adjiciunt, credimus hoc non inesse, quod locum habet in his, quæ adminicula sunt emptionis: veluti ne cautio duplæ præstetur, aut ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur. Sed quo casu agente emptore, non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio non immerito quæsitum est: quoniam emptionis substantia consistit ex pretio, Paulus notat: si omnibus integris manentibus, de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, & nova emptio intercessisse videtur. (*)

Est hæc lex famosissima. Pacta conventa dicuntur non per διασταλὴν, quasi sint quædam pacta non conventa, sed perpetuum est epithetum, quia ex solo conventu valent, & æstimantur: contractus propter conventum valent, & æstimantur ac censentur nomine legitimo & proprio, ut societas, mandatum: vel deficiente nomine æstimantur, & censentur ex causa, a qua incipiunt, id est, datione vel facto aliquo, ut do, ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Do ut des, est contractus, quia præter conventionem cœpit res a datione, hoc est, conventioni accessit datio. Dabo ut des, est pactum. Quid est contractus? conventio, quæ nomen proprium habet, quæ datione, traditione, aut facto aliquo sumit effectum: Vel, ut Theophil. definit: Contractus est duorum pluriumve in idem placidum consensus, ex quo nascitur obligatio. Ab effectu sic definitur: sed prior ad substantiam magis pertinet. Quid est pactum? Res de qua convenit, quæ nomen non habet aliud, quam pactum, quæque nulla ex parte sumpsit effectum, nec versa est in stipulationem. Vel, imitatione Theophili: Pactum est duorum, pluriumve in idem placitum consensus, ex quo non nascitur obligatio: Vel pactum est conventio, cujus neque ulla causa subest, quodque nomen proprium non habet. Conventio est genus, cujus species duæ sunt, contractus, & pacta, *l. 1. de pact.* Eadem ratione dicuntur pacta, & conventa. Paul. 1. *sent.* 1. Tull. pro Cæcin. *quam pacti & conventi formula*. Seneca de benef. *nec pacta, conventaque impressis signis*: & e converso etiam conventa, & pacta. *Juvenal. Satyr. 6.* Eadem quoque ratione dicuntur pacta nuda, non quasi alia sint non nuda: nullum est pactum, quod non sit nudum: ut si ita convenerit, *dabo ut des*, pactum est. Etiam ea pacta,

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 25.*

A quæ pariunt actionem, sunt nuda, & ex pacto sæpe res meat in contractum, vel stipulationem, vel quem alium: ut si ita convenerit, *dabo ut des*, est pactum: si cœpero dare, desinit esse pactum, & fit contractus. Dicuntur pacta nuda, quia solo consensu constant, & nuda a nomine, nuda a causa, nuda a vinculo stipulationis, circumscribuntur, stantque ad finem placiti, *l. si tibi* 27. *C. de loc. & cond. l. si divisioni, C. fam. ercisc.* Ex contractibus nascitur civilis & naturalis obligatio: sunt enim contractus non tantum civiles, sed & jurisgentium: ex pactis non nascitur civilis obligatio, sed nec etiam tollitur civilis obligatio: naturalis tamen obligatio nascitur ex pactis, atque etiam tollitur: Ergo ex pactis actio neque datur, neque ipso jure perimitur: exceptio & replicatio datur jure prætorio, & justa pacta ita rata habentur, ut
B juri præstare dicantur. Vetus erat verbum, *pacta juri præstare*, apud Cornif. hoc est, præstabiliora esse legibus, licet legibus non observentur, sed edictis prætorum tantum, datis exceptionibus, & replicationibus: & quandoque datis actionibus, ut jure prætorio de pignore ex pacto nascitur actio pign. sive hypothecaria, *l. si tibi* 17. §. *de pign. de pact.* Eodem etiam jure de constituta pecunia quasi ex pacto nascitur actio, *l. 1. de const. pec.* De alia re quod sciam, aliove gestu, ne jure quidem prætorio ex pacto nascitur actio, quod lege non confirmatur. Quædam tamen sunt pacta, quæ legibus observantur: regulariter pacta legibus non observantur. Observantur autem legibus ut de injuriis, & furtis ex 12. tab. Hæ actiones pacto ipso jure tolluntur etiam non opposita exceptione, *d. l. si tibi* §. 1. *de pact. l. post decisionem* 13. *C. de*
C *furt.* Idem ostenditur in *l. jurisgent.* §. *si paciscar, de pact. post decisionem*, hoc est, post pactionem, si quis pro fure damnum deciderit. Et sumpta sunt hæc verba ex 12. tab. ut in alio capite, *fructus duplione damnum decidito*, Damnum decidere, est pacisci, quæ pactio perimit actionem de furto. Sic etiam injuriarum actio pactione tollitur ex 12. tab. Actionem igitur injuriarum, ut si quid addictus debitor creditori cum creditore paciscatur (ut mea fert opinio) ex iisdem legibus 12. tab. pacta observabantur quasi legitima, quoniam post addictionem debitoris Gellius ait, interim fuisse jus paciscendi: ex iisdem legibus igitur, & nisi pactum fuisset haberi dies 60. in vinculis. Et pacta etiam ea legibus observantur, quæ contractui bonæ fidei adjiciuntur ex continenti: nam leges non servant tantum contractus, sed & leges contractuum,
D hoc est, pacta adjecta in continenti. Non quodlibet pactum lex est, sed id tantum, quod additur ex continenti, quia format actionem venientem ex contractu. Hæc igitur pacta sunt legitima, hoc est, jure approbata confirmataque, *l. jurisgentium*, §. *quinimo, de pact. l. cum dotem, C. de jur. dot. l. nec ex prat.* 27. *de re. judic.* Proficiunt ergo ad actionem, & obligant, ut in *l. venditor* 13. *com. præd.* per venditionis legem obligantur, &c. & in *l. in bonæ fid. C. de pact.* ex his pactis competere actionem; cur ita? quia si contractus est legitimus, & ipsa sunt legitima, quandoquidem habentur pro parte contractus, continentur & insunt contractui. Ex pactis autem ex intervallo non nascitur actio, quia non videntur inesse contractui, quæ fiunt longe post contractum, quæ non coherent contractui, sed ab eo absunt, distantque lon-
E gissime. Cur pacta incontinenti facta proficiunt ad actionem? quia insunt contractui, & contractus utilis est ad actionem. Ergo, quæ non insunt, non proficiunt ad actionem, sed ad exceptionem tantum jure honorario: imo ut ostendit Papin. in *h. l.* interdum pacta ex intervallo proficiunt ad actionem jure ipso quasi legitima. Sunt multa ejus rei exempla: quærunt tamen interpretes. Est vero tota hæc lex de pactis factis ex intervallo, nihil in ea agitur de iis, quæ ex continenti. Et ait, *ex pactis ex intervallo nasci actionem interdum*. Et ideo ait, *pacta quæ postea facta*, id est, post emptionem ex intervallo. *Postea* semper significat ex intervallo, *mox* plerumque ex continenti, interdum ex intervallo, *ut d. l.* 23. *de captiv. & postl.* Horatius: *mox daturos progeniem vitiosiorem*, & alio

loco,

loco, *ut mox nulla fides dictis, &c.* vide Feſtum. Sed quæro, quid ſit ex continenti, quod ſi ſcieris, & ſtatim cognoveris, quid ſit ex intervallo. Quæ pacta dicit fieri in continenti, an quæ fiunt ſtatim in ipſo negotio? Minime, videntur pacta facta in continenti, quæ non ſunt facta confeſtim, modo non poſt aliquod intervallum facta ſint, in *l. ſi ventri, §. ult. de reb. auct. jud.* Nam modicum intervallum, intervallum non eſt: ſed ſi ad alia negotia diverterit, qui contraxit, ut definit *l. ſi ex duobus, de duob. reis,* ergo ex intervallo videtur factum, non ex continenti, quod quis fecit poſteaquam a contractu divertit ad alia negotia: & contra ex continenti, quod quis fecit antequam ad alia negotia divertit. Et ideo chorus apud Sophoclem, dum Regi ſuadet ut ſtatim monumentum extruat Polynici, ὁρᾷ μὲν τὰ δὲ ἐλθὼν μὴτ' ἐπὶ ἄλλοια τρέπει, quod enim fecit aliquis poſtquam ad alia negotia divertit, non videtur feciſſe ex continenti. Facta autem (ut Papin. oſtendit in hac l. cujus auctoritate etiam utitur Ulpian. in eam rem in *l. jurisgent. §. idem reſp. de pact.*) quæ fiunt ex intervallo, vel adjiciunt aliquid emptioni vel detrahunt. Forſitan exiſtimaret quis ea pacta detrahere, quæ negativa ſunt: adjicere quæ affirmativa, ſed errore labitur: nam & negativa adjiciunt, ut ſi convenerit, ne venditor caveat de evictione. Hoc pactum nihil detrahit, ſed adjicit. Adjiciunt pacta, quæ extranea quædam adjiciunt ſalva ſubſtantia contractus; ut ſi poſt emptionem paciſcantur ut præſtetur cautio duplæ evictionis nomine, vel etiam ſi paciſcantur ut ſatiſdetur evictionis nomine, non repromittatur: jure ita ſe res habet, ut evictionis nomine debeat venditor tantum repromittere, non etiam ſatiſdare datis fidejuſſoribus, *l. 1. §. ſtipulatus dup. de præt. ſtipulat.* Sed licet jure ita ſe res habeat, tamen pactum juri præſtat: id eſt, ita pacta juſta exiſtimantur, ut juri præſtent, & jure potius ſit pactum. Nam efficit, ut quod juris eſt, non ſit; & contra, veluti ut non caveatur de evictione, vel ut ſatiſdetur, & ſæpiſſime etiam in legibus jureque communi additur hæc exceptio, *niſi aliud convenerit*, qua demonſtratur, conventionem legibus præſtare. Quamobrem recte dices, voluntatem teſtatoris & voluntatem paciſcentium juri præſtare. Hæc vero pacta, quæ propoſui, dicuntur eſſe extra naturam & ſubſtantiam contractus in *d. §. idem reſp.* quia nihil attingunt ſubſtantiam emptionis, quæ conſtat tantum re & pretio, ſed pertinent tantum ad emptionis adminicula. Evictio eſt adminiculum emptionis, ut in *l. inſtrumenta, C. de probat. l. 3. C. de teſtib. βοήθημα*. Qua de cauſa a Juſtin. evictio appellatur pediſſequa, παρακολούθημα emptionis. Denique evictio eſt adminiculum emptionis: pretium ſubſtantia emptionis: ſine qua nulla eſt emptio: ſine adminiculo emptio conſiſtit, non tamen ſine hoc adminiculo evictionis, rem habere, ſi evincatur, licet, ut uſusfr. ſine aditu ad fundum conſiſtit, non tamen uti frui licet ſine aditu, *l. 1. §. 1. ſi uſusfr. pet.* uſusfructus eget adminiculis, non ut conſiſtat ſubſtantia uſusfr. ſed ut fructus percipere liceat. Ex iis autem pactis, quæ adjiciunt emptioni, quæq; pertinent ad adminicula emptionis, non ad ſubſtantiam, ex iis, inquam, non naſcitur actio, ſed exceptio tantum: & hoc eſt quod dicitur, pacta non contineri contractu, alioquin ex iis naſceretur actio, nihil commune habet cum contractu, denique non proficere ad actionem, ſed ad exceptionem tantum: & ideo ſi agat emptor, ut ſibi ſatiſdetur de evictione ex pacto, non audietur, ne ex pacto naſcatur actio, ut Papin. ait, ſed contra, ſi agat venditor cum emptore ex pacto, emptori dabitur exceptio: & in ſumma pactum hujuſmodi proficit ad exceptionem tantum, non ad actionem. Et hæc ſunt, quæ Papin. proponit in prima & ſecunda parte hujus legis. Dixi ſupra Pap. in *l. pacta conventa*, de iis tantum pactis tractare, quæ fiunt ex intervallo, poſt contractam emptionem, & quæ ſint vires eorum, quæ fiunt ex continenti, ſatis expoſuimus. Ergo cum Papin. tractabimus de viribus tantum eorum pactorum, quæ fiunt ex intervallo: & ut rem omnem nunc abſolvam, ut perſpicuam eam totam reddam, neceſſario paucis repeten-

A dum eſt, quod de iis diximus, & ſi fieri poteſt inſinuandum apertius. Ea pacta, quæ fiunt ex intervallo Papin. ita dividit (meo quidem judicio de pactis ſcripta nulla lex eſt elegantior; quidquid enim de viribus eorum pactorum dici poteſt, paucis comprehendit) vel inquit, ea pacta adjiciunt aliquid emptioni, vel detrahunt: Quæ adjiciunt non ineſſe ex parte actoris: vel quod idem eſt, *non contineri contractu*, id eſt, non formare actionem, inefficacia eſſe ad agendum, non ineſſe etiam ex parte rei: quod notandum, quia tametſi proficiant ad exceptionem, tamen eam opponi neceſſe eſt ab eo, qui pacto nititur, qui ex pacto commodum vel lucrum quærit; nec enim ipſo jure tutus eſt reus, & ineſſe tantum ea pacta dicuntur ex parte rei, quorum exceptio proponi neceſſe non eſt, hoc eſt, quæ reo proficiunt etiam tacenti, *l. 3. de reſcind. vend.*

B Quæ vero detrahunt aliquid emptioni, inſunt ex utraq; parte: nam & actionem pariunt actori, & reum ipſo jure tutum reddunt, etiamſi non opponat exceptionem pacti, *d. l. 3.* Et hoc eſt, quod dicitur, exceptionem pacti ineſſe actioni bonæ fidei, hoc eſt, a judice pacti rationem haberi, etiamſi ejus pacti exceptio omiſſa ſit ab adverſario: denique poteſtate judicii bonæ fidei ei exceptionem pacti ineſſe. Et Papin. propoſita hujuſmodi diviſione ac differentia pactorum, quæ aliquid adjiciunt aut detrahunt, ait, ea non eſſe ex eodem contractu, hoc eſt, ex ipſo contractu, *l. 7. §. adeo, de pact.* Quod ita interpretantur Græci, κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, ex ſtatu emptionis, ex natura, ex ſubſtantia, ſed eſſe de adminiculis, ſine quibus conſiſtit ſubſtantia emptionis & venditionis, veluti de evictionis cauſa, ut ſi pepigerit ex intervallo,

C ne cautio duplæ præſtetur evictionis nomine, vel ſi pepigerit, ut præſtetur cum fidejuſſore. Hæc pacta valent ad exceptionem, non ad actionem: nam ſi ex illo pacto, ut cum fidejuſſore cautio duplæ præſtetur, velit agere emptor, non dabitur actio: ex illo pacto, ut ſatiſdatio duplæ præſtetur, non agit emptor ut detur fidejuſſor, ut detur ſecundus auctor, hic enim appellatur fidejuſſor evictionis: contra ex illo pacto, ne evictio præſtetur, vel ne cautio evictionis præſtetur, ſi agit emptor ex empto de evictione, vel de cautione evictionis præſtanda, poterit venditor tueri ſe exceptione pacti, ne præſtet evictionem, atque ita pactum, quod non valet ad actionem, valet ad exceptionem. Delenda eſt gloſſa Accurſ. in verbo *agente*, quod repetitur, non idem ſignificat: nam illo loco, agente emptore, hoc eſt litem faciente emptore &

D deſiderante fidejuſſorem evictionis nomine, pactum non eſt utile, quia non parit actionem emptori, ſed agente venditore, & defendente ſe venditore adverſus emptorem, qui agit de evictione, pactum venditoris proficiet jure exceptionis. Recte, jure exceptionis, nec enim proficit ipſo jure, quia pactum tale, ne ex parte quidem rei ineſt; pactum tale neutra ex parte ineſt, & hanc vim tantum habet, ut proficiat ad exceptionem: nam omiſſa exceptione pro omiſſo habebitur, nec ſupplebitur officio judicis, quia neutra ex parte ineſt. Et ita ſæpe commune eſt in jure agere & rei & actoris, ut in *l. 1. de except. l. 1. de eden.* Æquum eſt reo actionem edi, ut reus veniat inſtructus ad agendum, id eſt, ad defendendum cauſam. Ego maxime velim vos obſervare interpretationem hanc: agente emptore, hoc eſt, litem inchoante, & provocan-

E te ad judicium in hoc, ut ſibi detur fidejuſſor, pactum nihil proficere, ſed agente venditore, id eſt, defendente litem venditore, pactum quo cum convenit ne venditor conveniretur de evictione, ei proficit jure exceptionis, verba illa, *jure exceptionis*, ſignificant ſequentia verba (*agente venditore*) eſſe accipienda de reo; Accurſ. comminiſcitur alia pacta, nos propoſitis inhæremus: nunc tractemus de pactis, quæ detrahunt. Hæc ſunt ex eodem contractu, hoc eſt, pertinent ad naturam ipſam, & ſubſtantiam contractus. Natura contractus eſt, quo conſiſtit contractus, & ſine quo non conſiſtit vel contractus ipſe, vel res ipſa, quæ contracta eſt, ſubſtantiam dicit Papin. hoc loco, Ulp. naturam in *l. jurisgent. §. idem reſpondit, de pact.* non eſt conſtituenda differentia inter naturam & ſubſtan-

stantiam. Accurs. dicit, alia esse pacta de naturalibus, alia de substantialibus, quæ idem sunt. Et rursus naturalia, quæ vocat & accidentalia idem non sunt, veluti evictiones, quæ Accurs. vocat naturalia, & accidentalia, nos adminicula vocamus: & pacta accidentalia sunt, quia non oriuntur ex natura contractus, & per se sine his subsistunt contractus: ergo quæ ille vocat naturalia, nos non ita vocamus: pacta, quæ sunt de adminiculis, nos accidentalia dicimus. Verum ad rem: quæ detrahunt emptioni, sunt de natura & substantia emptionis: detrahunt emptioni pacta, quæ pretium, de quo convenit initio, minuunt: hoc fatetur statim unusquisque. Sed hoc etiam dicimus, detrahere non ea pacta tantum, quæ diminuunt, sed etiam ea, quæ augent pretium, hoc est, quia sunt de substantia emptionis & venditionis, quia utroque genere sive paciscantur de minuendo, sive de augendo pretio, receditur a priori emptione & nova constituitur. Sane detrahit priori emptioni, quia a priori recedit: non autem minus recedit, qui pacto auget pretium, quam qui minuit. Ergo recedunt utroque genere a priore contractu, & constituitur novus. Pretio enim mutato, & emptio mutatur: mutatis adminiculis, emptio non mutatur, sed adjicitur aliquid contractui, sive convenerit de præstanda evictione, vel non præstanda. Breviter, detrahere emptioni est ab ea recedere; adjicere est intacta substantia emptionis, hoc est, salvo manente contractu pacisci aliquid de accessionibus, de pedissequis emptionis venditionis. At Papin. quæsitum esse ait, an quod diximus de pactis, quæ adjiciunt, ut non proficiant ad actionem, locum etiam habeat in pactis, quæ detrahunt, puta quibus augetur vel minuitur pretium ex intervallo, an hæc etiam sint inefficacia ad agendum? Et merito dubitatum esse ait, quia hæc pacta, quæ detrahunt, quæ augent minuuntve pretium, videntur constituere novam emptionem: sunt enim de substantia contractus, quæ consistit ex re, pretio, & consensu. Extra hæc tria, quæ accedunt, adminicula sunt contractus, non substantia, quia contractus non eget adminiculis, hoc est; contractus est, etiamsi defuerint ea adminicula, etiamsi rem habere non liceat, hoc est, etiamsi evincatur res. Quod si ea pacta novam substantiam emptionis constituunt, vires igitur habent ad agendum, quia res hæc non est pactum tantum, sed contractus. Pactum quod proficit ad contractum novam parit actionem, non quatenus per se solum est pactum, sed quia constituit contractum, ex quo certum est, nasci actionem. Et ita cum Papin. dixisset, quæsitum esse de ea re, nec quicquam definiisset, Paul. scribens notam ad Papin. rem ita definit: si omnibus integris, hoc est, nondum adimpleta emptione, nondum tradita re, nec pretio numerato, vel etiamsi adimpleta sit venditio, in integrum restitutis omnibus, quæ præstita sunt, hoc est, reddita re, reddito pretio, si, inquam, integris omnibus, vel restitutis in integrum, ut in *l. ab emptione* 58. *de pact.* rursum paciscantur de augendo vel minuendo pretio, recessum videri a priori emptione, & emptionem novam intercessisse videri: necesse est rem esse integram, vel restitui in integrum: alioquin remaneret prior emptio, quæ ob id nondum perfecta & impleta est, nec possit sub pacto nova emptio constitui; sed si res sit integra, hoc est, si non sit impleta emptio venditio, vel, si quæ impleta est, sit rescissa reddita re venditori, reddito pretio ejusdem rei, augendo & minuendo detrahitur priori emptioni, quæ erat perfecta, etiamsi non impleta sit, & constituitur nova emptio, repetitur emptio, *l. 2. inf. de rescin. vend. l. jurisgen. §. adeo.* Quod si nova constituitur, ergo nascitur actio, & intelligitur pactum inesse utraque ex parte; hoc est, intelligitur contrahi nova emptio cui insit illud pactum majoris vel minoris pretii. Atque ita notandum ex novo pacto effici novam emptionem, *l. 3. de pact. l. si unus* 27. *§. idem dicimus d. t.* Hoc summe notandum: nam usui erit ad intelligendam legem 1. *C. de pact.* quæ repetitur in *l. 1. C. de pact. conven.* & ad intelligendam *l. ultim. C. de rer. permut.* Ex quibus solis legibus refractarii efficiunt, non esse verum, quod jamdiu constituimus & probavimus, omne pactum esse nudum, & pactum nudum dici, non ad differentiam alterius quod non sit nudum, sed quasi perpetuo epitheto, quod non sit nisi conventio nuda, consensus nudus. Et possent movere unumquemque adversus hanc sententiam hæ duæ leges, *d. l. 1. de pact. conu.* sententia est: Dedi dotem certa lege, certo pacto, quod posui initio dandæ dotis, ut scilicet dos redderetur soluto matrimonio. Pactum, inquit, servari debet data actione, scilicet data *condictione*, (sic enim legendum est.) Ex eo igitur pacto datur actio: Objicitur, ex pacto non dari actionem, & respondet, tunc hoc dici, hoc procedere, quum pactum nudum est: nam si res data sit sub pacto redhibendi, ex eo pacto nascitur actio: non videtur ergo esse nudum; nam si esset nudum, non daretur actio ex pacto nudo. Sent. legis ult. est. Donavi tibi rem eo pacto, ut quod placuerit, menstruum seu annuum, mihi dares: ait ad implendum placitum competere mihi actionem præscr. verb. quia hæc conventio non pacti nudi nomine censetur; *sed rebus propriis dictæ legis substantia munitur*, rei propriæ datione munitur pactum, quod dictum est: non est igitur nudum, sed munitum rei propriæ datione, atque ideo parit actionem. Sed res omnis explicanda est ex iis, quæ diximus, ex pacto novum contractum effici, pactum proficere ad contractum. Qua de causa nonnunquam diverso respectu idem dicitur, pactum & contractus, ut arra dicitur pactum in *l. 2. C. quando lic. ab empt. rec.* & eadem arra dicitur contractus, in *l. contractus, C. de fide instrum.* Ita etiam pactum divisionis, vel permutationis, vel dotis, vel donationis, si modo datione sumpserit effectum, hoc est, si causam habeat, vel si stipulatione sumpserit effectum; pactum illud etiam contractus est, quia non perstitit in finibus pacti, sed pervenit ad dationem, *l. 3. C. de rer. perm. l. divisione* 45. *de pact.* Est igitur munitum illud pactum datione, & nihilominus est nudum: nam si per se spectetur, solum est & nudum, sive muniatur causa, & transeat in contractum, sive lege muniatur, ut pactum de injuriis, de furtis, sive contractui cohæreat ex continenti, sive ex intervallo. Et quod ait *d. l. legem, & d. l. ult.* hanc habet sententiam: dote data, vel re donata sub pacto aliquo, non pactum solum esse eam conditionem, sed cotractum; quia pactum non consistit in fine placiti, sed datione sumit effectum; vel potius esse contractum, cui inest illud pactum, quod tamen pactum, si per se spectetur, erit nudum: nunc erunt apertissima verba Papin. Exposui sententiam *hujus legis pacta conventa*; debeo tamen nunc etiam aperire, quæ in Glossa Accurs. probanda, vel improbanda sunt. Ac primum quidem non probavi, neque probo divisionem Accurs. inter substantialia & naturalia, & accidentalia contractus: nam quæ sunt naturalia, substantialia sunt: natura sive substantia emptionis idem est: emptionis substantia constat ex re & pretio; perficitur enim simul ac convenerit inter emptorem & venditorem de pretio: & quæ Accurs. vocat naturalia, id est, adminicula, certe accidentalia sunt. Est enim hoc in propatulo, ea quæ non sunt ex substantia, esse ex accidentibus: & quæ Accurs. vocat accidentalia emptionis, non sunt etiam accidentalia, ut si conveniat (hoc exemplo utitur) emptorem venditori, exemplar dare cujusdam libri: quæ conventio est omnino inutilis, cum nihil pertineat ad negotium venditionis, & pro non facta habetur, nisi venditor vilius vendiderit, *ut l. fundi* 79. *hoc tit. l. si sterilis, §. pen. de act. empt.* Et est eo casu conventio ex substantia emptionis, quia est in partem pretii, non ex accidentibus. Debuit potius ita dividere: Alia sunt substantialia, sive naturalia emptionis, quibus consistit emptio: Alia sunt adminicula emptionis, quæ si absint, emptio consistit: nonnihil tamen ad eam pertinent, eamve corroborant atque confirmant. Alia sunt neque substantialia, neque adminicula emptionis, quæ si adjiciantur, inutiliter adjiciantur, & in nihilum proficiant. Non probavi etiam neque probo divisionem pacti nudi, & vestiti: nam omne pactum est nudum, aut sane non est pactum, sed contractus.

ctus. Et vestiri ait Accurs. cohærentia contractus, aut legé, aut datione rei propriæ, vel stipulatione: vestiri cohærentia, ut si contractui bonæ fidei ex continenti pactum adjiciatur: nam non esse nudum pactum, sed vestitum sive coopertum contractu, cui injicitur, quod falsum esse demonstrat *l. 7. §. quinimo, de pact.* si modo coaptetur præcedenti §. Nam ubi ait, pactum nudum non parere obligationem, sed parere exceptionem, & subjicit, *quinimo interdum format actionem*, sane est repetendum pactum nudum, ac si diceret, pactum nudum non parit actionem: imo format actionem in bonæ fidei judiciis, si subsequatur ex continenti: id vero pactum, quod in exordio contractus bonæ fidei fit, legitimum est, cum insit contractui legitimo quasi pars: ex quo sequitur & cetera omnia pacta esse nuda, non vestita. Lex *legitima de pact.* dum ait: *interdum ex pacto nasci actionem: veluti ex legitimo*, id est, *quod lege vel Senatusconsulto confirmatur*, satis demonstrat, pactum legitimum esse nudum: nam si nudum est, de quo etiam regula concipitur, consequens est, & nudum illud, quod a regula excipitur: ergo pactum legitimum est nudum: sic pactum dotis dandæ, quod hodie est legitimum ex constitutione, parit actionem etiam non secuta stipulatione & datione dotis solemni: nuda pollicitatio dicitur, *l. ad exactionem, C. de dot. promis. l. nuda, C. de contr. stipul.* In titulo de pollicit. aliter accipitur pollicitatio: non enim ibi est conventio, sed oblatio liberalitatis erga remp. ex qua non datur actio, nisi reip. nec reip. nisi facta sit ex causa, hoc est, nisi quis ultro non rogatus obtulerit ob honorem sibi delatum: & uno casu, si facta sit sine causa, & cœperit facere, cogitur implere quod cœpit: sed in supradictis locis aliud significatur: in iis enim pollicitatio est pactum seu conventio. Ex quibus liquet, pactum non vestiri lege: nam id etiam nudum esse, quod lex cofirmat, quodque vult esse utile ad gignendam obligationem. Falsum est etiam pactum vestiri rei datione, falsum vestiri stipulatione: nam & hoc, si per se solum spectetur, nudum est, ut in *d. l. nuda*. Et quod ait *l. ult. C. de rer. perm.* pactum muniri datione rei propriæ, hoc est, muniri contractu: datio rei propriæ contractum facit, & hanc rem contractum potius esse, quo pactum illud contineatur, non pactum, quo contractus contineatur: major enim & nobilior est causa contractus, & nihil refert pactum, an contractus sequatur, *l. pacta 12. C. de pact.* sicut pactum, quod sequitur, inest contractui, ita quod præcedit: intellectu enim sequitur, etiamsi non tempore: atque ita fit, ut pacto contrahatur emptio venditio: nam ita positum est in *h. l. & in l. si unus, §. idem dicemus, de pac.* si emptio pacto contrahitur, & locatio igitur, & societas, & mandatum, quæ negotia jure civili nudo consensu contrahuntur, hoc est, nudo pacto, vel sumunt initium ex nudo pacto, atque inde transeunt in nomen contractus, quo nomine fit, ut plus æstimentur, quam pacta: & jure honorario hypotheca contrahitur nudo pacto convento, *l. 4. de pign.* Pactum autem conventum, & nudum idem est. Pacta igitur, quæ transeunt in aliud nomen, quæque datione aut stipulatione sumpserunt effectum, pactorum principale nomen amiserunt, & contractuum assumpserunt, qui tamen nec unquam pacta nuncupantur, licet pactis constituti sint: sunt enim plus quam pacta, sed his pacta inesse dicuntur, sive præcesserint, sive secuta sint. Vera divisio est hæc conventionum, alias esse pacta, alias contractus, & coalescere pacta in contractus: falsa hæc, nuda alia, alia vestita esse: non est etiam probandum quod ait Acc. pacto ex continenti apposito de augendo vel minuendo pretio, non tolli priorem emptionem: nam hoc proinde est ac si diceres, non licere pœnitere ex continenti: ut fundus ille esto emptus decem, imo duodecim, quod est aperte falsum, ut *l. si ita scriptum 67. de hered. inst. l. 21. de manum. test.* Nec obstat lex *non ad ea 88. de cond. & dem.* nam lex illa loquitur de eo, qui incontinenti legavit eidem personæ, primum pure, deinde sub conditione, non ut se corrigeret, sed ut legatarius eligeret, utro jure uti mallet: pone posse legatarium capere legatum ex conditione, & eo tempore esse incapacem, vel

A mortis, sed si animo corrigendi se, quod pure legavit, mox sub conditione legavit, sane testator revocavit legatum: sic si animo reformandi contractum, idem est. Non probo, ex pacto adjecto emptioni ex continenti dari actionem præscript. verb. hoc non admisi: nam d. §. quinimo ait, ex eo pacto formari ipsam, id est, actionem venientem ex ipso contractu, cui adjicitur, & format, non parit actionem. Et esset absurdum ex contractu aliam dare, ex lege contractus aliam: nam ita non videtur pactum contineri contractu. Constat etiam ex eo pacto dari actionem ex empto & vendito: non dabitur ergo, aut frustra actio præscriptis verbis, ad quam non descendimus, nisi quum deficit nomen contractus, & ideo quasi subsidiaria est, *l. 1. de præscr. verb.* Et hoc demum ex pacto facto in continenti, convenienter & proprie non dabitur actio præscriptis verbis,
B ubi ex ipso contractu actio est. Nec obstat lex 3. *C. de pact. int. empt.* vendidi tibi eo pacto, ut quandoque offerenti pretium tu eandem rem venderes: quæritur qua actione agam? lex ait, me agere præscriptis verbis, vel ex vendito, quod est verius, quasi non sit ex pacto emptio transformata: pacto illo non desinit esse emptio venditio. Igitur est supervacua actio præscriptis verbis. Adde *l. Labeo* 50. *hoc tit. l. si fundus, de leg. commiss.* quæ dicit, hodie non posse agi ex vendito ad rescindendam venditionem, ut quod ego vendidi, tu revendas mihi: hodie igitur est certum mihi dari actionem ex vendito. Olim quidam dubitabant, an daretur actio præscriptis verbis, an ex vendito, & ita in *l. si convenit, inf. de rescin. vend.* Male etiam Accurs. pacto ex continenti veterem actionem informari. Quid est informari? corrupte legerat in *d. §. quinimo*, informat,
C hodie recte legitur format, ut in *l. cum dotem, C. de jure dot. l. Pomponius, de neg. gest.* Et in Basilicis, ἐντυποῖ τὴν ἀγωγὴν μόνα τὰ ἐν ἀρχῇ συνφωνούμενα; formare ipsam obligationem, est ipsam legem dare & præscript. verb. aliquam, ut in *l. contractus 23. de reg. jur. l. 1. si conveniat, depos.* Et pactum illud, quod sequitur ex continenti vel format actionem statim, vel postea, ut Accursius recte docuit duobus exemplis: ut si venditio fuerit conditionalis, ergo imperfecta, & convenerit, ut interim ea res esset periculo emptoris: quod pactum si valet, juri præstat: nam contra jus ita se habet, ut ante perfectam emptionem rei periculum respiciat emptorem, sed valet pactum: verum si res interierit, antequam conditio existat venditionis, non formabit actionem. Item si vendidi tibi rem certo pretio, & ea lege, ut quo pluris eam
D venderes, id etiam mihi præstares propter certum illud pretium, quod dixi initio, non potest agi ex pacto, antequam vendideris. Et post hæc Accurs. explicat casus, quibus pacta facta ex continenti non proficiant ad actionem. Fateor unum esse in *l. quod si locus, de religios.* alterum in *l. servus ea lege, de serv. export.* quam exponam: nego autem esse quartum casum in *l. quamvis, C. de usur.* quæ ostendit, ex pacto adjecto incontinenti pecuniæ non posse peti usuras, nisi subsecuta sit stipulatio: nam non est hic casus ullus propter odium usurarum sc. si generale est in contract. stricti juris, pacta etiamsi fiant ex continenti, non inesse ex parte actoris *d. §. quinimo, l. in bonæ fid. C. de pactis*, inesse tamen ex parte rei, *l. lecta, de rebus cred.* notant casus quibus pacta ex intervallo proficiunt ad actionem: unum habuimus in *hac l. pacta conventa*, si sc. sint de substantia em-
E ptionis, admitto, alterum de constituta pecunia, ut si quis post longum intervallum constituerit se soluturum, ut actio sit ex pacto, quo solo fit constitutum jure prætorio, & de pecunia constituta, sicuti est de pignore sive hypotheca, etiamsi fiat ex intervallo. Sequentes tamen casus non admitto ex *l. si quis arg. C. de don.* qua lege Just. efficit, ut donatio perficiatur nudo consensu, & ut ex placito solo donationis detur actio, cum tamen olim non perficeretur donatio nisi re, id est, mancipatione vel traditione: hodie donatio est contractus, qui perficitur pacto: sed illud non fit ex intervallo, sed ab initio constituit contractum donationis: nihil igitur casus ille pertinet ad pacta. Eadem ratione non admitto casum legis *ad exact. C. de dot. promiss.* quia pactum dandæ dotis non potest videri factum ex interval-

tervallo, cum non sit factum post alium contractum: eadem ratione non admitto casum, quo ex pollicitatione Reipublicæ datur actio: nec enim pollicitatio respicit contractum ullum: nec postremo casum *l. periculi, de naut. fœn. l. etiam, de usur. l. frumenti, C. eod.* nam tres illæ leges sunt de pactis, quæ sunt ex continenti, & sunt singulares tantum casus quibus formatur actio stricta ex pacto contractui stricto in continenti adhibito: primum ex pacto reipub. debentur usuræ. Itemque cuilibet debentur usuræ pacto adjecto statim, si non nummorum mutuum contractum sit, sed frumenti, frugum, olei, quæ recipiunt usuras: debentur etiam cuilibet, si creditor susceperit periculum pecuniæ. Non est reprobandum quod Accursius ait: Si rem tibi dedi sub lege aliqua, quæro an eam rem possum vindicare pacto non impleto? Respondeo, si dedi rem sub conditione, vel modo, qui modus plerumque pro conditione habetur, non impleta conditione mihi competit vindicatio, quia cum res imperfecta fuerit, non videor transtulisse dominium, *l. 1. C. de donat. quæ sub modo, l. 3. & 4. & l. cum te, C. de pactis inter empt. & vend.* nec inspicitur solutum fuerit pretium nec ne. Sed si tibi dedi pure, finge, jure emptionis, non jure precarii, non enim transferrem dominium, & convenerit, ut mihi revenderes eandem rem, vindicatio cessat, competunt tantum personales actiones. Et postremo quod ait, cum actione, quæ habet nomen proprium non concurrere condictionem sine causa, vel ob causam, id falsum est. Sententia Martini verior, quæ vult nos ex omnibus contractibus posse uti condictione sine causa: certe condictio generalis datur ex omni causa, & confirmatur *l. ex empto 11. §. is qui vina, de act. empt.*

Ad §. ult. L. pacta conventa.

Papinianus: lege venditionis illa facta: si quid sacri aut religiosi aut publici est, ejus nihil venit: si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio ejus valebit: nec venditori proderit exceptio, quæ non habuit locum.

IN legibus prædiorum vendendorum hæc est frequens pactio: *si quid sacri aut religiosi, aut publici est, ejus nihil venit*, quæ exceptio dicitur hoc loco, quoniam a venditione prædii excipit loca religiosa, sacra, publica, & hac ratione, nisi mavis depectiones, *l. jurisg. §. adeo, de pact.* pacta exceptiones vocari videntur. Et huic similis est illa exceptio, quæ in legibus publicis populi Rom. adscribi solet, *si quid sacri & sancti est, quod jure non sit rogatum, ejus hac lege nihil est rogatum*, apud Valer. Probum. M. Tull. pro domo sua: *& non exciperes, ut si quid jus non esset rogari, ejus ea lege nihilum rogatum*; sic etiam in oratione pro Cecinna conscripsisse Syllam, si quid jus non esset rogare; ejus ea lege nihil rogatum. Videtur autem illa pactio sive exceptio esse supervacua, quia ipso jure ita se res habet, etiamsi non adscripta sit, etiam non facta ea lege venditionis: nec enim potest locus religiosus aut sacer transferri per venditionem in emptorem: nam harum rerum commercium non est, *l. seq. h. tit. l. 6. §. eo. l. locum, C. de relig. l. 5. sup. de sep. viol.* licet cedere possit in modum agri, id est, computari, si id actum sit inter emptorem & venditorem. Finge: venditorem dixisse in fundo esse 1000. jugera, si modo in eum computarentur etiam loca sacra aut religiosa: non venierunt quidem (nec enim potuerunt) sed tantum computantur in modum agri, nec videtur mentitus venditor: sed si id actum non sit, ut ea loca computarentur, sane ut non venierunt, nec sane potuerunt, ita nec computabuntur, *l. id quod, supra de per. & com. rei vend.* Ceterum etiamsi de eo actum sit nominatim, loca sacra aut religiosa non continebuntur emptione, quia religio ea loca eximit commercio hominum. Idemque juris est in locis publicis: nam & loci publici commercium non est, vel (ut alii loquuntur) promercium non est, id est, jus emendi & vendendi: an ergo dicemus eam legem esse supervacuam? minime: nam etiamsi locus sacer aut re-

A

ligiosus specialiter venire non possit, tamen si modicus sit, si modica species ædis, vel fani; vel sepulchri, vel luci, tacite quasi accessio sequitur venditionem fundi, si is locus exceptus non sit, id est, si adscripta venditioni ea lex non sit, & competit actio ex empto, ut fundus totus non deducto eo loco præstetur, *l. in modicis 24. hoc tit.* atque ita, etiamsi locus modicus sepulchri non possit venire specialiter, tacito jure tamen accedere potest emptioni majoris partis. Et ita Tiberius Imperator apud Corn. Tacit. lib. 1. non fieri contra religionem, si effigies Augusti venditionibus hortorum, atque domuum accederent. Et simili modo licet rei suæ nulla sit emptio, tamen cum tota re, etiam suam partem emere quis potest, *l. quod si uno, in fine, de in diem addict.* Finge: venditus est fundus pluribus, & addictus in diem, ut eorum is fundus

B

esset, eumque perpetuo jure retinerent, nisi intra certum diem aliquis meliorem conditionem offerret, id est, pluris licitaretur, plus adjiceret pretio: an unus ex emptoribus potest adjicere, atque ita ex posteriori emptione nancisci totum fundum, quod non sibi soli venierat, sed & aliis collegis? Et ait posse, quoniam emere cum tota re etiam partem nostram possumus: ergo emptioni fundi accedit sepulchrum, quod in eo est, id est, sepulchri locus modicus, si exceptus non est locus amplior reliquo fundo: amplissimum sepulchrum non accedit, sed modicum tantum, si modo non sit exceptus. Hoc non est perpetuo verum: nam hoc ita procedit, si ad sepulchrum ire non possit, nisi transeat per fundum: hoc enim casu fundo cedit sepulchrum, ad quod venditori jus aditus non est. Unde: si venditor ad sepul-

C

chrum venire possit per viam publicam, quæ recta eum ducat ad sepulchrum, hoc casu non sequitur sepulchrum emptionem fundi, quasi intelligatur hoc non esse actum, ut sepulchrum sit accessio fundi. Quod eleganter in *l. si mercedem 35. §. 1. de act. empt.* Labeo dicebat, si fundum vendidisti, in quo est sepulchrum, nec nominatim sepulchrum excepisti, sepulchrum sequitur emptorem, & tu eo nomine parum tibi cautum habes, ut in *d. l. si merced. §. ult.* parum tibi caveris, & in condemnationibus parum cavisse videris apud Festum: ergo sepulchrum sequitur emptorem. Paulus notat: imo quandoque non sequitur, si videlicet in sepulchrum iter publicum transeat, id est, si possit venditor ire in sepulchrum, non eundo per fundum: hoc casu non tacite accedit sepulchrum, & de sepulchro loquimur non excepto. Ubi autem

D

excepit, atque ita bene sibi cavit, sepulchrum, inquam, in quod non ducebat iter publicum, & nihil dixit de itinere vel aditu præstando; videtur etiam excepisse iter vel aditum, licet non excipiat palam, *l. si venditor 11. de religios.* quia sine aditu nullus est usus portionis istius, & non tantum videtur (mea sententia) iter vel aditum, sed & ambitum ad funus faciendum excepisse. Nam etiam sepulchrum est inutile sine ambitu in frontem, & in latus, quod ita caveri solebat, *l. 5. de sepul. viol. ut iter, & jus aditus, ambitus funeris faciendi esset*: sic malim legere ex antiquis inscriptionibus: neque enim est utile sine aditu, & rursus inutile jus adeundi sine ambitu ad funus faciendum, justaque perficienda: ut excepta aqua, etiam excipitur ambitus aquæ, nedum iter: quin exceptio itineris & aquæ nihil proderit nisi præstetur etiam ambitus, *l. qui duo prædia,*

E

de ser. rust. Vendidit quis fundum, sed excepit aquam, & circa eam 10. pedes, ut in *l. Rutilia 69. hoc tit.* Loquimur autem de sepulchro quasi de re, cujus commercium non est, quæ tamen, si modicum locum occupet, tacite sequetur emptionem: de monumento non loquimur: nam monumenti vel cœnotaphii venditio valet, quia non est locus religiosus, *l. 6. §. ult. l. quod si locus 11. de religios.* non est sepulchrum, nisi in eo sit quis sepultus: non est igitur religiosus, nisi sit mortuus illatus: monumentum est locus purus, in quem, si nondum illatus est mortuus, si modo proprie accipiamus pro memoria solum, non pro loculo mortui. Quandoque etiam monumentum appellabant veteres memoriam in antiquis inscriptionibus, *memoriam sibi consecrasse uxori &*

ri &

ri & liberis, id eſt, monumentum, in quod poſtea inferrentur, & illatione fit ſepulchrum & deſinit eſſe monumentum, atque ita exiit commercio: Abuſivè etiam accipitur pro ſepulchro in *l.* 4. *C. de relig.* quaſi non conſtaret, an ſepulchrum, vel monumentum dici debeat. Leguntur ſtudioſe a quibuſdam inſcriptiones ſepulchrorum (quod laudo valde) ſed ex iis, qui hoc ſtudio delectantur, reperi quoſdam, qui exiſtimabant jus ſepulchri etiam pertinere ad libertos: ſic enim inſcribitur ſæpe; *ſibi & uxori, & liberis, libertis, libertabus, & poſteris eorum*, indeque augurantur jus fuiſſe ſepulchri libertis, falſò. IC. ea verba non ſpectant, nec conſtitutiones principum: nam ſepulchrum vel eſt hereditarium, ut ſi defunctus conſtituerit ſibi & ſuis, vel ſi hereditario jure acquiſierit, vel eſt familiare ſepulchrum, quod conſtituitur non heredibus tantum, ſed & familiæ: & ſi ſit hereditarium, inſcriptio ſepulchri libertis non tribuit jus ſepulchri, *l.6. §. liberti, de relig. l. monumentorum, C. de relig.* vel ſi ſit familiare, etiam illa inſcriptio non tribuit jus libertis, niſi in familia permanſerint, id eſt, in nomine. Quid enim ſi per arrogationem tranſierint in aliam familiam? verum ad rem. Sepulchrum quod exceptum non eſt, ita demum ſequitur emptionem fundi tacito jure & intellectu, ſi amplior ſit fundus quam locus ſepulchri. Videamus quid dicendum, ſi religio occupavit omnem fundum, vel majorem partem fundi? Venditio nulla eſt, & non compellitur emptor adimplere emptionem, ſed etiam quod ſolvit forte per errorem pretii nomine, condicere poteſt quaſi indebitum, *hac lege, & ſeq. hoc tit.* Unde ſi venditor ignoravit majorem partem fundi teneri religione, ut & aliis pleriſque caſibus, ignorans venditor ignoranti emptori tenetur condictione indebiti, vel condictione ſine cauſa, quoties emptio nulla eſt. Ibi enim ceſſat actio ex empto, *l. ſuæ rei 16. l. cum ab eo, l. 41. §. ult. l. domum 57. hoc tit. l. cum hered. de hered. vend.* Et hoc ſi uterque ignoravit: nam venditor ſciens emptori tenetur utili actione ex empto: proprie nulla eſt actio ex empto vendito, ſed propter dolum condemnabitur emptori, quamvis nulla ſit emptio actione ex empto in id quod intereſt: an & ipſe viciſſim aget ex vendito, ut pretium recipiat? minime, non poteſt compellere emptorem, qui dolo caret, ut impleat, ſed emptor non aliter conſequitur id quod intereſt, quam ſi ultro obtulerit pretium, & ſolverit, de quo convenit, *l. qui officii 62. §. 1. h. tit. l. oſſa, §. 1. de religioſ. §. ult. Inſt. de empt. & vend.* Qui §. eſt intelligendus de venditore ſciente, & emptore ignorante, cum dicat emptorem deceptum: nemo enim decipitur, niſi ignorans, & nemo decipit niſi ſciens. Ignorans autem venditor ſcienti emptori nec tenetur ex empto, nec condictione indebiti, ſi ſolvit ſciens: condictio datur tantum erranti, non donanti: ergo ignorans venditor nulla actione tenetur emptori: quemadmodum nec emptor ignorans venditori ulla actione teneri poteſt: ſed addendum, venditori emptorem non teneri actione ex vendito, quamvis emptor in dolo fuerit, quia etſi jure ignoranti competit actio ex vendito adverſus ſcientem, tamen effectu carebit ea actio, id eſt, nihil ex ea conſequitur venditor, niſi ultro præſtiterit, quod vendidit: nec enim poteſt cogi præſtare emptor quod convenit, niſi venditor præſtet quod vendidit: atqui hoc caſu non poteſt præſtáre quod vendidit, nec æſtimationem ejus, quia res eſt inæſtimabilis: relinquitur igitur neutra ex parte naſci actionem, *l. ſi in empt. §. item ſi, hoc tit.* Quod ſi uterq. ſcierit, multo magis: ſed neque emptori dabitur condictio. Ad hæc quæritur quonam modo nomen publici accipi hac l. debeat, quia eſt nomen ambiguum? Publica dicuntur duobus modis: Quæ ſunt in uſu publico, id eſt, quæ nullius in bonis ſunt, quorum tamen uſus omnibus patet promiſcue, & quæ non ſunt etiam divini juris, neque humani, ſed quæ in publico tamen, ut theatra, ſtadia, campus Martius, ut viæ publicæ, ut littora: & ut adjicit *l. id quod, de per. & comm. rei vend.* limites decumani vel cardines, qui iter populo præbent, ex lege Sempronia *de limit. agrorum*. Horum locorum commercium non eſt: hæc loca excipi videntur hac lege venditionis. Alia ſunt publica, quæ ſunt in patrimonio populi, vel fiſci, quæ ſunt in reditu populi vel reipublicæ, veluti lacus, ſtagna, *l. 6. in princip. hoc tit. l. inter 17. de verb. ſignific.* Et hæc poſſunt vendi, ſicut res aliena quælibet, licet ſua non ſint. Si poſſum vendere rem tuam, & rem populi igitur & fiſci, & reipublicæ: nam conſtat vendi poſſe rem alienam, & naſci obligationem; non teneri venditorem rem facere emptoris, ſed ſufficit poſſeſſionem vacuam tradere. Sed ſi res evincatur jure judicioque, tenetur venditor: & ſi ſciens, tenebitur ex empto de dolo malo, & emptori tantum tenetur præſtare venditor poſſeſſionem vacuam, ut ſe purget a dolo malo, *leg. rem alienam hoc tit. l. 1. de rerum permut.* Ergo vendi poſſunt res, quæ ſunt in patrimonio fiſci, in pecunia populi, in dominio populi vel fiſci. Qua de cauſa illa exceptione, *ſi quid publici eſt*, & res illæ non continentur, quarum proprietas pertinet ad fiſcum: nam excipiuntur tantum ea, quæ jus non eſt vendere, ac ſi ita dixiſſet: *ſi quid ſacri, aut religioſi, aut publici, quod jus non eſt vendere*, ut in legibus publicis populi Romani, *ſi quid publici eſt, quod jus non eſt rogari:* diximus ea, quæ ſunt fiſci, non eſſe extra commercium. Imo (inquit Accurſius) non poſſunt vendi ſine juſſu principis lege Regia. Poſſum rem alienam privati hominis vendere ſine juſſu domini, & emptio conſtat: rem fiſci non poſſum vendere ſine juſſu principis. Et movetur *l. 39. §. ult. de leg. 1.* peſſime loquitur is §. non de publicis rebus, id eſt, non de iis, quæ ſunt in privato ærario, vel non loquitur de iis, quæ ſunt in patrimonio publico, ſed de iis, quæ ſunt in privato patrimonio Principis. Duplex eſt patrimonium, aliud publicum quod pertinet ad fiſcum, aliud privatum Principis, ut Albana villa, horti Salluſtiani. Quædam ita ſunt bona redacta in formam patrimonii Principis, quibus præeſt procurator patrimonii Principis: horum bonorum, etiamſi ſint privata Principis, commercium tamen non eſt: non ſolent diſtrahi ne a principe quidem: poſſunt tamen diſtrahi a principe jure noſtro, nec revocari debet venditio, vel poſſunt diſtrahi juſſu principis, non aliter: non poſſunt igitur diſtrahi ea bona injuſſu principis. Sed fruſtra confundimus ea cum publicis, cum iis, quæ ſunt in patrimonio fiſci: hæc vendere quis poteſt ſine voluntate principis: privata bona principis, quæ uſui ejus reſervata ſunt, vendi non poſſunt abſque ejus juſſu. Intelleximus ex hoc §. rem, quæ in patrimonio fiſci, in bonis fiſci, id eſt rem fiſcalem, ſicut rem alienam quamlibet vendi poſſe a non domino, & contrahi obligationem venditi, & empti utrinque, etiamſi dominium rei non transferatur in emptorem, ſed poſſeſſio tantum: cui ſententiæ obſtat lex 39. *§. ult. de legat.* 1. ad quam reſpondi ut debui, ſed non breviter & enucleate, ut volui. Reſpondeo igitur, illam legem non loqui de re fiſcali, ſed de privata re principis. Alia ſunt fiſcalia, alia patrimonialia principis: vel alia in patrimonio fiſci, alia in patrimonio privato principis. Rei fiſcalis eſt commercium, rei privatæ principis non eſt commercium: quod confirmat *l. 9. & 10. C. de fund. patrim. l. 11. l. 9. C. de omni agr. deſert. eod. lib.* Eidem ſententiæ obſtat, quod res fiſci non poteſt uſucapi, *§. res, Inſt. de uſucap.* Videtur ergo nec vendi poſſe, ut res furtiva non poteſt uſucapi, nec igitur vendi a quolibet, *l. ſi in empt. §. item ſi, eod. tit.* Reſpondeo, hoc non eſſe perpetuum, ut quæ non poſſunt uſucapi, non poſſint etiam vendi: res pupilli non poſſunt uſucapi, *l. bonæ fidei de adquir. rer. dom.* poſſunt tamen vendi: & vendi poteſt etiam ſimiliter res fiſci: res incorporales uſucapi non poſſunt, & vendi tamen poſſunt. Plerunque tamen e contrario, quod vendi non poteſt, nec uſucapi poteſt, ut fundus dotalis ex l. Julia non poteſt vendi, nec uſucapi, *l. ſi fundum, de fund. dot.* res ſacra, ſancta, religioſa non poteſt vendi, ſane nec uſucapi: liber homo vendi non poteſt, *d. l. ſi in emptione §. liberum*, niſi ſeipſum vendat prodita libertate ſua, & conſequenter nec uſucapi poteſt, *l. uſucapionem, de uſucap.* res publica populi Rom. id eſt, quæ eſt in uſu publico, ut via publica, non poteſt vendi: *d. l.*

pacta conventa, §. *ult.* non etiam uſucapi, *d. l. uſucap.* His verò quæ ſupra dicta ſunt ad §. *ult. de ſepulchris & monumentis*, quoniam in ea re errore labuntur nonnulli, velim vos addere, de jure veteri *monumenti* nomen eſſe varium & multiplex. Alias ſepulchrum, & proprie eſt locus purus ea mente conſtructus, ut in eum inferatur mortuus; alias eſt κενοτάφιον. Et male Accurſ. in *l. 6.* in qua prius agit de monumento, deinde de κενοταφίῳ, & ait, monumentum purum, quod nondum tranſierit in nomen ſepulchri poſſe vendi, poſſe donari, quod nondum ſit locus religioſus: & ſequitur, cenotaphium etiam poſſe vendi & donari, quia non eſt locus religioſus; manifeſte ſeparatur monumentum a κενοταφίῳ. Separatio hæc eſt, quia etiamſi κενοτάφιον vocetur aliquando monumentum, ut in *l. monumentum* 42. *eod.* tamen monumentum eſt proprie, in quod inferendus eſt mortuus: κενοτάφιον in quod nec illatus, nec inferendus eſt mortuus, quod ædificatur memoriæ tantum & honoris cauſa: & illuſtribus viris ſolebat olim in multis locis, in quibus illi aut vixerant, aut præcari quid geſſerant, extrui κενοτάφιον, in quod tamen poſt mortui non inferebantur, monumentum poteſt fieri ſepulchrum. Ab his etiam diverſum, quod dicitur monumentum ſepulchri; nam *l. funeris* 37. §. *ult. de relig.* dicitur, quod factum eſt, muniendi & cuſtodiendi ſepulchri gratia. Aliud eſt monumentum. Et breviter, monumentum ſepulchri eſt tutela ſepulchri, ut patet ex quibuſdam antiquis inſcriptionibus; nam ſepulchra habebant porticationes quaſdam vel macerias intermedio aliquo ſpacio puro, & dicebatur etiam tutela & taberna, quum ædificii hujus monumenti tutela eſt; & alibi, huic non cedunt agri jugera 20. & taberna, quæ proxime lucum eſt.

Ad L. V. de Servis export.

Cui pacto venditoris pomerio cujuslibet civitatis interdictum eſt, urbe etiam interdictum eſſe videtur, quod quidem alias cum principum mandatis præciperetur, etiam naturalem habet intellectum, ne ſcilicet, qui careret minoribus, fruatur majoribus.

HÆc *l.* & *l.* 7. eodem, ſunt etiam de pactis venditionis; pactis, inquam, adjectis ex continenti venditioni. Legis 5. apertiſſima verba ſunt. Finge; ſervus venditus eſt ea lege, ne ſit in pomeriis urbis: id eſt, ut exportetur extra pomerium (quod Græci dicunt vendere ἐπ' ἐξαγωγῇ.) Ea vero lex venditionis ſervanda eſt, alioqui venditori competit manus injectio in ſervum, ſi eum loco interdicto comprehenderit, vel etiam datur ei pœnæ promiſſæ petitio adverſus emptorem: ea vero lege venditionis non tantum pomerio, ſed etiam urbe ſervo interdictum videtur; ſi non licet eſſe in pomerio urbis, nec in urbe igitur, argumento a minori. Et hoc ita obtineret, etiamſi deeſſent mandata principum, quibus id conſtitutum eſt. Et hoc eſt, quod ait Papinianus eleganter in hac lege quum ait, *quod quidem alias, &c.* Qui locus facit adverſus eos, qui dicunt, nullam fieri legem, niſi de re dubia; imo fiunt etiam leges de re certiſſima, quæ per ſe ſatis plana eſt, & per ſe etiam obſervatur ſine legibus in *l.* εἰδέναι 13. §. *conſequens, de excuſat.* At non videtur interdictum ſuburbiis. Et ideo dicimus, ei cui eſt interdictum pomerio, non videri etiam interdictum ſuburbiis, & continentibus ædificiis, quia pomerium non ſignificat ſuburbia. Pomerium finit urbem, vel civitatem quamlibet: ſuburbia finiunt Romam. Vel aliter, urbs finitur pomerio. Roma ſuburbiis; cui interdictum eſt urbe, & pomerio, ei non videtur interdictum ſuburbiis: Quod probari poteſt ex Oratione Cicer. pro Cluentio. Sequitur ut exponamus quæſtionem *l.* 7.

Ad L. VII. eodem.

Servus ea lege veniit, ne in Italia eſſet quod ſi aliter factum eſſet, convenit circa ſtipulationem, ut pœnam præſtaret emptor, vix eſt, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere poſſit, acturus utiliter, ſi non ſervata lege, in pœnam, quam alii promiſit, incidit. Huic conſequens erit, ut hactenus agere poſſit, quatenus alii præſtare cogitur: quidquid enim excedit, pœna, non rei perſecutio eſt. Quod ſine pœnæ cauſa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur hæc inter ſe contraria eſſe, cum beneficio adfici hominem interſit hominis: enimvero pœnæ non irrogatæ indignatio ſolam duritiem continet.

SCiendum eſt, hoc inter cetera differre ſtipulationem a ceteris contractibus, quod ex ceteris non detur actio, niſi ei cujus intereſt: ergo nec ex pacto in contrahendo facto incontinenti: denique ex aliis contractibus, vel ex eorum legibus non ago, ſi mea non interſit: non ago ex vendito, niſi mea interſit: utilitatis cauſa comparatæ ſunt actiones: ubi nulla ſubeſt utilitatis ratio, nec ullo remedio juris opus eſt, nullave actio poſtulanti datur, *l. qui fundum, loc. l. ſi procuratorem* §. *mandati, mand.* Et hoc eſt, quod Cicero ait: *Expreſſas eſſe actiones ex cujuſque damno & injuria:* nam quod intereſt, conſtituitur ex cujuſque damno & injuria: & eſt utilitas, quæ mihi aufertur vel intercipitur, aufertur damno dato, intercipitur lucro defraudato, quod alioquin eram facturus, vel id quod intereſt, eſt res, quæ ex patrimonio mihi abeſt, quamve lucrari potui, *l. ſi commiſſa rem rat. hab.* res dicitur, ut in formula ſtipulationis, quanti ea res eſt dari, quæ ſit frequenter, non ſemper: & plus dicit, qui *rem* dicit, quam qui pecuniam, etiamſi plurimum non dicatur cujuſquam intereſſe, niſi pecuniarie interſit. Latiore verbo *rei* utimur definiendo id quod intereſt, quam ſit verbum pecuniæ, quia in æſtimatione ejus quod intereſt, non tantum habetur ratio pecuniæ, quæ abeſt, quamque ſervare potui, ſed etiam affectionis cum humanitate conjunctæ, & pii deſiderii, maxime ſi ſit judicium bonæ fidei, id eſt, non tantum ſpectatur, quid pecuniæ meæ deceſſerit, quidve accedere potuerit, ſed etiam habetur ratio deſiderii mei pii & juſti: quod Papin. oſtendit in *h. l. & in l. cum ſervus, ſup. mand.* Servus extraneo ſe emi mandavit, ut deinde manumitteretur atque ita contraxit mandatum cum extraneo: & acquiſivit mandati actionem domino; extraneus emit ſervum, nec tamen manumittit; Papinian. ait, venditori dari non tantum actionem ex vendito, ſed & mandati, quaſi quæſitam per ſervum, ut ſervus manumittatur. Dices, nihil ejus intereſt ſervum manumitti; imo poteſt ejus intereſſe: fac eum ſervum fuiſſe filium ejus naturalem, vel eſſe fratrem: intereſt mea filium meum, aut fratrem manumitti, etiamſi non pertineat ea res ad patrimonium meum, ſed ad benignam affectionem meam, quia ſcilicet, bono viro convenit credere, intereſſe mea filium naturalem, aut fratrem manumitti, licet eo non manumiſſo, patrimonium non intercipiatur. Et ſimiliter bonus vir interpretabitur, ſemper mea intereſſe, filium meum, aut fratrem meum manumitti, non exportari, non male tractari, non pœnæ ſubjici: atque ita bonus vir, qualis eſt arbiter bonæ fidei, interpretabitur in judiciis bonæ fidei non tantum noſtra intereſſe ratione noſtri patrimonii, ſed etiam ratione affectionis benignæ, & officioſæ, quam explere quis ſummopere cupit; ſecundum quæ lucrum eſſe interpretabimur, non tantum rem facere, & augere patrimonium, ſed etiam potiri concupito, ſi modo animi ea fuerit affectio pii & benevoli, qualis eſt patris erga filium, & fratris erga fratrem; imo & hominis cujuslibet erga hominem, quia homo hominis eſt cognatus jure naturæ, *l. ut vim, de Juſt. & jur. quum*, inquit, *cognationem quandam inter homines natura conſtituit, conſequens eſt*, &c. Et obſervandum in ea l. tacite hoc argumentum: inter quos eſt cognatio, horum alterum alteri inſidiari nefas eſt; inter homines natura conſtituit cognationem, ergo, &c. Denique lucrum eſt dare beneficium amico, inire gratiam alienam, gerere negotia aliena, & ſuo animo indulgere, & ſatisfacere bene cupienti alteri, *l. 1. C. de hered. tut.* lucrum ſcilicet eſſe, ſi quis per gratiam aliquid præſtiterit alteri: unde Græci κέρδος ἐστι, καὶ ἡ τοῦ σκοποῦ ἀποπλήρωσις: *lucrum*

eſt

est etiam pertingere scopum. Et notandum valde, quod non possum non probare, Græcos in *d. l.* 1. non habere negationem illo loco, *quæ non latæ culpæ comparari possit*. Et ut res omnis enodetur, sciendum est ex delicto defuncti heredem non teneri, nisi in id, quod ad eum pervenit, in solidum non teneri; ex contractu defuncti teneri, licet delictum in eo versetur, ut si quid dolo fecerit, aut lata culpa, quæ est proxima dolo: nam etiamsi sit quæstio de dolo, tamen quia actio ex contractu venit, heres defuncto tenetur in solidum, tametsi nihil ad eum pervenit, *l. ex contractibus, de obligat. & action.* Cui definitioni, si ita legamus, & si tollamus negationem in *d. l.* 1. adversabitur omnino ea lex: nam ait, heredem tutoris ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari possit, non oportere condemnari, id est; non teneri ex lata culpa, actione, scilicet, tutelæ, quæ venit ex contractu, non ex delicto, licet in ea possit delictum verti. Quid igitur? an dicemus hoc verum esse? Si hoc dicimus, & dicemus, eos non teneri ex dolo defuncti: nam dolus & lata culpa idem fere est: inexcusabilis culpa, quæ doli faciem habet, per omnia fere doli jus sequitur. Sic sane possum hoc constituere, heredem ex contractu non teneri ex dolo vel lata culpa in solidum, sed cum exceptione in *d. l.* subjecta, si lis non sit cum defuncto contestata: item, si ex damno pupilli lucrum captetur, vel gratia præstita non sit: nam si lis sit contestata cum defuncto, transfertur in heredem in solidum: item si defunctus captaverit lucrum ex damno pupilli, vel si gratiam præstiterit, heres tenebitur in solidum, ac si vellet hæc lex heredem non teneri ex quolibet dolo, vel lata culpa in solidum, sed his tantum casibus, quos diximus; quod verbum, *Gratiam*, confirmat eam Græcorum lectionem: nam gratia est lata culpa, in *l. si procurator, §. ult. mand.* Mandavi ut emeres, te empturum suscepisti, non emisti, sed accepta pecunia passus es alterum emere: dolus est: quod si gratia ductus, passus est alterum emere, lata culpa est: Atque ita inde colligunt Græci recte, lucrum captari ex damno alterius; etiamsi quis quid faciat gratia ductus, non lucri cupiditate. Nam lucrum est gratiam inire posse alterius, lucrum est benefacere, cui cupimus bene, & in eam rem eam legem attulimus. Ex iis, quæ ante dicta sunt, intelligimus, actionem in id quod interest, esse rei persecutionem, rei verbo contineri pecuniam vel etiam affectionem benignam, animum benevolum; pœnam non contineri. Pœna enim est extra rem, & ea re semper separatur, ergo pœnæ persecutio non est ejus, quod interest, sed solius ultionis persecutio, *l. 6. §. pen. de sep. viol.* Nullus autem est contractus pœnalis, nulla lex contractus pœnalis, quia omnes pertinent ad rem familiarem; excipitur sola stipulatio: nam stipulatio potest esse pœnalis, ut si stipuler pœnam certam, nisi id feceris, de quo convenit, etiamsi non intersit id fieri, valet stipulatio, quia non inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas stipulationis, *l. stipulatio 38. §. alteri, de verb. oblig.* Et in hoc potissimum inventa est stipulatio, ut vinculo pœnæ constringat ad id quo alioqui compelli non possit, quare fere omnis stipulatio pænalis est: denique fit plerumque stipulatio pœnalis, aut sæpissime: contractus, aut pactio contractus pœnalis nunquam, *l. quod si locus, de religios. l. pen. sup. de pact.* Si lege venditionis paciscaris sine stipulatione, ne in locum sive agrum, quem vendidi, auferas mortuum, & si intuleris, ut præstes pœnam, pactio nulla est, quia nihil mea interest, stipulatio tamen valebit. Et idem in specie *l.* 7. servum vendidi ea lege, ut eum emptor exportaret, quod oculi mei eum ferre non possent: vendidi eum, ne esset in Italia, & sine stipulatione pacto ex continenti facto convenit, ut si secus faceret emptor, præstaret pœnam: factum est pactum pœnale, an ex eo pacto mihi dabitur actio? Distingue; aut mea interest servum exportari, aut non. Si mea interest, ut puta si eum emi ea lege, subjecta stipulatione pœnali seu pacto, cum posteriori emptore agam, qua non pœnam persequar, sed quanti debeo præstare alteri ob legem non expletam. Aut mea nihil interest, ut

A quia nihil debeo præstare alteri, & hoc casu nulla est actio: nec enim agitur ex pacto solius pœnæ nomine, id est, quod sævitia mea expleta non sit, quod odio meo satisfactum non sit: nam bono viro non convenit credere venditoris interesse, quod ejus animo sævienti satisfactum non sit, *l. 6. §. ult. hoc tit.* quasi lucro intercepto scil. nam benigne nunquam interpretabitur ejus interesse. Et ideo in bonæ fidei judiciis ejus tantum lucri ratio habetur, cujus rationem haberi bonum & æquum est, non etiam ejus lucri, cujus ratio manat ex malitia, duritia, sævitia, & crudelitate: nam causa duritiæ bonus vir nunquam permittit habere rationem ejus, quod interest. Sed objiciet aliquis, ex hoc pacto: ne servus exportetur, datur actio, cur non etiam ex pacto, ut exportetur? Respondet Papin. diversam esse causam harum
B pactionum; illam continere humanitatem, alteram esse plenam duritiei, asperitatis, & interprete bono viro interest hominis, hominem beneficio affici, propter cognationem naturalem, non interest pœna affici: aut certe bonus vir ex ea causa nunquam permittet deduci rationem ejus, quod interest. Hæc est hoc loco Papin. sententia, quæ mihi mirum in modum placet, sed in ea etiam non permansit, sed retractavit eam in *lib. 27. quæst.* ex qua est lex prox. cujus ut conciliationem conquiramus, nihil est. Sunt enim plane contrariæ: nam quod scripsit libro 19. id mutavit libro 27. ut demonstrant illa verba *l. 6. hoc tit. aliquando placebat*: sed, inquit, in contrarium me vocat Sabini sententia: namque admonitus a Sabino ea retractavit. Pactum illud, ut servus exportetur, semper continet id, quod interest, quia ideo vi-
C detur vilius vendidisse, quod adjecit, ut exportaretur: vendidissem pluris, si existimassem te legi non obtemperaturum. Denique si agatur ex pacto, videtur agi ex pretio, non videtur pœnam persequi, sed rem, *l. fundi, de cont. empt. l. si sterilem, §. pen. de act. emp.* Et eadem ratione impulsus Justin. *l. ult. C. de pact. inter empt.* mutavit quod est in *l. quod si locus, de relig. & l. pen. de pact.* ut ne valeat pactum, ne inferas mortuum in locum, quem tibi vendidi. Imo videtur mea interesse, quia vilius vendidi, vel quod nolim mihi vicinam religionem, natura nihil facit frustra, nec homo prudens: spectavi utilitatem aliquam, dum adjeci hoc pactum: servandum igitur, noluit Papinian. in re parum cognita diu aut stulte perseverare: quod est argumentum magni viri, & ita Justin. *l. ult. §. & licet, C. de furt.* refert Papinian. variasse in
D alia re. Ulp. quoque Scævolam consultissimum virum refert, quæ tractavit priore libro, mutasse posteriore, *l. qui bona, §. si quis duob. de acq. rer. dom.* Et memini quoque Julianum variasse alicubi, ut sæpe variant docti: non variant vero vulgus, & refractarii, & ineruditi.

Ad L. LXVIII. Dotis promissio, de jur. dot.

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre, nuptiæ fuerint, si postea consenserit: cum omnis dotis promissio, futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. Nam etsi minor annis 12. *ut major deducta sit, tunc primum petetur, cum major annis apud eundem esse cœperit. Quod enim vulgatum est, dotis promissionem imprimis duntaxat nuptiis destinari, neque durare obligationem,*
E *si post alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promiserat, tunc locum habet, cum intercesserunt aliæ nuptiæ.*

Sciendum est, nuptias non esse justas, quæ fiunt ignorante patre, in cujus potestate est vir aut mulier: nam in nuptiis scientia & patientia patris exigitur, idque ut est in Justin. non est tantum jure civili, sed etiam jure naturæ constitutum, ut non possit mutari absque scelere: nuptiis igitur contractis ignorante patre, quia justæ non sunt, & breviter, quia non sunt nuptiæ, nec dotis promissio valet, quia ubi non sunt nuptiæ, ibi neque dos, *l. 3. hoc tit.* nec sponsalia, quia etiam in sponsalib. requiritur consensus patris, *l. 7. de spons.* & consequenter, nec sponsa, nec justa uxor est, neque justi liberi nascuntur

ex ea quæ nupſit ignorante patre, nec tenetur avus eos agnoſcere pro nepotibus ſuis, *l. 2. de rit. nupt. l. Paulus, de ſtat. hom.* Sed quum initio factæ erunt nuptiæ inconſulto patre, ſi poſtea pater reſciverit nuptias, nec diſſenſerit, tunc juſtæ nuptiæ incipiunt eſſe, quia videtur earum tunc primus auctor fuiſſe pater, *l. 5. C. de nupt.* Quib. conſequens eſt, tunc primum juſtam uxorem fieri, & juſtos naſci liberos poſt patientiam & conſenſum patris: nam *d. l. 5.* eſt accipienda de filiis conceptis poſt conſenſum patris: hi ſunt juſti liberi: non auſim dicere filios conceptos & natos ante conſenſum patris, fieri juſtos poſt conſenſum patris, quod eſt notandum: nam invenio filios naturales ex concubina conceptos fieri juſtos, ſi concubina ducatur uxor: ſed hoc invenio in conſtitutionib. tantum, non in jure: ſed non invenio liberos ſuſceptos, antequam nuptiis conſenſerit pater, ſecuto conſenſu fieri juſtos, nec poſſim hoc affirmare, nec admittere ſine conſtitutione. Et ut dixi *d. l. 5.* eſt accipienda de filiis conceptis poſt conſenſum patris. Scientia autem & patientia patris pro conſenſu habetur, & juſtas efficit nuptias; nec enim exigitur conſenſus expreſſus, neque hunc conſenſum, qui ſequitur nuptias injuſtas eſſe ratihabitionem ajo: nec dixeris ratihabitione confirmari nuptias: nam ſi eſſet ratihabitio, recurreret retro, retrotraheretur ſecundum Juſt. ſententiam, quam & Sabiniani approbarunt, *l. ult. C. ad Maced. l. donationis 2. C. de donat. inter vir.* Atqui hic conſenſus patris retro non currit, ergo non eſt ratihabitio, quia nuptiæ valere cenſentur, non ex quo tempore contractæ ſunt, ſed ex quo pater reſcivit, & æquo animo id tulit, *l. ſi uxor, §. ſi quis uxori, ad l. Jul. de adul.* Et hoc eſt quod dicitur in Inſtit. (qui locus valde notandus) *tit. de nupt.* in nuptiis juſſum patris præcedere debere, id eſt, conſenſum, quem imitatur taciturnitas: ſed vis ejus ſententiæ hæc eſt: eum conſenſum potius eſſe juſſum, quam ratihabitionem, id eſt, non confirmare nuptias, jam antefactas, ſed tunc eas conſtituere: juſſum præcedit rem, ratihabitio ſequitur, *l. ult. de bon. poſſ.* Non ſunt igitur nuptiæ, niſi præceſſerit conſenſus patris, id eſt, tum demum ſunt nuptiæ, ſi præceſſerit conſenſus patris, & cum conſenſerit iis pater, qui non contradicendo aſſentire ſatis videtur. At inde quæritur hoc loco, ſi eo tempore quo filia nupſit ignorante patre, aliquis dotem promiſerit, vel ipſa promiſerit, nihil enim refert, hæc promiſſio non valet, ut neque nuptiæ: an poſtea convaleſcet hæc promiſſio & ſtipulatio dotis, nuptiis conſentiente patre, etſi eam dotem non ſtipuletur maritus? videtur non convaleſcere, quia revocari & refici non poteſt, ſed ipſo jure non convaleſcit, & omnino videtur eſſe neceſſaria ſtipulatio nova: quia ſc. regula Catoniana non pertinet tantum ad ultimas voluntates, ſed etiam ad ſtipulationes, *§. 1. Inſt. de inut. ſtip. l. inter 83. §. ſacram de verb. obl.* quæ regula Catoniana hoc dictat: *quod ab initio non valet, ex poſt facto non convaleſcit*: verius tamen eſt, eam ſtipulationem convaleſcere, quia conditionalis fuit ſtipulatio, non pura. Et regula Catoniana pertinet tantum ad ſtipulationes puras, non conditionales, *l. 32. l. exiſtimo 98. de verb. oblig.* ſicut nec pertinet ad legata conditionalia, *l. cetera, de leg. 1. l. placet, de reg. Caton.* Omnia quæ ſunt conditionalia ex poſt facto confirmantur: hoc conditioni innatum eſt, *l. 8. de reb. cred.* Stipulatio autem dotis ſemper intelligitur ſub hac conditione, ſi nuptiæ ſequantur, quia ſine nuptiis non eſt dos: & ideo ita demum illa ſtipulatione agi poteſt, ſi nuptiæ ſequantur, ut recte ait *l. ſtipul. h. tit.* conſtat ergo, ſi nuptiæ ſint ſecutæ, alioquin non conſtat: nam ſi injuſtæ ſint nuptiæ, non videtur impleta conditio ſtipulationis. Sed quod notandum, non videtur etiam defecta conditio contractis nuptiis illegitimis; & integrum eſt ſtipulatori conditionem implere: ſed ſi defecta eſſet conditio, poſtea eam fruſtra adimpleret, *l. quidam 10. in pr. de fideic. libert.* Et ſecundum hoc (quod eſt evidentiſſimum) in *l. 10. de cond. & demon.* deeſt negatio loco uno, quam ſpecies propoſita indicabit. Finge: legavi aliquid filiæ, ſi nupſerit: illa nupſit, ſed non apte, non jure, non implevit conditionem: ergo nondum perveniet ad legatum: ſed quæritur, an poſtea contrahendo nuptias poſſit implere conditionem, & capere legatum? Quidam non poſſe dicebant, quaſi defecta conditione: ſed IC. putabat, *benignius eſſe dicere nondum impletam conditionem defectam*. Ita habent omnes libri, ſed legendum; *benignius eſſe dicere, nondum impletam conditionem, non defectam*: nam ſi defecta eſſet, fruſtra ei pareret filia: ergo, ut dixi, ſtipulationi dotis ineſt conditio, ſi nuptiæ ſequentur, & non eſt ea ſtipulatio præſens, aut pura, & conditio ejus ſtipulationis non videtur defeciſſe ſecutis nuptiis injuſtis, ſed videtur non exſtitiſſe, & eſſe adhuc in ſuſpenſo, in pendenti. Quando igitur ea conditio videtur defeciſſe, & evanuiſſe ea ſtipulatio dotis? Diſtinguendum; aut ſponſalia facta ſunt, aut non. Si ſponſalia facta ſint, non nuptiæ, & ſponſalibus renuntiatum ſit miſſo libello repudii, nuntio remiſſo, qui referret, nolle alterum ſua conditione uti; hoc modo videtur defeciſſe conditio, & evanuiſſe ſtipulatio, etſi alii non nupſerit mulier, & non convaleſcit ſtipulatio, ſi nullis aliis nuptiis interpoſitis cum alio quolibet, poſtea mulier nupſerit ei, cui dotem promiſerat, *l. ſtipulationem 21. cum l. ſeq. h. t. l. 4. de pact.* nam ſtipulatio, quæ ſemel evanuit, convaleſcere non poteſt, *l. quæ res §. aream, de ſolut.* Et hoc ſi ſponſalia facta ſint. Quod ſi ſponſalia facta non ſint, non aliter videtur defeciſſe conditio ſtipulationis quam ſi mulier cum alio contraxerit nuptias, ſi alii nupſerit, evaneſcit ſtipulatio, nec convaleſcit, ſi ſoluto matr. ei poſtea nupſerit, cui dotem promiſerat: ſin autem alii non nupſerit, & ſi poſt decennium ei nupſerit; ſtipulationi dotis locus eſt, modo intermediæ nuptiæ cum alio non interceſſerint, *l. ſi ſponſa 58. hoc tit.* Evaneſcit ergo ſtipulatio, nuptiis cum alio contractis, ſi ſponſalia facta non fuerint. Item evaneſcit ſtipulatio ſolo repudio, etſi alii non nupſerit mulier; & ita hæc ſubtiliter diſtinguenda ſunt. Et hoc eſt quod ait Papinian. hac *l. vulgatum eſt*, dotis promiſſionem referri ad primas nuptias, non factis ſponſalibus, hoc eſt, dotem deberi ei, cui promiſſa eſt; ſi ei priori mulier nupſerit, non ſi poſt alterius matrimonium ei nupſerit, quia dotis ſtipulatio diſſoluta eſt, & quæ ſemel diſſoluta eſt; nunquam reſtituitur. Et recte Papin. ait, *dotis promiſſionem deſtinare primis nuptiis, & non durare obligationem*, id eſt, evaneſcere ſtipulationem, *ſi poſt alterius matrimonium, ei nupſerit, cui promiſſa dos eſt*. Et id locum habet, quum aliæ nuptiæ interceſſerint, quod jam videtur ſupra dixiſſe. Sed illa verba poſtrema accipienda ſunt, ut interceſſerint nuptiæ cum alio, cui dos promiſſa non eſt, poſt promiſſionem dotis alteri factam: nam ſi antequam dos promitteretur alteri, fuerit mulier in matrimonio alterius, ea res non nocet ſtipulatori, cum eadem mulier poſt alterius matrimonium ei nubat. Et utitur Pap. alio exemplo. Quæſtio erat de nuptiis injuſtis propter ignorantiam patris. Exemplum quod ſubjicit, eſt de injuſtis nuptiis propter ætatem ejus, quæ nupſit. Finge: dotem promiſi de ea, quæ non eſt viripotens, quia nubilis non eſt, quæ annis 12. minor. Et ea vero uxor in domum mariti deducta eſt, & facta ſunt ſolemnia nuptiarum, & accepta eſt igni & aqua, nec tamen ſunt nuptiæ, quamdiu eſt impubes, *l. penult. quand. di. leg. ced.* nupta non videtur, quæ virum pati non poteſt, quo ex loco, ut ait Feſtus, nihil referre dicas, *viripotentem*, vel *viri patientem:* nuptiæ non ſunt, *γάμος ἄγαμος*. Et obſervandum ex Inſtit. non eſſe juſtas nuptias, niſi maſculi puberes, & feminæ viripotentes ſint. Cur puberes ſeparat maſculos a feminis viripotentibus? non abs re ſane, ut in *l. 3. quibus ex cauſis in poſſeſſ.* Inquit prætor, *ſi pupillus in ſuam tutelam venerit, aut pupilla viripotens facta fuerit*: quare non dicit etiam cum femina in tutelam venerit? quia feminæ erant in perpetua tutela. In maribus autem ſufficiebat ætas major 14. annis, qui eſt finis pubertatis: in feminis quoties de nuptiis agendis agebatur, non ſpectabatur tantum annus 12. ſed etiam an viripotens eſſet, ut Servius annotavit in illum locum Virgil. *Jam matura viro, &c.* nec abs re, ita ſcriptum eſt, in Inſtitution. illo loco.

loco. Ergo ſi dotem promiſi pro ea, quæ nondum eſt viripotens, non teneor ex ſtipulatu, antequam viripotens fuerit, quia tunc ſolum incipit juſta eſſe uxor, quum approbatur pro viripotente, referente medico, ſi res ſit obſcurior, ut & in aliis cauſis jus ocularem cognitionem deſiderat, de quo in *l. item ſi, ad l. Aquil.* Quod non intelligunt vulgo: *ſi damnum dederit obſtetrix*, inquit, *ſupponens, &c.* quia ſolebant mulieres ejuſmodi videre peſſos, ſeu πρόσθετα. Ergo cum mulier fuerit viripotens, incipit eſſe juſta uxor, non ex quo deducta fuit in domum mariti, nec interim videtur ſponſa, quamvis ſponſalia cum minore contrahantur; non enim in iis ſpectatur pubertas, *l. 14. de ſponſ.* Sed ſi ſponſalia facta non fuerint, quæ deducta eſt ante pubertatem quaſi uxor, nec uxor nec ſponſa fuiſſe cenſetur: Interim injuſtæ nuptiæ non valent, ut & ſponſalia: quemadmodum injuſtum teſtamentum non valet ut codicillus, niſi id nominatim dictum ſit: ſic ſtipulatio, ſeu acceptilatio non valet, niſi nominatim dicta vel pacta ſit. Et in hanc rem citatur ex libro eodem Papin. in *l. cum hic ſtat. 32. §. pen. de donat. inter. vir. & uxor. & l. quæſitum, de ſponſal.* Sola deductio in domum mariti, quæ eſt ſedes matrimonii, non facit nuptias, ſed neque ſponſalia: ut ſola dotis promiſſio non facit ſponſalia, *l. ſi ſponſa, hoc tit.*

Ad L. ſi vir uxori LIII. de Donat. int. vir. & uxorem.

Si vir uxori, donationis cauſa, rem vilius locaverit, locatio nulla eſt: cum autem depoſitum inter eas perſonas minoris donationis cauſa, æſtimatur, depoſitum eſt: hoc ideo tam varie, quia locatio quidem ſine mercede certa contrahi non poteſt: depoſitum autem, & citra æſtimationem quoque dari poteſt.

§. 1. Uxor viro fructum fundi ab herede ſuo dari, quod ſi datus non fuiſſet, certam pecuniam mortis cauſa promitti curavit: Defuncto viro viva muliere ſtipulatio ſolvitur: ut traditio, quæ mandante uxore, mortis cauſa facta eſt: nam quo caſu inter exteros condictio naſcitur, inter maritos nihil agitur.

FAcili negotio explicabimus *l. 53. de donat. inter vir.* atque etiam *l. 48. de manum. teſt.* quo pacto licebit brevi hunc librum abſolvere, non eſt quidem admodum difficile, quod ſcribit Papin. in hac l. ſed valde ſingulare utrumque: duas enim tractat quæſtiones. Inter virum & uxorem, nec proprietatis, neque poſſeſſionis ulla eſt donatio, exceptis quibuſdam cauſis, veluti exilii, divortii, ſepulturæ, & aliis quibuſdam: nec explicanda mihi nunc eſt ratio prohibendarum donationum inter conjuges. Eſt enim in promptu, & illa maxime, ne ſe mutuo amore ſpolient: Nam ſi liceret donare, nullum facerent finem donandi. Et ſi idem ſtatueres, inter amicos non eſſe donationem permittendam, quod poſſint ſe mutuo amore ſpoliare, dum alter alterum ſuperare vellet, non recte faceres, quia inter has permittitur. Sed affectio conjugum major eſt: igitur inter ipſos tantum invenitur prohibita donatio: quo jure utimur hodie. Donatio (inquam) inter vivos, donatio directa, ſic appellatur, quæ fit inter vivos: nam donatio mortis cauſa recte fit inter conjuges, quandoquidem donatio mortis cauſa effectus excurrit in id tempus, quo conjugium eſſe deſinit, *l. 10. hoc tit.* Sed etiam donatio inter vivos ex SC. & ex oratione D. Antonini comparatur donationi cauſa mortis, quia donantis morte confirmatur, hoc eſt, ſi vir aut uxor, quæ donavit, in ea voluntate perſeveravit uſque ad finem vitæ. Vivus aut viva donationem quamlibet revocat pœnitentia, & ſi non revocaverit, mors eam confirmat, & eſt inſtar fideicommiſſi; atque ideo ſubjicitur Falcidiæ, *l. 12. C. ad leg. Falc.* quamvis ex donatione inter vivos alias non detrahatur Falcidia, *l. Seja, §. ult. de don. cauſ. mort.* Ex donatione (inquam) perfecta, & irrevocabili, ex donatione, quæ ab initio non valet, morte tamen confirmatur, detrahitur Falcidia, quia ſimilis eſt fideicommiſſo, ſeu donationi cauſa mortis, quæ ſubjicitur Falcidiæ. Donat autem vir

A uxori, & contra, non tantum qui donare ſe dicit, vel palam confitetur, ſed etiam qui vendit, aut locat aliquid uxori viliori pretio donationis cauſa, quæ res non valet ut donatio, neque ut venditio & locatio: ergo nec alienatio dominii fieri intelligitur, *l. nuda, de contr. empt. l. ſi res 12. in prin. de jur. dot. l. vir uxori, ad Vell.* Et hoc eſt, quod ait Papin. h. l. *locatio nulla eſt*: nihil ergo agitur, quia nec donatio eſt, nec locatio. Idem etiam erit, ſi vir uxori rem vendiderit juſto pretio, non exacturus pretium, hoc eſt, ſi fecerit pretium tantum, nec exegerit, neque exigendi pretii unquam habuit animum: nam & hæc ſive venditio, ſive locatio nulla eſt, *l. cum in vendit. 36. de contr. empt.* Res quidem colorem habet venditionis, locationis, ſubſtantiam non habet: multa ſunt in jure colorata, commenta innumera, multa ficti-
B tia, multa ſunt dicis cauſa, multa rerum expediendarum cauſa, quæ leges introduxerunt, hæc recipimus: recipimus fictitias actiones, ut Publicianam, in qua fingimus uſucepiſſe eum, qui non uſucepit: & reſciſſoriam ex tit. *ex quib. cauſ. maj.* in qua fingimus eum non uſucepiſſe, qui uſucepit, & eas actiones, quæ dantur bonorum poſſeſſori, vel in bonorum poſſeſſorem, quales etiam Ulpian. in fragm. vocat fictitias, quibus fingimus, eum eſſe heredem, qui non eſt. Recipimus fictitias & tacitas ſtipulationes, item hypothecas, item tacitas traditiones & fictitias, *l. 2. pro ſocio.* In hereditatibus recipimus fictionem poſtliminii, fictionem legis Corneliæ, in pœnis dicimus commentitio jure eſſe receptum, pœnam reo irrogatam non tranſire ad heredes. Eſt ergo jus quoddam commentitium, ſunt juris quædam commen-
C ta, quæ recipimus, quæ leges introduxerunt, & mores recipiunt & præſumptiones recipimus, & nullum eſt in jure frequentius verbum, quam fingitur, videtur, præſumitur. Omnia ſunt fictionum plena in jure, & commentitia, etiam in foro recipiuntur, ut Fabius ait, falſæ narrationes, id eſt, colores & figuræ: nec excluduntur ſtatim patroni, qui, ut ad id perveniant, fingunt, narrantque falſo, &c. Colores autem & commenta excogitata in fraudem legum non accipimus, quia & ea leges ipſæ rejiciunt, ut in teſtamento per æs & libram recipimus imaginariam venditionem. In donatione inter vir. & uxor. non recipimus. Sed huic ſententiæ obſtat *l. ſi quis donat. in prin. de cont. empt.* Papin. ait, nullam eſſe venditionem, ſi vir uxori minus locaverit vel vendiderit: nam & locatio venditio eſt. At *l. ſi quis*, ait, ſi quis do-
D nationis cauſa minoris vendat, valet venditio, & ſimiliter, ſi quis minoris locet donationis cauſa, valet locatio, & utrumque eſt verum, ſi modo non accipiatur generaliter. Eſt enim diſtinguendum hoc modo: aut vendo ei, cui donare poſſum, & totam venditionem facio donationis cauſa, & non eſt venditio, ſed donatio, ut inſpiciatur magis quod eſt in re, quam quod eſt in formula conceptionis contractus: quod agitur potius, quam quod ſcribitur, *l. 3. & 9. C. de contr. empt. d. l. ſi quis donat.* aut pars venditionis fit tantum donationis cauſa, ut ſi vendo viliori pretio, ei ſcilic. cui donare poſſum, non in fraudem legum, & hoc caſu venditio valet, non contrahitur donatio; venditio enim præponderat, & utrinque contrahitur obligatio empti & venditi: ſi vero vendo ei, cui donare non poſſum, aut vendo bona fide,
E habens revera animum vendendi, & venditio valet, naſciturque ultro citroque actio ex empto vendito, quamvis poſtea mutato conſilio pretium ei donavero; valet (inquam) quia, quæ primo facta eſt bona fide venditio, non temere retractatur, & ex eo negotio datur actio empti venditi, *l. ſi ſponſus 5. §. circa, l. quod autem, §. ſi uxor, hoc tit.* aut vendo ei, cui donare non poſſum in fraudem legum, ut quod non poſſum donare palam, donem ſub titulo venditionis, locationis. Et hoc caſu nihil ago, ſive vendo, ſive dono, ſive unum nummum pro pretio poſtero, ſive aliud vile pretium exigam, *d. l. ſi quis donat.* At inde quæritur, an id, quod dictum eſt de venditione & locatione, quam vir facit uxori donandi cauſa, affectato hoc titulo circumſcribendi juris

civilis

civilis gratia, habeat locum in deposito? Finge: vir rem deposuit apud uxorem, eamque vilius æstimavit donationis causa, non bona fide, sed in fraudem legum, ea scilicet mente, ut redderet eam rem, vel æstimationem, quæ lex non facit, ne sit depositum, quamvis egrediatur terminos depositi, *l. Lucius* 24. *depos.* quia depositum plerunque datur, ut reddatur idem, non pretium, aut æstimatio; sed vel donatio, vel venditio, vel mutuum videtur esse, si sit res, quæ constet pondere, numero, vel mensura. An vero dicimus, ideo depositum non esse, quod facta sit æstimatio depositæ rei donationis causa? Minime: quia nascitur actio depositi directa, & contraria. Et rationem differentiæ inter depositum & donationem explicat Papin. quia deposito substantia consistit sine æstimatione. Est enim depositum, etiamsi rem depositam non æstimes. Locatio autem non est sine pretio certo, & sine pretio videtur ea, quæ fit nummo uno, vel sestertio, *l. si quis* 10. *in fi. de adq. pos. l. si quis* 46. *loc.* vel etiam quæ fit pretio viliori: nam vendere viliori pretio, puta nummis 10. quæ valeat 100. non vendere, sed rem Projicere est, *l. si pign.* 50. *de evict. l.* 36. *mand.* Ergo imaginaria venditio est, quæ fit viliori pretio, ac si facta esset sine ullo pretio: ergo nullus est contractus: contractus imaginarii nulli sunt, nisi fiant dicis causa, *νόμου χάριν*; *h. e.* ut satisfiat solemnitatibus legum, ut in emancipationibus liberorum, & testamentis per æs & libram, *l. contractus* 54. *de obl. & act. l. nuda* 53. *de contr. empt.* Depositum autem non est imaginarium, si res deposita æstimetur vili pretio, quia plane æstimari depositum necesse non est. Et hoc est, quod ait Papin. in princ. leg. Magis mihi placet, quod est in secunda parte hic. Ejus interpretatio tot verba non requirit, est tamen valde singulare, quod velim studiosos omnes perpetuo retinere. Nam ait, *quo casu inter exteros nascitur condictio rei*, id est, repetitio rei venditæ, *nihil agi inter maritos*, *h. e.* conjuges. Et species hæc est: uxor curavit heredem suum, quem testamento scripserat, promittere stipulanti usumfr. fundi, aut certam pecuniam mortis causa; *h. e.* si ipsa prius moreretur, sicut etiam in *l. quod in bonis* 15. §. 1. *ad l. Fal.* testator curat heredem suum promittere se vivo ei, cui donatum vult mortis causa, ut adversus eum non utatur l. Falcidia, vel ut certam pecuniam, si secus fecerit præstaret: quæ stipulatio olim non valuit, hodie valet; quia Falcidiæ locus non est invito testatore, ex Novell. Justin. Eodem igitur modo mulier donatura mortis causa, quæ donatio rata est, curavit promitti, ne Falcidia detrahatur: præmortuus est maritus superstite uxore donatrice: stipulatio, *inquit*, solvitur, quia facta fuerit mortis causa, *h. est*, solvitur donatio morte donatarii, perficitur morte donatoris. Et similiter, si rem mandato uxoris tradiderat marito mortis causa sub conditione, si ipsa prius moreretur, præmortuo marito solvitur alienatio, & traditio, vel stipulatio ipso jure. Ergo rei traditæ vindicatio mulieri competit, quia solvitur ipso jure traditio, & donatio, quod non obtineret in extraneo: nam extero non daretur vindicatio, sed condictio ob causam, causa non secuta. Finge: extraneus donavit tibi mortis causa, & tradidit, vel etiam promisit tantum, non tradidit: te præmortuo rem non vindicabit, sed condicet, quod traditione ipso jure non solvitur, dominium manet apud eum, vel condicit liberationem: non enim est ipso jure liberatus morte donatarii. Ex quo apparet, quod ego censeo valde notandum, quo casu inter extraneos condictio nascitur vel certi rei, quæ tradita est ad rem repetendam, vel incerti ad obligationem, quæ contracta est acceptilatione, solvendam: eo casu maritus nihil agit ipso jure, quod puto generaliter constitui posse in omnibus casibus: Nam etsi mulier intercesserit pro marito, ipso jure non obligatur, *Novella* 134. *cap.* 8. Quod etiam ex hoc loco recte defendes etiam obtinuisse ante Novellam illam, nec ea Novella introducit jus quasi novum: sed si mulier intercesserit pro extraneo non liberatur ipso jure, sed per exceptionem Senatusconsulti Vellejani, *l.*

A *si decipiendi, ad Senatusc. Vellejan.* omissa exceptione solvere compellitur ex sua intercessione.

Ad L. Si socius XLVIII. de Manum. testam.

Si socius testamento libertatem ita dederit: Pamphilus; si eum socius manumiserit, liber esto. Servius respondet, socio manumittente, communem fieri libertum familiæ atque manumissoris. Neque enim novum, aut incognitum est, vario jure communi mancipio libertatem obtingere.

QUod est in hac lege, explicabitur uno verbo. Finge: servus erat communis, unus ex dominis eum manumisit testamento sub conditione, *si eum quoque socius manumitteret*. Non frustra apposita est hæc condi-
B tio: alioquin ex testamento facta manumissio ab uno sociorum non valeret secundum jus vetus, quo constitutum est, si unus ex sociis servum communem manumittat, ut non fiat liber, sed pars ejus domini, qui manumisit, accrescat alteri: desinit esse communis, sed non desinit esse servus, quinimo fit in solidum servus unius. Quod Justin. mutavit favore libertatis, qui voluit servum manumissum ab uno socio, fieri libertum, si modo pretium alter suæ partis referat alteri. Quæ constitutio summam habet æquitatem: ante illam constitutionem necesse erat apponere illam conditionem, *si alter quoque manumiserit*. Finge: cum ita manumisisset unus ex sociis servum communem, *si alter manumiserit*, si expleta conditio fuerit, ut perveniret ad libertatem: quod videtur absurdum, ut perveniat ad libertatem diverso ju-
C re, partim testamento, partim vindicta, quia cum alter socius, qui superstes erat, manumisisset: hæc res non officit libertati: erit igitur libertus communis, hoc est, ejus, qui manumisit inter vivos; & libertus familiæ defuncti, h. e. Orcinus: ergo erit libertus diverso jure. Et observandum libertum Orcinum appellari hoc loco libertum familiæ: non est libertus heredis, non est libertus defuncti, qui desiit esse in reb. humanis: nec dixeris recte libertum esse defuncti: libertum Orci dices recte: sed aliud est defunctus, aliud Orcus: sed quia defuncto superest familia, recte dices, eum esse libertum familiæ, non libertum certi hominis, sed libertum familiæ, sive Orcinum, Plutonis, sicut Teoph. ait, χαρωνιανόν.

Ad L. Si Titius XLVIII. de Fidejuss.

D *Si Titius & Seja pro Mævio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.*

§. 1. *Huic similis illa quæstio videri potest; ob ætatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore, desideraret in veterem debitorem actionem utilem sibi dari.*

E DUas in hac l. Papin. adfert quæstiones: una est, de mare & femina, quæ pro aliquo fidejussit cum mare: altera est, de majore 25. annis, qui pro aliis fidejusserit. Et primum, si mas & femina pro alio fidejusserunt, & facti fuerunt duo rei ejusdem pecuniæ, mulier non tenebitur cum effectu, propter Senatusc. de intercessionibus mulierum, quod Vellejan. dicitur. Mas autem tenetur in solidum, sed habet beneficium divisionis, quod habet alias ex epistola Adriani & edicto prætoris, ut Paul. ait 1. *Sent. tit. penult.* quod datur pluribus fidejussoribus & mandatoribus: sed hodie omnibus correis debendi principalibus ex Novella 99. Beneficium divisionis hoc est, ut non sit liberum creditori cum uno eorum experiri in solidum, ut cogatur dividere actionem, ut fidejussores sive correi non teneantur,

nisi

nisi pro virili, si omnes solvendo fuerunt litis contestatæ tempore: nec enim inopia, quæ supervenerit, postea onerat ceteros. Singuli quidem ipso jure sunt obligati in solidum, sed beneficio epistolæ, id est, opposita exceptione epistolæ Divi Adriani, non condemnantur ultra virilem portionem, si litis contestatæ tempore omnes solvendo fuerint. In hac autem specie, cur mas non utitur beneficio? cur convenitur & condemnatur in solidum? quia videtur renuntiasse beneficio, qui scire debuit ex Senatusconf. Vellejan. feminam frustra intercedere, & onus obligationis in sua tantum persona consistere, ac si solus intercederet. Et hoc est, quod ait Papin. in 1. parte hujus l. Huic sententiæ obstat *l. idem est* 18. *supr. ad Vellejan. quoniam ait idem esse, &c.* Repetenda sunt ea, quæ scripta sunt ante eam l. & hoc in l. quæ procedit ostenditur, si mas & femina pecuniam mutuam sumpserint in rem communem, puta ut fundum ea pecunia in commune compararent, mulier tenetur pro sua persona, pro sua parte tantum, non pro parte masculi correi, quia pro parte correi videtur intercessisse, dum se obligavit in solidum, partim suo nomine, & hoc nomine tenetur pro parte sua, partim nomine alieno, correi nomine, & hoc nomine solvitur beneficio Senatusconf. Vellejani. Idem esse ait *l. idem est*, si pro debitore meo, mas & femina intercesserint si idem est: ergo cum mas & femina pro debitore meo fidejusserint, mulieris persona non subducitur in totum, scil. non eximitur obligationi in totum, sed tenetur pro parte. Sed hoc non potest esse verum, nisi ut in ea lege, quæ procedit, similiter fingatur species in *d. l. idem est*, puta marem & feminam pro alio fidejussisse in rem communem: quo casu cessat Senatusc. Vellejanum, *l. aliquando, eod.* nam si in rem alienam prorsus fidejusserunt, in totum persona mulieris subtrahitur creditori, & mas sustinet integrum onus obligationis. Obstat *l.* 8. *C. ad Vellejan.* Filiæ emancipatæ, vel etiam filiifamil. expromiserunt pro patre obligato alteri, id est, patrem liberaverunt novatione facta, & omnem obligationem in se receperunt: expromissor liberat reum principalem, fidejussor non: expromissione fit novatio, fidejussione non fit. Ergo pro patre intercesserunt filii mares & feminæ: lex ostendit mares non teneri in solidum, filias eximi obligatione, fateor hoc ea lege aperte demonstrari, sed non (ut quidam vult) illis verbis feminas eximi virilibus obligationibus. Nam viriles obligationes vocantur, quæ conveniunt masculis tantum, quasve mulieres suscipere non possunt: vel aliter, hoc vult, intercessionem esse munus virorum, non mulierum, *l.* 2. *ad Vellejan.* æquum non esse, feminas virilibus officiis fungi & obstringi obligationibus ejus generis, virilibus scilicet, quales sunt obligationes, quæ contrahuntur nomine intercessionis, non principali nomine & directo. Et ita *l. pen. de edendo*, removet feminas ab officio argentariorum, quoniam frequens est in hac opera, ut interveniant pro aliis: dum senatus removet mulieres ab intercessione, tacite removet etiam ab argentaria. Sed non desunt alia indicia in *d. l.* 8. quibus patet, filios, qui cum sororibus pro patre intercesserunt, non teneri in solidum, etiam subductis sororibus beneficio Senatusc. sed pro virilibus portionibus tantum; quandoquidem lex ait, mares tantum teneri in id, quod se obligaverunt, non ait, mares teneri in solidum, sed pro rata, pro virili, pro portione, & pro parte filiarum, quæ eximuntur obligatione, actionem restitui in patrem. Ergo aperte lex ostendit, subductis feminis mares non obligari in solidum, sed pro virilibus portionibus, quia scilicet ita se obligarunt: nam erant plures rei fratres, qui pro patre intercesserunt. Illud non probo, quod Accursius hic distinguit inter expromissores & fidejussores, imo indistincte sic constituo, sive sint duo expromissores, sive duo fidejussores, qui pro alio intercesserunt, & facti fuerunt duo rei debendi, mas scilicet & femina, mas tenetur in solidum, mulier in nihilum tenetur effectu; & duo sunt rei, sive fidejubendo, sive expromittendo

A caverint solidum & partem virilem: si expromiserint, vel fidejusserint solidum & partem virilem, si usi sint his verbis, *se cavere pro solido, & parte virili (chacun pour soy, & un chacun pour le tout)* nec enim sunt duo rei, si caverint solidum, aut partem virilem. Nam si dixerunt, se promittere solidum, aut partem virilem, non sunt duo rei, *l. inter eos, hoc tit.* singuli enim ab initio tenentur pro parte tantum: & ita duo rei stipulandi sunt, qui stipulati sunt non solidum, aut partem virilem: sed solidum, & partem virilem, ut sit exactio unicuique in solidum, & in partem virilem: si mas & femina, qui pro alio intercesserunt non sint duo rei, mas ab initio tenetur pro parte tantum ut *d. l.* 8. videlicet ipso jure divisa obligatione in initio contractus. In continenti divisio obligationis fit vel ipso jure, vel epistola D. Adriani, *l. inter fidejuss. h. t.* ipso jure fit, si non sint correi: ex epistola Adriani fit, si sint correi: & ipso jure fit semper sicut convenit initio: ex epistola non fit divisio, si mas & femina, duo rei intercesserunt: mas enim tenetur in solidum, ut in *h. l.* At quæritur in secunda parte hujus legis in eodem exemplo: si pro alio fidejusserunt major 25. annis, & alius qui erat minor 25. annis, restituto minore 25. annis adversus intercessionem suam beneficio ætatis, & rescissa intercessione ejus, an similiter dici possit, majorem teneri in solidum subducto minore per restitutionem in integrum, & non posse majorem uti beneficio divisionis; an idem constituemus, quod in illo casu? Et prudentissime Papin. ostendit, mulierem non esse similem minori 25. annis: neque idem esse hoc casu constituendum, quod illo priori: Nam in muliere non distinguimus, utrum simul fidejusserint mas & femina eodem tempore, an mas primum, deinde femina interposito tempore: nam utroque casu subducta femina mas tenetur in solidum: in minore 25. annis distinguimus. Nam si major 25. annis solus ab initio fidejusserit pro alio, deinde minor, minore restituto in integrum, major tenetur in solidum, quia & ab initio obligavit se in solidum, nullum sperans beneficium, quo solveretur præstatione solidi, nullum sperans se habiturum participem ejusdem obligationis, quia nesciebat creditor: essetne accepturus alium confidejussorem: hoc ergo casu major tenetur in solidum rescissa intercessione minoris. Quod ita verum est, ut eleganter docet Papin. nisi dolo creditoris inductus fit minor ad fidejubendum: Nam rescissa intercessione minoris creditori doloso, id D est, quod per dolum extorsit fidejussionem minoris, non succurrimus, data scilic. in eum fidejussorem minoris actione in solidum, sed utetur recte fidejussor major beneficio divisionis: neque enim opitulamur creditori, qui dolum admisit, qui per dolum effecit, ut & minor fidejuberet. Namque subducto minore non dabimus ei actionem in solidum contra majorem, sed pro parte ex epistola: & ita etiam si dolo creditoris minor pro debitore expromiserit novatione facta, atque ita liberaverit debitorem restituto minore, rescissa intercessione minoris, non revocatur liberatio debitoris, id est, non restituitur vetus actio in debitorem, non succurrimus creditori doloso restituta veteri actione, non damus ei utilem actionem in veterem debitorem. Omnis actio restitutoria est utilis, & hoc si solus major 25. annis initio E fidejusserit non sperans futurum alium confidejussorem, & postea ei adjunctus fuerit minor. Sed si simul fidejusserunt major & minor, locus est epist. D. Adriani, id est, major tenetur pro parte tantum, etiam rescissa intercessione minoris. Atque ita multum hic casus distat ab eo, qui proponitur initio hujus legis. Et ratio differentiæ est elegans inter mulierem & minorem, quam paucis verbis notavit Papin. nempe *propter incertum ætatis & restitutionis*, scilicet eventum, quæ brevitas fecit, ut non ea intellexerit Accurs. Franciscus Connanus, perquam suaviter emendavit, & pro his verbis (*si postea minor intercesserit*) posuit *si sponte intercesserit*, vir est doctissimus, sed non juris: corrumpit judicium & tempus perdit, qui in ejus commentariis illud ponit. Verum

ratio

ratio differentiæ eſt elegantiſſima, nec mutandi quidquam vel minima eſt ratio, aut occaſio. Initio, inquit, differentia hæc eſt; mulierum interceſſiones Senatus improbat, minorum interceſſiones nullum Senatuſcon. improbat: mulier quæ interceſſit liberatur per exceptionem, quæ deſcendit ex Senatuſc. Vellejano: minor non liberatur per exceptionem, ſed per reſtitutionem in integrum (*par lettres de chancellerie.*) Exceptio eſt certa, ſicut jus ex quo deſcendit: reſtitutio in integrum eſt incerta & arbitraria: neque enim temere datur, ſed cauſa cognita perraro, *l. in cauſa 13. de minor.* & pendet ex arbitrio prætoris, qui ſicut ei libuerit, dabit vel non dabit reſtitutionem in integrum: exceptionem Senatuſconſult. Vellejan. non poteſt denegare. Ac poſtremo ſexus mulieris certus eſt, ætas hominis plerumque eſt obſcura & incerta: etiamſi viderim hominem. Nam evenit ſæpe, ut exiſtimemus eos eſſe majores, qui ſunt minores, & contra. Hac ratione propter incertum ætatis, & propter incertum reſtitutionis in integrum, ſi mas & femina fidejuſſerint pro alio, mas tenetur in ſolidum, quia ſcivit ſe ſolum cum effectu obligari: ſed ſi major & minor fidejuſſerint pro alio, major non tenetur in ſolidum, quia vel neſcivit correum eſſe minorem 25. annis; vel exiſtimavit eſſe majorem: exiſtimavit eum vix impetraturum reſtitutionem in integrum, & cogitavit auxilium reſtitutionis eſſe perquam dubium & incertum: major, inquam, ſubducto minore, forte impetrata reſtitutione in integrum, non tenetur in ſolidum, niſi ſolus fidejuſſerit ab initio, & poſtea non inductus dolo creditoris minor etiam fidejuſſit, ac deinde eo nomine reſtitutus fuerit. Hæc ratio eſt digniſſima cognitu, *ita demum*, id eſt, hoc ſolo caſu (*poſtea*) interpoſito tempore. Cur non tenetur in ſolidum major, niſi illo caſu cum interpoſito hoc tempore interceſſit minor? Ratio eſt propter incertum ætatis, id eſt, quia exiſtimavit cum effectu obligari minorem, &c. Atque ita nihil habet certi major de obligatione minoris, quod poſſit ejus ſcientiæ imputari.

Ad L. penult. de Public. in rem actione.

Paulus notat. Exceptio juſti dominii Publicianæ objicienda eſt.

PLura ſcripſit Papin. & inter ea quiddam ad Publicianam. Nam in *l. pen. de Public.* exſtat nota Pauli ad Papin. eodem lib. ubi notat Paulus, Publicianæ actioni objici poſſe exceptionem dominii, ſcilicet veri dominii, ad differentiam fictitii, quod habet bonæ fidei poſſeſſor. Quid eſt actio Publiciana? eſt vindicatio dominii, quæ datur ei, qui rem bona fide poſſederat, necdum uſuceperat, amiſſa ea poſſeſſione, adverſus extraneum, ad quem pervenit poſſeſſio, non adverſus dominum verum. Nam potior eſt cauſa veri domini, quam bonæ fidei poſſeſſoris: potior eſt vindicatio directa quam prætoria. Hoc eſt quod dicitur, *Publicianæ actioni obſtare exceptionem juſti dominii.* Hæc tamen regula vitiatur multis caſibus, *l. mandatum, mand. l. ſi is cujus, ex quibus cauſ. major.* vide Accurſium in *l. pen. hoc tit.* citatur etiam Papin. in *l. 5. §. pen. de jur. dot.*

Ad §. penult. L. V. de jur. dot.

Papinianus lib. 10. quæſtionum ait: Cum pater curator ſuæ filiæ juris ſui effectæ, dotem pro ea conſtituiſſet, magis eum quaſi patrem id, quam quaſi curatorem feciſſe videri.

PAter eſt curator filiæ emancipatæ: dat dotem pro ea, vel ut pater, vel ut curator: nam dotem conſtituere pertinet ad utrumque: non apparet, qua mente dederit dotem, videbitur ne dediſſe ut pater, an ut curator? Ut pater, inquit, quia prædominaſſe & prævaluiſſe videtur affectio paterna: ſi dedit ut pater, dedit de ſuo, ergo eſt dos profectitia. Quid eſt dos profectitia? quam pater dedit pro filia ut pater: effectus eſt, quia dos profectitia redit ad patrem mortua filia in matrimonio, ſive fuerit ſui juris, ſive in poteſtate patris, *l. pater 71. de evict. d. l. 5. §. emancipatæ, l. ſi ab hoſtibus, l. filiæ 59. ſol. matrim. l. ſi filia, de divort.* Et huic præſumptioni, ut videatur ſcilicet dediſſe quaſi pater, conſentit *l. ult. C. de dot. promiſſ.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XI. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. in omnibus XXXXI. de judiciis.

In omnibus bonæ fidei judiciis, cum nondum dies præſtandæ pecuniæ venit, ſi agat aliquis ad interponendam cautionem, ex juſta cauſa condemnatio fit.

SI creditor in diem, vel conditionem agit, ante diem, vel ante conditionem perperam agit, quia plus petit tempore, & repellitur exceptione, *cujus pecuniæ dies fuiſſet*: vel *cujus pecuniæ dies nondum venit*. Et hoc, ſi agat ad pecuniam: nam ſi agat ad cautionem interponendam, quandoque male agit: Finge: creditor vel eſt in diem, vel in conditionem, id eſt, creditor in diem certum, vel creditor in diem incertum. Quid eſt conditio? eſt dies incertus, in quem confertur obligatio, ex quo ſuſpenditur obligatio & ſuſtinetur in eum uſque diem. Finge igitur: creditor veretur, ne interim debitor labatur facultatibus, & propterea deſiderat ſibi caveri de pecunia ſua ſibi ſuo die ſolvenda, vel veretur, ne interim debitor dolo malo faciat in ea re, quam debet, ne corrumpat eam rem: exempli cauſa, ne ſervum interim inficiat veneno, & ideo deſiderat caveri, dolum malum abfuturum: ſive autem hoc deſiderat, ſive de illo ſibi caveri, id eſt, de dolo malo, vel de re aut pecunia ſua die ſolvenda: & agat eo nomine, ex juſta cauſa audietur, nec repelletur. Et ut ait, condemnatio fiet, id eſt, condemnabitur debitor interim præſtare juratoriam cautionem, vel repromiſſionem, vel ſatiſdationem pro qualitate perſonæ. Nam locupletiſſimus non ſatiſdabit, ſed repromittet tantum cum jurejurando, vel ſine jurejurando. Et hoc Papin. ait in hac *l. 41.* obtinere in omnibus bonæ fidei judiciis. Quid hoc eſt *in omnibus*? id eſt, ſive generalia ſint, ſive ſpecialia. Sumpſit hanc ſententiam ex Sabino: a quo alia multa ſumit, & a quo facile patitur ſe reprehendi, ut in *l. 6. de ſerv. export. l. pro ſocio arbiter, pro ſoc.* Sabinus dicebat, judicem proſpicere debere creditori in judiciis bonæ fidei, in futuro damno, vel lucro pendente ex contractu bonæ fidei, etiamſi nondum quicquam cum effectu deberetur, ſive generalia eſſent judicia, ſive ſpecialia. Et ſpecialia vocat, quibus agitur de re ſingulari, de homine, de ſumma certa, veluti commodati, depoſiti, mandati. *Generalia* ſunt, in quibus venit univerſitas bonorum, vel quibus univerſum quid petitur, ut actio pro ſocio, cum contracta eſt ſocietas omnium bonorum: actio negotiorum geſtorum eſt generalis: actio tutelæ eſt generalis: omnia enim pupilli bona apprehendit, & in his judiciis, quibus univerſum quid petitur, magis videbatur habenda ratio futuri debiti, atque adeo magis eo nomine actori poſtulanti cautionem eſſe concedendam. Sed placet indiſtincte, in omnibus, id eſt, tam generalibus, quam ſpecialibus judiciis bonæ fidei, ante diem recte agi ad interponendam cautionem, & officio judicis condemnationem fieri. Et huc pertinet *l. Seja 42. de mort. cauſ. donat.* ubi eſt actio bonæ fidei non ſui origine, ſed conſtituta per exceptionem doli mali. Certæ ſunt actiones bonæ fidei, quæ enumerantur in Inſtit. *§. actionem, de act.* Enumeratio eſt certiſſima ſua origine: aliæ quæ non ſunt enumeratæ in Inſtit. ſunt ſtrictæ, quæ tamen poſſunt conſtitui bonæ fidei, videlicet oppoſita exceptione doli mali, vel replicatione: Nam eſt veriſſimum & elegantiſſimum, quod Doro-

theus

theus scribit in *d. l. Seja*, exceptionem doli judicium strictum facere bonæ fidei: quod comprobat *l.5. C. de except. doli*: exceptio addita exceptioni strictæ facit, ut judex possit ex bono & æquo condemnationem facere non serviens formulæ. Mentio doli mali judicium reddit bonæ fidei, quod initio erat strictum. Sic igitur in specie *l. Seja*, judicium strictum exceptio illa facit bonæ fidei, & propterea merito dubitatur in ea lege de præstanda cautione futuræ obligationis, quoniam solebat præstari in omnibus bonæ fidei judiciis. In omnibus, sive sui origine sint bonæ fidei, sive fiant postea. Sed tamen in *d. l. Seja* non præstatur cautio, quia nulla in ejus legis specie suberat causa vel obligatio, ne in diem quidem, vel sub conditione. Ergo quod scribit Papinian. hoc loco, non habet locum in actionibus strictis. Nam non frustra ait, *in omnibus bonæ fidei judiciis*: est ἀντιδιαστολὴ, qua significat aliud esse in judicio stricto: ex causa enim judicii stricti non ago ante diem ad cautionem interponendam, ut in *l. quotiens §. si semel, de pecul.* quod intelligi debet de actione de peculio stricta, veluti ex fidejussione servi, ex qua fidejussione servus naturaliter non obligatur, nec dominus tenetur de peculio. Sed si fidejusserit in rem domini, tenetur dominus de peculio stricta actione ex stipulatu: de peculio est adiectio communis omnium actionum: modo igitur stricta, modo est bonæ fidei actio. Ideo si de peculio agatur stricto judicio, & nihil sit in peculio rei judicatæ tempore, an cavere debet dominus de futuro incremento peculii? minime, quoniam est actio stricta, & de cautione interponenda ejus, quod quis debet, non agitur, nisi ex causa bonæ fidei contractus sive judicii. Et ita semper in libris nostris existimandum est, quoties dicitur obtinere in bonæ fidei judiciis, idem non obtinere in strictis: nec unquam persuasio hæc fallit: ut exempli causa, hoc est proditum, in bonæ fidei judiciis ex mora venire usuras: veniunt autem officio judicis, *l. in bonæ fidei, C. de usur. l.32. mora, §. in bonæ fidei, inf. eod. tit.* Ergo in strictis ex mora non veniunt usuræ officio judicis: hoc est certissimum: si non sint in stipulationem deductæ: nam veniunt tunc ex stipulatione. Scriptum etiam est, pacta facta in bonæ fidei judiciis ex continenti, inesse ex parte actoris, *l. jurisg. §. quinimo, de pact. l. in bonæ fid. C. eod.* ergo aliud est in strictis judiciis (ut docui semper). Et ita nihil moveor *l. lecta, de reb. cred.* quæ dicit stipulationi pactum factum incontinenti inesse: nam lex integra demonstrat, inesse ex parte rei, non etiam actoris, id est, exceptionem pacti inesse stipulationi ipso jure, etiam non oppositam, ex eo autem pacto agi non posse. Scriptum etiam est, in bonæ fidei contractibus, patrem non solum de peculio teneri, & de in rem verso, sed etiam si quid præterea dolo malo patris captus fraudatusque actor est, *l. in bonæ fid. de pecul.* nam actionibus bonæ fidei inest actio doli, exceptio doli, omnis exceptio: omissa enim exceptio suppletur officio judicis, *l. sed etsi ideo, sol. mat. l. hujusmodi 84. §. qui ser. de leg. 1.* Dolus vindicatur actionibus bonæ fidei. Quid est actio bonæ fidei? vindex doli mali: actione stricta non vindicatur dolus malus: & necessaria est actio doli mali in actionibus strictis, quasi non sufficeret actio ex contractu: neque enim inest actio de dolo actioni strictæ. Scriptum etiam est, in bonæ fidei judiciis haberi rationem affectus, *l. cum servus, mand.* id est, æstimari in iis non tantum pecuniarum damnum & lucrum, sed etiam damnum affectionis piæ & benevolæ, quæ non fuit expleta propter perfidiam adversarii *l. 7. de servis export.* Item, in bonæ fidei judiciis haberi rationem furti ab adversario admissi. Finge: socius aliquid surripuit ex societate, tenetur furti & condictione furt. An & pro socio? sic videtur: concurrit actio pro socio cum condictione furt. licet ulcisci furtum actione bonæ fidei, *l. rei com. 45. pro soc.* actione stricta nec dolus vindicatur, nec furtum, & eo nomine necessaria est condictio furtiva, quia non sufficit actio ex contractu stricti judicii. Ex quo intelligitur cur dicantur strictæ: neque enim licet judici eas

A extendere, aut proferre fines earum. Ergo merito dicimus definitionem hujus legis, non habere locum in strictis judiciis, & appellatione actionum bonæ fidei nos excludere stricta judicia, & nos ita debere constituere, in nullis judiciis strictis ante diem agi, sicut nota universali scribit Papin. *in omnibus, &c.* ergo dicamus, in nullis judiciis strictis, id est, sive sint arbitraria, sive non, contrariam huic legi definitionem constituimus, & sequimur: nam & arbitraria stricta sunt. Et errant Græci in eo, quod arbitraria comparant bonæ fidei judiciis: namque sunt proximiora strictis, imo stricta, licet in eis arbitrium judicis multum possit. Et hoc esse verum sic ostendo: nam in actione in rem, quæ est arbitraria, exceptio omissa non suppletur officio judicis: non inest igitur, *l. Papin. 14. de Pub. in rem actio.* In actione igitur arbitraria arbi-
B trium judicis non est latissimum. In actionibus bonæ fidei latissimum est, ideo doli exceptio inest bonæ fidei judiciis tacite. Ac præterea in actione in rem fructus non veniunt ante litem contestatam, *l.2. C. de pet. hered.* qui tamen veniunt in bonæ fidei jud. Ante moram usuræ non veniunt in bonæ fidei judiciis, fructus veniunt, *l. videamus, §. pen. de usur.* Posset quis tentare ex *l. grege, §. pen. de pig.* in actione hypothecaria, quæ est arbitraria, posse agi ante diem ob cautionem interponendam: Nam sententia legis est: debes mihi aliquid præsenti die, obligatio hypothecaria sub conditione: non aget creditor recte ante conditionem ad auferendam hypothecam, sed aget recte ad cautionem interponendam, si conditio extiterit nec pecunia soluta fuerit, hypothecam restituit quæ in rerum natura fuerit: ergo ante diem huic cautio-
C ni locus est in actione hypothecaria. Sed hoc ideo, quia debitum erat præsens, & ideo intererat creditoris securum eum fieri de causa hypothecaria: nam si debitum conditionale fuerit, interim nullo modo agi potest, nec ad cautionem interponendam, quia stricta est actio. Diximus, *in omnibus judiciis bonæ fidei*, sive specialia sint, sive generalia, sive sui origine sint bonæ fidei, sive fiant postea opposita exceptione, vel replicatione doli mali, cum dies pecuniæ solvendæ nondum venit, creditorem male agere ad pecuniam solvendam, & incidere in periculum plus petitionis: agentem vero ante diem ad cautionem interponendam, ad solvendam pecuniam, cum dies venerit aut conditio extiterit, audiri ex justa causa, & condemnationem fieri: Contra in nullis judiciis strictis creditorem in diem, vel in
D conditionem agere ante diem: nec agere igitur ad pecuniam, nec etiam ad cautionem interponendam, sive judicia sint arbitraria, sive non: actiones arbitrarias esse strictas: namque in eis arbitrium non esse latissimum, sicuti & in actionibus bonæ fidei. Et multa discrimina proposuimus inter bonæ fidei actiones, & arbitrarias, & strictas. Sciendum nunc est, in strictis judiciis agi ante diem de cautione interponenda, de solvenda pecunia, vel re integra præstanda. Habuimus unum casum ex *l. grege, §. pen. de pign.* Alter est, si agatur de legato, vel fideicommisso, vel etiam hereditate directa, quod vulgo additur: Nam etsi strictæ sint actiones legatorum aut fideicommiss. tamen pleraque mutuantur ex judiciis bonæ fidei, & inter cetera hoc, ut ante diem cautio exigatur legati relicti in diem aut fideicom-
E missi, idque nominatim est proditum in tit. *ut leg. nomine cav.* Est igitur cautio prætoria: Nam edicto prætoris interponi jubetur: cautio judicialis est, quæ sine edicto, ex mero officio judicis proficiscitur, *l. 5. de verb. obligat.* Et in bonæ fidei judiciis cautio ad quam agitur ante diem, est cautio judicialis: interponitur enim mero judicis officio, nec ullo edicto interponi jubetur cautio legatorum vel fideicom. & ita in *l. quod si in diem 16. de pet. hered.* debitor in diem jubetur cavere officio judicis, quia petitio hereditatis est actio bonæ fidei. Et hæc l. 41. nihil pertinet ad titulum *de judic.* nisi eam interpretemur, *ex justa causa damnatio fit, id est*, officio judicis debitor cavere jubetur, alioquin non pertinet ad hunc titulum: hic titulus est *de officio jud.* Quid est judicium in hoc

titulo? Est officium judicis, & ita Theoph. in §. *quidam, de act.* volens citare titulum *de officio jud.* citat titulum *de judiciis*, qui est in 4. *Instit.* quoniam idem est judicium & officium judicis. Et notandum etiam, hanc eandem cautionem interponi nomine hereditatis, non tantum fideicommissariæ, sed & directæ: & non tantum substitutionis fideicommissariæ, sed & substitutionis directæ ex edicto prætoris. Ita ad titul. *ut leg. nom. cau.* recte adiicias, *& hereditatum nomine*: hereditatum quoque directarum nomine, *l. inter, qui satisd. cog. l.* 8. *de præt. stipulat.* quod procedit in hac specie. Finge: heres institutus est sub conditione, & ei datus est substitutus sub contraria conditione: heres institutus pendente conditione non potest adire hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabul. petere, quæ tamen sine re efficietur, si deficiat conditio, & substituto pateat aditus ad hereditatem. Ceterum interim petetur bonorum possessio sec. tab. & substituto, siquidem hoc desiderabit, cogetur heres scriptus cavere ex edicto Prætoris *de præst. hereditate, in quam ipse est ingressus beneficio possess. bonorum sec. tab. si substitutionis conditio extiterit, & dolum malum absuturum, interim institutum tamen non dissipaturum bona hereditaria*: atque ita cernimus edictum, *ut leg. nomine caveatur*, pertinere etiam ad hereditates directas. Habent etiam hæ actiones legatorum & fideicommissorum, ergo, & hereditatum commune hoc cum bonæ fidei, ut ex mora debeantur usuræ; quæ non debentur in aliis strictis, *l.* 3. *Cod. in quib. caus. rest. in integrum non est necessaria, & tit. Cod. de usuris leg.* quod quidem favor conservandæ voluntatis ultimæ extorsit. Cur repetit usuras ex mora & ante diem cautionem legatarius? ut conservetur voluntas defuncti. Et similiter favor dotis efficit, ut stipulatio dotis, quæ tamen stricta est, pleraque habeat ex bonæ fidei judiciis: nam & in ea stipulatione usuræ debentur ex mora biennii, *l. ultim.* §. *præterea, Cod. de jur. dot.* quæ tamen non veniunt in aliis negotiis strictis. Itemque stipulatio dotis ipso jure nulla est, si dolus malus ei causam dederit, *l. si mulier* §. *si dos, ff. quod met. caus.* quod obtinet generaliter in omnibus bonæ fidei contractibus. Unde statuamus: dolus vel metus dans causam contractui bonæ fidei, ut stipulationi dotis, vitiat contractum ipso jure: alias contractum stricti juris non vitiat, sed necesse est, eum rescindi instituta actione doli mali, quam non est necesse institui, si est contractus bonæ fidei, cui inest actio de dolo, stricto non item. Paulatim crescit jus, atque ita stipulatio dotis paulatim hunc favorem accepit, ut hodie in omnibus & per omnia facta sit bonæ fidei ex constit. Justin. quæ antea quædam tantum communia habebat cum actionibus bonæ fidei. Differentia igitur fuit in plerisque: non potest esse commune quid inter hanc & illam rem quæ non habeat etiam inter se differens aliquid, sicut non potest esse inter duas res differentia, nisi inter eas aliqua sit communitas. Postremo etiam est unus casus, quo creditor in diem, vel sub conditione, cui debetur aliquid stricto judicio, possit ante diem agere ad cautionem interponendam, videlicet si postulatur separatio bonorum, *l.* 4. *de separ.* Sciendum est adita hereditate confundi defuncti bona & bona heredis, etiamsi non re ipsa, saltem jure ipso: quinimo desinit esse hereditas, quæ adita est, & incipit esse proprium patrimonium heredis: hereditas obveniens auget patrimonium heredis: & consequenter creditores defuncti & creditores heredis commiscentur, quia heres omnibus ex æquo respondere cogitur, quia unius personæ unum tantum est patrimonium, eædemque obligationes tam activæ quam passivæ. Hoc ita se habet: sed decreto Prætoris, non jure, postulantibus creditoribus defuncti, separantur bona defuncti à bonis heredis: separantur creditores hereditarii ab heredis creditoribus, & creditores hereditarii mittuntur in bonorum possessionem defuncti, non contra, quod perquam utile est creditoribus defuncti: nam finge: heredis modicæ sunt facultates, defuncti hereditas satis ampla est, & sufficit creditoribus hereditariis, quæ non sufficeret, si miscerentur creditoribus heredis, id est, si simul creditores heredis venirent in bona defuncti. Quamobrem maxime interest creditorum hereditariorum separari bona: & in postulanda separatione à prætore, an admittuntur etiam creditores in diem, quibus non dum debetur? Sic videtur, quia ut ait *d. l.* 4. & communi cautione eis consuletur. *Communis cautio* dicitur, non quasi sit prætoria & judicialis, id est, quod & edicto prætoris interponatur, & officio judicis; sed communis dicitur quia vulgaris, quæ in hac causa omnibus creditoribus præstatur de solvenda sua pecunia suo die, *l. filiusfam.* 114. §. *idem, in princ. de leg.* 1. Et vero si postuletur separatio bonorum & creditorum, in hac recensione creditorum, & separatione quam fecerint, creditores in diem, vel sub conditione recte desiderabunt sibi caveri: quandoquidem recipiuntur in numerum creditorum, sicut ii, quibus pure debetur. Nam ut & de puro debito exigitur cautio propter moram judiciorum, sic ex legatis puris etiam exigitur cautio, *l. etiam, ut leg. nom.* quanquam potissimum sit comparata eorum nomine, quæ debentur in diem, vel sub condit. nihil vetat tamen de eo exigi, quod debetur pure, quia exercitio judicii nonnullas moras habet. Postremo notandum est, nihil ad *h. l.*4. pertinere plerasque leges, quas adducit Accurs. ut *l.* 2. *de evict. l. prætor, de damno inf. l. si pec.* §. *si quis, de condit. cum d. l. si cum except.* §. *quatenus, quod met. caus. l. si à bonæ fidei cum seq. de rei vind. l.* 1. *si cui plusq. per leg. Falc. l.* 2. *C. de her. vend.* non debuit has Accurs. huic permiscere. Primum enim in *l.* 2. *de evict.* non agitur ad caut. interponendam. Sent. leg. hæc est: Si venditor non promiserit duplum evictionis nomine, & eo nomine agatur, reum dupli condemnandum esse. Quid est eo loco *agatur*? an significat agi ad cautionem duplæ interponendam, quanquam fateor agi posse: sed hoc agit, si dupla non sit promissa: & eo nomine agetur, id est, propter evictionem factam dupli damnandus est reus actione ex empto, in qua inest quidquid moris est cavere, licet cautum non sit: ergo & stipulatio duplæ, & inde agi potest in duplum, ac si stipulatio intercessisset, & ita accipienda *l. si nolit* 31. §. *quia assid. de æd. edi.* Ergo non agitur in *l.* 2. ad cautionem duplæ, sed ad duplum, & si de ea ageretur, nihil pertineret ad hanc l. Nam hæc lex est de alio genere cautionis: nihil etiam lex *prætor, de dam. infec.* quoniam non loquitur de cautione, qua cavit debitor de solvenda pecunia sua die, de qua est hæc lex, sed de cautione damni infecti, quod vicinus, cujus ædes sunt ruinosæ, suo vicino cavet, non de credito, non de chirographo, quod vicinus vicino debet. Nam *chirographum* dicitur cautio quælibet, etiam liberatoria, apocha, acceptilatio, & ut cautionem caveri dicunt, ita etiam chirographum caveri, quod quidam nimis temere tollunt in *l. si ut certo* 5. §. *denique ait, commod.* ubi est scriptum, *in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris*, emendant *chirographo*: item in *l.* 89. *de solut.* ubi ait, *ex chirographis cautis, & ex chirographis, quæ debitor cavit.* Nihil etiam pertinet ad hanc *l. si pec.* §. *si quis*, quia non est etiam de solvendæ pecuniæ cautione, sed de cautione restituendi servi, qui est in fuga: non est de debitore in diem, ut ante diem caveat de solvendo debito. Species est: Dedi tibi 10. ut emeres servum: emisti, & fugit priusquam eum mihi restitueres, sine dolo malo, aut culpa tua: an teneris mihi in 10. quod non possis restituere servum? Minime: namque liberaberis, si caveris de restituendo servo, si quando in potestatem tuam pervenerit, quod longe aliud est genus cautionis quam de qua agit Papin. in *h. l.* Nihil pertinet etiam *d.* §. *quatenus* nec *l. si à bonæ fid. & seq. de rei vind.* Nam non loquuntur etiam de hoc genere obligationis, id est, de solvenda pecunia sua die, sed loquuntur de cautione, quam domino cavet possessor rei, si ejus rei restituendæ facultatem non habeat, ut cum homo petitus fugit: Nam hoc casu possessor malæ fidei, de persequendo suis sumptibus, & de restituendo eo homine, qui se contulit in fugam tenetur: bonæ fidei possessor

ſor de reſtituenda re tantum cavet; depoſitarius vero nullo modo, id eſt, ſi depoſitarius rem amiſerit ſine dolo malo (quem ſolum præſtat) non cogitur cavere, nec de ea re reſtituenda, nec de ea re perſequenda: ſed ſi iterum in ſuam poteſtatem pervenerit, iterum agi poteſt: interim non oneratur cautione, quia beneficium dedit: nec eſt æquum, qui beneficium dedit, ut oneretur cautione, arg. *l. Lucius*, *depoſ.* Sunt igitur leges, quæ cavent de reſtituendo, de proſequendo, requirendo: ſunt quæ de requirendo tantum: ſunt quæ neque de hoc, neque de illo. Ceterum aliæ ſunt, de quibus agit Papin. hoc loco. Nec huc refertur recte, *l. 2. de hered. vend.* quæ eſt de cautione, quam emptor hereditarius venditori cavet hoc modo: *quantam pecuniam venditor hereditario nomine dederit, ſolverit, præſtiterit, tantam recte præſtari*; quia ſcilicet ad venditoris hereditatem creditores hereditatis eunt, non ad emptorem: & ideo æquum eſt, eum indemnem præſtari ab emptore, ſi quid præſtiterit creditoribus hereditariis. Poſtremo nihil etiam pertinet *l. 1. ff. ſi cui plus quam per l. Falc.* quæ eſt de cautione, quam legatarius heredi præſtat in accipiendo legato, quod nondum certum eſt an ſubiturum ſit deminutionem, ſive reſciſſionem Falc. legis. Cavet enim hoc modo, nec aliter præſtatur legatum, *quod amplius legati nomine, quam per legem Falcid. licuerit capere, quanti ea res erit, tantum recte præſtari heredi*. Solvit dubius. Hæc ſunt, quæ ad hanc l. annotare libuit. Etiam hoc annotare velim, ſoluto matrimonio non ſtatim eſſe reddendam dotem, quæ numero, pondere, menſura contineatur, ſed annua, bima, trima die, hoc eſt, tribus penſionibus, & hodie una penſione annua ex Conſtit. Juſtin. Deberi igitur dotem in diem annuam, bimam, trimam: ſed ſi interim, antequam exierit dies nequitiæ ſuſpectus maritus fiat, mulier recte aget ad interponendam ſatiſdationem de reddenda ſuis diebus dote, non poteſt ante diem agere ad dotem recipiendam, ſed ex juſta cauſa audietur, ſi agat ad cautionem interponendam: quam ſi non præſtiterit maritus, confeſtim dotem reddere cogitur deducto interuſurio, hoc eſt, commodo medii temporis: Nam uſuræ & fructus, quæ, quive obveniunt interim, ad maritum pertinent, non minus, ac ſi conſtaret matrimonium, atque ita ſi cogitur ſtatim reddere, deducendum interuſurium, *l. ſi conſtante*, *§. quotiens*, *ſol. matr.* Et obſervandum Papinianum in hoc libro 11. tractaſſe quoque de dotibus. Unde conjicio, idem ſcripſiſſe Papin. hoc libro de dote reddenda, aut ſatiſdatione præſtanda, quod eſt proditum in *d. §. quotiens*, & id quod ſcripſerat de dote reddenda, aut ſatisdatione interponenda, generaliter ſcripſit & definivit *d. l. 41.* in omnibus bonæ fidei judiciis, non tantum in judicio dotis, ſed & de ceteris omnibus, cum nondum dies pecuniæ venit, ſi agatur ad cautionem interponendam: atque ita, quod ſcripſerat de judicio dotis, protulit ad judicia omnia bonæ fidei. Definitio igitur eſt valde notanda: nam ea non ſervatur in judiciis ſtrictis, neque etiam in judiciis bonæ fidei temere ea cautio interponitur, ſed cauſa cognita officio judicis, ut ſi maritus vivat luxurioſe, remque ſuam & alienam diſperdat, ante diem reddendæ dotis compelletur ſatiſdare. Nunc pergamus ad reliquas leges.

Ad L. Ult. de Cond. ſine cauſa.

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupſit, an eandem repetere poſſit, quæſitum eſt? dixi cum ob turpem cauſam dantis, & accipientis pecunia numeretur, ceſſare condictionem, & in delicto pari potiorem eſſe poſſeſſorem: quam rationem fortaſſis aliquem ſequutum reſpondere; non habituram mulierem condictionem, ſed recte defendi, non tam turpem cauſam in propoſito, quam nullam fuiſſe, cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequiret: non enim ſtupri, ſed matrimonii gratia dotem eſſe.

§. 1. *Noverca privigno, nurus ſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit: ceſſare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium inceſtum committitur.*

A *Atquin vel magis ea in ſpecie nulla cauſa dotis dandæ fuit: condictio igitur competit.*

HÆc lex refertur ad dotis cauſam, quod ſatis patet. Quæſtio eſt: ſororis filia, quæ nuptura eſt avunculo, ei pecuniam dedit, quaſi in dotem: nuptiæ ſecutæ non ſunt, quæ nec jure ſequi poſſunt: *quæritur*, an ſororis filia poſſit eam pecuniam condicere quaſi datam ob cauſam? Quæſtio eſt aperta ſatis. Sed obſervandum quæſtionem formari de ſororis filia & avunculo, inter quos ſunt nuptiæ illicitæ, non de patruo & fratris filia; non abs re. Nam nuſquam invenies in jure prohibitas eſſe nuptias inter patruum & fratris filiam. Illicitæ ſunt inter avunculum & ſororis filiam, ut in l. iſta, & in *l. qui in provincia*, *de rit. nupt.* De avunculo fit mentio, qui B duxerat ſororis filiam, non de patruo, & proponitur in ea lege elegans reſcriptum principis, quo confirmatur ſtatus liberorum ex juſtis nuptiis procreatorum. Neceſſaria eſt confirmatio: ſi injuſtæ ſint nuptiæ, ſunt injuſti liberi: ſed princeps cum avunculus duxiſſet ſororis filiam, confirmavit ſtatum liberorum: matrimonium non confirmat, nam ut noſter Papin. ait in *l. ſi adulter*, *§. inceſtæ*, *ad leg. Jul. de adult.* inceſtæ nuptiæ non ſolent confirmari: igitur non confirmavit nuptias, ſed liberos fecit legitimos: an temere? Minime, quatuor ductus rationibus: motus fuit diuturnitate temporis, & ignoratione mulieris, quæ ſcilicet ignara juris in matrimonio fuerat; tertio, quod ipſa non eum ſibi virum optaverat, ſed fuerat collocata ab avia ſua, quarto, numero liberorum. Hæc omnia, inquit, ſi concurrant, ſtatum libero- C rum confirmant: qui locus eſt notandus, ſed ut initio dixi, de avunculo loquitur, *l. ſororis*, *l. etiamſi conc. de ritu nupt.* Sororis filiam ducere non licet, ergo nec neptem, nec proneptem: quoniam ſunt filiarum loco: nec enim concubinatu licet has perſonas habere: nihil dicit de fratris filia: nam verum eſt, licuiſſe fratris filiam uxorem ducere ex Senatuſconſulto, ut eſt apud Cornelium Tacitum libro undecimo, ſed non licuit ducere ſororis filiam: & Xiphilinus ait, Nervam vetuiſſe, ne quis duceret τὴν ἀδελφιδῆν: intelligit ſororis filiam. Cur vero has prohibuit, non illas? non eſt quærenda ratio, nam hæc pendet ex jure poſititio. Jus poſititium dicitur ad differentiam juris naturalis, quod eſt authenticum, nuptiæ, quæ non ſunt nominatim prohibitæ, permiſſæ intelliguntur: at non ſunt nominatim prohibitæ cum fratris D filia, igitur permiſſæ ſunt. Non ergo abs re eſt, quod proponit, ſororis filiam avunculo nupturam pecuniam in dotem dediſſe: unde quæritur, *an poſſit condicere pecuniam nuptiis non ſecutis?* Et videtur prima facie non poſſe: alii prima fronte, alii prima ratione, κατὰ πρώτην ὄψιν, ἢ πρῶτον λόγον, *l. 2. §. ſed etſi*, *de hereditate vendit. l. 1. de auctorit. tutor. l. utrum*, *de petit. heredit.* Cujuſque rei veræ duæ ſunt rationes, prima & ſecunda, & ſecunda potior ſemper: prima ratio, quæ efficit, ut non videatur competere condictio, quia ea ceſſat, ſive ſolius accipientis turpitudo, ſive turpitudo utriuſque verſetur, ut in hac ſpecie, *l. 3. & 4. & penult. de condict. ob turp. cauſam*, quia etiamſi utriuſque turpitudo verſetur in pari delicto, melior eſt cauſa poſſeſſoris, durior petitoris, quæ regula latiſſime patet, ſive quæratur de E lucro, ſive de damno: nam in eo, quod petitor, aut poſſeſſor lucri aut damni facturus eſt, durior eſt cauſa petitoris, id eſt, lucrum pertinet ad poſſeſſorem, damnum ad petitorem, cujus rei innumera licet exempla ex jure proferre: contenti erimus his, quæ ſequuntur, ut in *§. retinendæ*, *Inſtit. de interd. l. 1. de cond. indeb. l. ſi ſervum*, *§. ſequitur*, *de verbor. oblig. Paulus 1. Sent. l. pen. de Salv. interd. Theoph. §. æque de actionib.* Fortuna pro poſſeſſore ſententiam dat ſi par ſit cauſa ejus, qui petit, & ejus unde petitur, nec recte condicit quis ei, qui accepit turpiter, ſi & is, qui dedit, turpiter dedit, non agit interdicto de opere illicite facto in loco publico, quod & ipſe idem fecit, *l. 2. §. idem ait*, *ne quid in loco publ.* Et poſſeſſoris in jure ſemper melior cauſa eſt. Sic ſemper melior eſt cauſa rei, reus

non damnatur absens, accusator damnatur, qui litem fecit, *l. absentem, de pœn.* Accusatori dantur duæ dilationes, reo tres, *l. ult. de feriis:* Sic olim reo tres horæ dabantur ad causam peragendam, actori duæ: ac præterea, si pares sunt sententiæ judicum, causam accusator non profert, sed absolvitur reus: in causis criminalibus actor cogitur edere reo rationes, non reus actori, *l. ult. C. de eden.* Reus potest uti variis & diversis exceptionibus, actor non pluribus actionibus, sed eligere debet, qua velit uti, aut protestari debet, quod ex una non potest consequi, se ex altera velle prosequi, *l. 1. §. quia autem, quor. legat. l. 43. de regul. juris.* Ergo secundum primam rationem, sororis filia, quæ quasi in dotem pecuniam dedit avunculo, nuptiis non secutis, eam condicere non debet, quia turpiter dedit, & avunculus turpiter accepit: melior est igitur causa possidentis. Papin. hic animadvertit, condictionem dandam esse filiæ sororis, quia in proposita specie non fuit turpis causa potius, quam nulla, id est, potius fuit nulla causa dandi, quam turpis causa, quandoquidem ea pecunia non potuit converti in dotem, quod nuptiæ non consistant, & dabatur pecunia, non ad stuprum, sed ad nuptias nomine dotis. Quid est dos? res vel pecunia quæ datur viro matrimonii nomine: non fuit igitur data ob turpem causam, sed plane ob nullam, ideoque dabitur condictio sine causa, quia sine causa eam dedit: nec distinguo, an mulier ignoraverit nuptias fuisse illicitas, necne. Nam utroque casu idem dicendum, condictionem dari, etiamsi scierit, *§. ult.* indicat etiam scienti: aut ei, qui scire debuit: cum privigno, id est, qui fuit privignus: noverca scire debuit, non esse inter eos nuptias, quia est juris gentium, quod nemo potest ignorare. Ergo scisse videtur cum privigno non esse nuptias: nihilominus tamen condictio datur. Sed non scire debuit in nostro casu, quod cum avunculo sint illicitæ nuptiæ, quod est juris civilis, *l. si adulterium, ad leg. Jul. de adult.* Et dari condictionem intelligendum, si non nupserit privigno, vel socero, vel avunculo. Nam si nupserit, dos est caduca: & quod factum est caducum semel, nunquam repetitur: dos fit caduca, nec revocatur, etiamsi postea nuptiæ confirmentur, *l. incestæ, l. dote, de ritu nupt. l. 4. C. de incest. nupt.* nisi errore acrissimo, ut ait *d. l. 4.* decepti sint. Nam si errore acrissimo decepti sint, & errore comperto, confestim diremerint matrimonium, dos non fiet caduca: & si præses provinciæ, in sua provincia uxorem duxerit, dos non fit caduca, *l. si quis officium, §. veterem, de ritu nupt.* Ergo generaliter, sive quis eam duxerit, cum qua non sunt licitæ nuptiæ jure civili, sive eam cum qua non sint licitæ jure gentium, dos fit caduca. Objiceret quis minorem duodecim annis pupillam. Hæc si nupserit ante pubertatem, dos non fit caduca, & condicitur, si post pubertatem nuptiis non consenserit: similiter si ancilla nupserit libero homini, & dotem dederit, dos non fiet caduca, sed condicetur a domino ancillæ, vel ab eo qui pro ea dotem dederit, nisi ea libera facta nuptiæ sequutæ sint, *l. qui servus de condict. causa dat. Gellius* libro 4. capite 3. *&* 4. *l. 59. §. ult. de jure dot.* Justæ non sunt nuptiæ cum ancilla, cum minore duodecim annis, fateor. Cur ergo dos non fit caduca? quia non sunt illicitæ nuptiæ: fateor non esse justas & solemnes: nego esse illicitas conjunctiones, & contubernia, & quasi nuptiæ: si essent illicitæ, non confirmarentur manumissione. Illicitum aliud est, quam injustum, in titulo *de justitia & jure.* Et similis est species in *§. ult.* Noverca privigno dotem dedit quasi nuptura, neque nupsit; nurus, hoc est, quæ fuit nurus, dotem dedit socero quasi ei nuptura, neque nupsit, ei dabitur condictio, quæ prima facie videbatur cessare, *hoc casu,* inquit, *vel magis, &c.* Cur? quia scilicet magis est nulla causa dandæ dotis, propterea quod magis sunt prohibitæ nuptiæ inter has personas. Sunt namque prohibitæ duplici jure, jure gentium, & civili: cum avunculo non committitur incestus jure gentium, sed jure civili tantum: nam harum nuptiarum permissio modo approbata est a principibus, modo improbata, *d. l. adulterium* §. 1. stuprum comprehendit & incestum jure civili: ideoque excusatur ignorantia pupillæ, quia potuit ignorare jus civile: non excusatur, si privigno, quia non licet ignorare jus gentium, atque ideo nulla fuit causa dandæ dotis.

Ad L. XXXIX. Sol. matrim.

Viro atque uxore mores invicem accusantibus; causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur

HÆc lex est de actione de moribus, quæ olim divortio facto erat inter virum & uxorem: hodie sublata est: qua de re Tertullianus queritur, quod sublati sint magistri morum, hoc est, censores. Locus hic postulat, ut de ea copiose disseramus ex Digestis. Divortio facto inter virum & uxorem erat actio de moribus, vel actio injusti repudii agente utroque, vel altero eorum περὶ κακοτροπίας a Rhetoribus actio injusti repudii dicitur malæ tractationis. Pars videtur fuisse actionis rei uxoriæ, maxime agente muliere, & viro agente proprie erat actio de moribus. In hac actione quæritur, cujus mores divortio causam dederint, quis divortii causam dedisse videatur. Et est actio civilis, non criminalis, quanquam dicatur accusatio hoc loco, & in *l. cum mulier 47. hoc tit.* Sed non est novum, ut actio civilis vocetur accusatio, si vindictæ solius persecutionem contineat, non pecuniæ, non rei familiaris, ut actio ingrati, quæ jure nostro datur duobus casibus tantum, si ingratus fuerit libertus erga patronum, & si donatarius adversus donatorem. Dicitur hæc actio accusatio, quia arguit malos mores, & vindictæ persecutionem continet. Qui agit actione ingrati, agit causam doloris, nec de pecunia amissa queritur magis, quam de beneficio male collocato: agit de moribus ingrati hominis: & similiter actio suspecti tutoris, accusatio dicitur: actio inofficiosi testamenti, accusatio dicitur: nam arguit testatoris impietatem, ingratitudinem, inhumanitatem. Accusatio etiam dicitur habere persecutionem vindictæ, licet res sequatur eum, qui obtinuerit, *l. 1. §. sed si puta, inf. si quid in fraud. patr.* Eadem ratione actionem injuriarum esse accusationem, quæ dolorem mitigat ejus, cui facta est injuria: quanquam sequatur pecuniaria condemnatio, sed huc non spectat. Qua de causa hæ omnes actiones, quæ vindictæ persecutionem habent magis, quam pecuniæ, non dantur in heredem, quia nulla pœnalis datur in heredem, licet sit pecuniaria: sed nec dantur heredi, quia vindictæ persecutionem habent. Indignatio est conjugis, non heredis: qua de causa actio inofficiosi testamenti non datur heredi. Datur tantum exheredato, cui injuria facta est. Actio pœnalis, quæ persequitur rem, datur heredi, ut actio furti, non in heredem, ut puniatur, qui nihil deliquit, & actio, quæ vindictam solam spectat, nec heredi datur, *l. 1. C. Theod. de dotib. l. rei judic. §. 1. hoc tit. heres,* inquit, *morum coercitionem non habet,* id est, *non agit de moribus adversus uxorem defuncti.* Hac actione autem de moribus puniuntur tam graviores mores, quam leviores; graviores, qui & majores: leviores, qui & minores dicuntur. Et graviores mores vocabant adulteria tantum, leviores, reliquos omnes pravos mores, quos indicat Ulpian. in *tit. de dot.* Et aliter puniuntur mores mulieris, aliter mores viri. Mores mulieris graviores sunt, ut adulterium sive probrum. Probrum in jure accipitur pro adulterio, *l. probrum, de verb. signif.* quæ est referenda ad *leg. Jul. de adult.* sicut furtum est crimen jure gentium, sic & adulterium. Graviores, inquam, puniuntur retentione, vel petitione sextæ partis dotis, leviores octavæ partis dotis. Ergo ob adulterium non amittebat dotem totam, sed partem tantum, id est, sextam. Quod & indicat lex *cum mulier, hoc tit.* cum mulier lenocinio mariti adulterata est, maritus nihil ex dote retinet: ergo alias retinet

ex

ex dote, non dotem; propter adulterium, non est retentio dotis totius, sed partis tantum. Et ideo in *l. miles, §. si socer de adult.* socerum, qui accepit dotem nuru deprehensa, retinere vel petere lucrum ex dote: non dicit dotem, sed ex dote. Horatius tamen *deprehensam in adulterio doti metuere* dixit, *&c.* Plinius *eam, quæ vinum bibisset, dote mulctatam*, quod id haberetur instar probri, sive adulterii, quæ secundum jus non possunt accipi, nisi de parte dotis. Cato in oratione de dote, ut est apud Gellium: *si quid perverse, vel tetrefactum esset a muliere, mulctari mulierem, si vinum biberit, si cum alieno viro probri quid fecerit, condemnari*: condemnari igitur in partem dotis tantum. Et ita in *l.38. hoc tit.* mulierem, cujus culpa divortium factum est, ob adulterium mulctari: mulctari igitur parte dotis. Nam non invenio, ne ob mores quidem graviores, dote tota mulctari, nisi ex pacto, vel nisi extra ordinem motu judicis. Possunt ergo mulctari dote solida, vel motu judicis, vel pacto convento. Videamus, quemadmodum coerceantur mores mariti. Graviores etiam coercentur aliter, quam leviores. Et sciendum est, duo esse genera dotium. Alia est dos, quæ redditur annua, bima, trima die, si constat numero, pondere, mensura: dos alia, quæ præsenti die. Dos, quæ consistit in corporibus, in rebus mobilibus, vel immobilibus redditur præsenti die, quia earum rerum redditio non est difficilis: sed si fuerit pecunia est difficilis. Actio rei uxoriæ est bonæ fidei, ob id indulgetur annua, bima, trima die: redditur hodie annua tantum. In ea dote, quæ reddenda est annua, bima, trima die, graviores mores mariti ita puniuntur, si cum aliena muliere fuerit, ut eam dotem reddat præsenti die, leviores, ut eam reddat intra sex menses. In ea vero dote, quæ reddenda est statim, mores ita puniuntur, ut tantum reddat ex fructibus prædii dotalis, quantum ex eo quadriennio redigitur, quamvis percepti fuerint manente matrimonio, quod Ulpianus in fragmentis explicat in *tit. de dot.* Est igitur hæc actio pœnalis & civilis: regulariter actio civilis non consumit pœnalem. Nam & si quis sit victus civiliter, potest postea agere criminaliter, in *tit. quando civilis actio crimin. præjud.* Excipitur actio civilis, quæ habet vindictam & persecutionem: ut actio injuriarum consumit criminalem, quia idem persequimur criminali, quod civili, nempe vindictam publicam tantum: qui cecidit ergo civili, non potest intendere criminalem, *l. prætor, 7. §. si dicatur, de injur.* Ejusdem generis est actio de moribus: hac actione victus non potest mulierem accusare adulterii, quia pronuntiatum est, eum non habere vindictam graviorum morum, aut innocentem esse mulierem, nec probrum ullum fecisse, quod ostenditur *l. 1. C. Theod. vio. civil. crim. agi posse*, titulus est regula juris, sed lex excipit actionem de moribus. Ab ea regula etiam illud notandum est, in contrahendo matrimonio, vel in dote danda, aut amplianda non valere conventionem ita factam, ne quandoque de moribus agatur. Est turpis conventio: vel si convenerit, ut plus aut minus exigatur propter mores, non est honesta conventio, quia publica legum coercitio privata pactione tolli non potest, *l.9. de pact. dot.* & in Noricis Pandect. & in aliis Flor. nescio quomodo fuerit sublatum, propter jus novum, quo sublata est actio de moribus: sed hodie hoc est planum, conveniri non posse ab initio contrahendi matrimonii, aut dotis, ne agatur de moribus: nam post divortium valet conventio: cum jam nata est actio de moribus, licet eam mihi remittere, *l.20. de pact. dotal.* ubi fuit simile flagitium, quod extat hodie in omnibus Pandectis. In ea *l.20.* scriptum est, *ob res donatas, vel ob amotas, vel ob impensas, ne quid retineatur ex dote*: erat enim retentio propter has causas: pactio interposita valet post divortium. Verum ex Basilic. addendum est, *ob mores, vel ob res donatas, vel amotas, vel ob impensas pactio valet post divortium.* Ita, si in contrahenda societate, vel mandato, vel constituendo procuratore convenit, ne furti agatur, conventio est contra bonos

A mores: valet tamen, postquam furtum factum est, *l. si unus §. pacta, de pact.* nec post furtum admissum turpis est conventio: ante est turpissima. De actione de moribus illud etiam est notandum, quod ait Senatusconsultum, ei posse objici compensationem lenocinii: hoc est verum; non recte agit de moribus, qui ipse lenocinium uxori præbuit. Et ita species proponitur. Divortio facto mutuo egisse de moribus virum & uxorem, viro dicente divortii causam dedisse uxorem, & contra uxor affirmabat idem de viro. Judex pronuntiavit: *causam utrumque divortii dedisse videri*, quod notandum. Cum autem ita pronuntiavit judex, quid significatur his verbis? Compensationi locum esse: ergo maritum nihil posse retinere ex dote ob adulterium mulieris, cum ille causam adulterii dederit; *paria delicta*, inquit, *mutua com-* B *pensatione tolluntur, τὰ ἴσα πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται*, ut est in Basil. Et similiter in *l. cum mulier, hoc tit.* ponitur, mulierem adulteratam lenocinio mariti, & ait, eum nihil ex dote retinere: *cur enim improbat mores uxoris, quos ipse ante corrupit, aut post probavit?* Leno igitur non habet retentionem dotis: an habet petitionem, hoc est, potestne agere de moribus? Minime: hoc subjicit *l. cum mulier*, ex mente legis, scilicet Juliæ, hoc esse, ut qui lenocinium probarit, non possit mulierem accusare de moribus. Non oportet accipere hunc locum de actioni criminali, sed civili: huic legi alioquin obstaret lex 2. *§. si publico, de adulter. si uxor §. judex, eodem*: in quibus ostenditur, eam, quæ criminaliter accusata est adulterii a marito, non objicere compensationem lenocinii: allegare quidem lenocinium, sed non, ut C fiat compensatio, neque fieri potest, sed ut oneretur maritus. Allegatio lenocinii onerat maritum, sed non exonerat uxorem: quandoque uterque punitur. Non fit igitur compensatio mutui criminis. Mulier, quæ rea accusata est lege Julia de adulter. non potest maritum accusare lenocinii judicio publico, sed referre, hoc est, retorquere, quod non est accusare: quæ res onerat maritum, nam efficit, ut damnetur etiam sine accusatore: quod non est novum, sed non excusat etiam mulierem. Et eleganter nostri auctores non relatione criminis, non recriminatione criminis, sed innocentia purgari reum, *ἀπολογήσομαι πρότερον εἶτα κατηγορήσω ἵνα νόμον δικαστικὸν φυλάξω*. Id Nazianzenus in epistola quadam refert esse cautum lege judiciaria. Relatio ergo criminis non liberat, onerat tantum eum, in quo refertur, & potest mulier D marito agente criminaliter ex l. Julia de adulteriis, objicere non tantum crimen lenocinii, sed & adulterii, si dicat & ipsum fuisse cum alia muliere, in *d. l. si uxor, §. judex*. Non ibi dicit Jureconsultus, ea verba esse ex rescripto, sunt tamen ex rescripto Antonini. Sunt innumera rescripta in Pandectis, quorum auctores tamen reticentur. Non solet vir accusari adulterii: quod Theologi probant, & sacræ literæ, sed est relatio, hoc est, mulier, quæ accusatur impudicitiæ, potest & virum impudicitiæ redarguere, & eo casu punitur etiam adulterium mariti, & non fit compensatio mutui criminis. Dum non distinguunt interpretes inter has duas actiones de moribus civilem, & legis Juliæ de adulteriis, criminalem, in hoc dissidio pungunt se vehementer. Lex *cum mulier* admittit accusationem morum: dicta lex secunda non E admittit. Et ita dirimenda lis in actione de moribus civili admitti compensationem criminum parium; in actione de moribus criminali non admitti. Et ne videatur hæc differentia nova, observemus etiam non accusari maritum adulterii, nec a muliere, nec ab alio, *l. 1. C. ad leg. Jul. de adulter.* accusatur tantum de moribus civiliter, & punitur, ut diximus: & similiter heres ejus non agit de moribus contra uxorem defuncti. At post mortem mariti mulier potest accusari adulterii, *l. miles §. defuncto, ad leg. Jul. de adulter.* Ita tres sunt differentiæ inter actionem, & accusationem civilem de adulterio, & criminalem de adulterio. Possunt hæc accommodari ad cetera quamplurima, quæ antiquata non sunt. Actio de moribus hodie sublata

blata est tit. *Cod. de repud. & judicio de moribus*: constat etiam sublatam retentionem ex dote, quæ competebat viro ob malos mores mulieris tam graviores, quam leviores: retineri etiam non dotem totam, sed partem sextam tantum, eaque pars retinebatur, vel agente muliere rei uxoriæ: vel de dote, vel petebatur actione de moribus: retentio etiam sublata est, *l. 1. §. taceat, C. de rei uxor. act.* Inductum est aliud jus; nec data impunitas malis moribus. Imo gravius coerciti sunt mores conjugis, qui divortii causam dedisset: mulier enim, quæ causam dedit divortii, ipso jure amittit dotem totam, amittit etiam (quod obvenire solet mulieri ob donationem propter nuptias) emolumentum; quod ex casu divortii ad eam pertineret, si mores ejus causam dederint, si culpa mulieris factum fuerit divortium. Sic loquuntur Jureconsul. ubi culpa significat dolum, aut violatam pudicitiam. In illum locum Virgilii: *Conjugium vocat: hoc prætexit nomine culpam*. Verbo *juris*, inquit Donatus, usus est. Et præterea ob adulterium tantum præstat mulier marito, quantum efficit tertia pars dotis ex Novel. 112. & 117. Longe igitur gravius hodie coercetur. Sublata pœna hujus judicii, vel aucta, vel mutata, & judicium sublatum est, sive actio de moribus, non quod hodie liceat impune conjugi malos mores habere, male esse morigero vel morigeræ. Ac similiter maritus ob mores malos amittit totam donationem propter nuptias, quæ est reciproca, quasi ἀντιφέρνη: amittit lucra nuptialia & debita ex pacto dotali: solent enim esse paria, quantumque defertur lucri marito ex pacto dotis, tantum mulieri ex donatione propter nuptias, idque jus æquabile postulat. Si igitur cum altera uxore maritus probri quid fecerit, etiam præstat ex bonis suis ultra donationem, quam amittit tantum, quantum efficit tertia pars donationis propter nuptias, Novel. 134. Quid vero dicemus, si matrimonium fuerit sine dote, sine donatione propter nuptias, qui casus non erat comprehensus jure veteri, quia nullæ erant nuptiæ sine dote: ex constitutionibus, hoc est, ut possint nuptiæ esse sine dote: imo vero olim turpe æstimabatur nubere eam, quæ non adfert dotem, nec æstimabatur esse nupta, sed concubina potius aut injusta uxor: ex constitutionib. hoc casu uterque ob mores malos præstat ei, quem offendit, quemque coegit ad repudium, quadrantem bonorum suorum, si modo quadrans non excedat legitimum modum dotis legis Papiæ, *l. 1. C. Theod. de inoffic. dote*. Et qui modus est dotis, idem est in donationibus propter nuptias. Et videtur ex leg. Papia hic fuisse modus dotis centena millia sestertia, & ita in *l. cum de in rem verso, ff. de usur.* dicitur decies centena, hoc est, decies centena millia sestertia nummum. Dicitur Athenagoras dedisse centena millia sestertium. Idem etiam testatur Juvenal. *Et ritu decies centena dabuntur, Antiquo*, & alibi, *bis centena dedit, &c.* Et Martialis: *centena decies tibi dedit dotis*. Fuit satis magna hæc dos: exiguior fuit longe prisca ætate, & ut Valer. refert quarto capite: *Quædam Tatia visa est maximam dotem attulisse, quæ dederat decem millia æris, cent escus.* Et Senatus in gratiam Scipionis constituit quadraginta millia. Et ut idem scribit, Megalia mulier obtinuit nomen Dotatæ, quod super alias omnes mulieres ingentem dotem, videlicet quinquaginta millia æris (*cinq cens escus*) habuisset. Nam ut potius legamus 50. paupertas ejus seculi indicat. Nota est prisca paupertas, & societas, & sedulitas, cui maxime studebant veteres. Et notandus est etiam locus Justin. *de injur.* ubi dicit in §. *pœna*: *Propter os fractum nummarias pœnas esse constitutas, ut in magna veterum paupertate*. Et ita etiam in *l. 3. de supellect. leg.* ubi quæritur, an supellectile legata debeantur vasa argentea, ait *hodie deberi*: sed olim vasa argentea propter prisci seculi severitatem, non erant in supellectile. Constat plerosque senatu motos, quod possidebant millia pondo argenti facti vel auri, Plutarchus in Syll. Gellius *l. 2. Valer. lib. 2.* Verum ad rem. Servatur modus dotis legitimus, non tantum in constituenda dote, sed etiam cum matrimonium fuit sine dote in mul-

A ctando eo, eave, quæ divortio causam dedit. Nam infert ei, quem læsit, quadrantem dotis, vel donationi propter nuptias: non excedit modum dotis centum libræ pondo auri. Item hodie certæ sunt causæ justi repudii, quæ enumerantur in *l. consensu & l. ult. C. de repud.* nec licet alias adjicere. Ante Pandect. Florent. in *l. 7. de bon. damnat.* male legabatur, *exheredari liberos certis ex causis*, quia ante ejus Novell. non fuerunt certæ causæ. Olim certæ non fuerunt causæ repudii. Et notandum, quod ait *d. l. ult.* quod actio de moribus etiam minus olim frequentabatur, quod non est usquequaque verum. Nam hoc ita intelligendum est, minus fuisse frequentatam actionem de moribus agente viro, maxime ob mores graviores: Nam unusquisque malebat accusare criminaliter de adulterio, quam civiliter de moribus: qui eligit criminale judi-
B cium, consumit civile. Ita etiam hodie actio furti in duplum vel quadruplum, non frequentatur, quia extra ordinem criminaliter agitur, *l. interdum, §. qui furem, de furt.* Hodie omnia judicia sunt extraordinaria, quanquam, si quis vellet agere ordinarie, liceret, sed minus frequentatur jus legitimum: eligentes autem extraordinaria, ordinario decidimus, & ita quod hodie non sit actio furti in quadruplum, est ex jure: quod non appelletur, non est ex jure. Et quod hodie a pœna appelletur, videtur non esse ex jure, alioqui appellatur a lege. Nam pœna irrogatur lege, mulcta extra ordinem: a mulcta licet appellare, a pœna non licet; hodie a pœna licet appellare, quia non est contra jus, quia omnis pœna est extraordinaria, vel arbitraria. Et simili modo, si dixeris, hodie nullum esse imperium merum, omne
C esse mixtum, etiam jus gladii tacite sequi magistratum. Imperium autem merum nominatim lege deferebatur, vel plenissimum, vel ex parte tantum, ut jus deportandi, non relegandi, vel jus gladii, non adjecto jure deportationis: sed hodie omne imperium est mixtum jurisdictione.

Ad L. LXI. Soluto mat.

Dotalem servum, vir in vita uxore manumisit: heres solus vir a liberto institutus hereditatis portionem, quam ut patronus consequi potuit ac debuit, restituere debet: alteram vera portionem dotis judicio: si modo uxor manumittenti refragatur.

JAm ad quæst. *l. 61.* vir non potest alienare fundum dotalem invita muliere ex *l. Jul. ex constit. Justin.* ne volen-
D te quidem muliere: lex vel constitutio loquitur de fundo, & facile trahitur ad domum, ut l. 12. tab. *de usucap. fundi*, trahitur etiam ad domum: lex, inquam, loquitur de fundo, de prædio, non de servo dotali: nam maritus quasi dominus constante matrimonio, si sit solvendo, potest manumittere servum dotalem, vel in testamento, vel inter vivos, & valet libertas etiam invita muliere, videlicet si maritus fuerit solvendo, si reddendæ dotis fuerit idoneus, aut æstimationis dotis: sed si non fuerit solvendo maritus, & manumiserit servum dotalem, sane si in fraudem creditorum, (videtur autem semper fraus intercessisse, si non est solvendo debitor) non valet ipso jure libertas ex *l. Ælia Sentia*. Sed si non manumiserit in fraudem creditorum, id est, ut ait *l. servus dotal. de manumiss.* Si alios creditores non ha-
E buerit, etiam ipso jure non valet libertas ex l. Julia, quæ vetat manumitti servum dotalem ab eo, qui solvendo non est. Nam quando maritus solvendo non est, dos statim debetur etiam constante matrimonio, *l. si const. in princip. hoc tit. l. 3. C. de jur. dot. l. 1. & ult. C. de ser. pign. dat. manum.* Nunc finge: maritus, qui erat solvendo constante matrimonio servum dotalem manumisit, rata est libertas, & habetur pro patrono, *l. intestato, §. 2. de suis & legi.* valet etiamsi invita muliere facta fuit. Sed alia in re multum interest, volente an invita muliere manumiserit. Nam si volente & donante maritus servum dotalem manumiserit, valet donatio inter virum & uxorem, quia non locupletat maritum. Nam qui acquirit libertum, non videtur locuples fieri: si, inquam,

ser-

ſervum dotalem manumiſerit, non tenetur reſtituere, quod ad eum pervenit ex bonis liberti, ſive pervenit jure patronatus, ſive alio jure: quod oſtenditur in *l. ſeq.* & *l.53.* Quod ſi invita muliere manumiſerit, valet quidem libertas, ſed an reſtituere debet ea, quæ a liberto ad eum perveniunt? Finge: qui erat ſolvendo (quæ eſt ſpecies *h.l.*) ſervum dotalem manumiſit invita muliere: libertus eum heredem ex aſſe inſtituit. Quæritur, an omnia bona liberti debeat reſtituere mulieri? Concludit Papinianus, reſtitui omnia debere, ſed diverſo actionis jure. Nam portionem bonorum liberti, quam ut patronus conſequi potuit, id eſt, legitimam debitam patrono, quæ portio fuit ſemis bonorum, hodie eſt triens, hanc inquam portionem reſtituere tenetur uxori, qua invita manumiſit. Qua actione? Condictione ex *l. Julia*, quæ dabitur etiam conſtante matrimonio. In l. 65. hæc actio, id eſt, condictio ex *l. Julia*, de qua tractant ſuperiores leges: & ita in *l. filius*, *§. ult. ad l. Corn. de falſ.* appellatur; condictio illa ex *l. Julia* datur etiam conſtante matrimonio, non eſt interpretandum de actione mandati, ut alii, aut negotiorum geſtorum, aut actione de dote, ſed de condictione ex lege Julia: & hoc exemplum addendum eſt *ad tit. de condict. ex lege*. Aliam vero portionem tenetur reſtituere uxori actione de dote: ergo ſoluto matrimonio, non conſtante: nec enim naſcitur actio de dote conſtante matrimonio, niſi in caſu *d. l. conſtante, in princip.* & in caſu legis 1. *de repud.* quia ex dotis cauſa lucrum illud ad eum pervenit, & quia inviti nomen eſt ambiguum: Nam dicitur invitus, qui contradicit palam: vel invitus eſt, qui tacet, qui non conſentit palam: nam taciturnitas aliquando imitatur conſenſum, aliquando diſſenſum, de qua re non poteſt certa regula conſtitui. Papin. in *hac lege* interpretatur invitam mulierem, ſi modo uxor manumittenti refragatur. Ergo in *hac lege*, invita eſt, quæ contradicit palam, alioqui pro conſentiente habetur, quod evenit & in aliis caſibus, *l. 1. C. de ſervo pignori dato*, adhibita *l. 1. C. de remiſſ. l. 2. §. voluntate, hoc tit. l. mand. l. 6. C. de nupt.* Non ſunt juſtæ nuptiæ, quæ fiunt invito patre, id eſt, prohibente, contradicente. Nam ſi taceat, velle videtur, & in *l. 7. de ſponſal.* Alias invitus eſt, qui non ſuffragatur, qui tacet, atque ideo taciturnitas imitatur diſſenſum, *l. invitus, de ſerv. urb. l. ſi eo jure, §. 1. de ritu nupt. l. 1. C. de theſaur. l. 10. & l. filiusfam. 9. §. invitus, de procurat.*

Ad §. Papin. L. VII. Solut. matrim.

Papin. lib. 11. quæſtionum, divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, eumque vir ex Calend. Novemb. primis fruendum locaverit, menſis Januarii ſuprema die facto divortio, retinere virum, & vindemiæ fructus, & ejus anni, quo divortium factum eſt, quartam partem mercedis, æquum eſt: alioquin, ſi coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque ſi fine menſis Januarii divortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit, vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

EXplicanda nobis eſt quæſtio *l. 7. §. Papin. ſol. matr.* de fructibus fundi dotalis pro ratione dividendis inter virum & uxorem ſoluto matrimonio, quæ eſt quæſtio vexata ab omnibus interpretibus tam veteribus, quam novis: & a veteribus ſane conſultius, quam a novis: quam incipere neceſſe eſt ab hac juris definitione certiſſima. Fructus extremi anni, quo divortium factum eſt, dividi inter virum & uxorem pro rata temporis, quo eo anno matrimonium ſtetit: ut ſi eo in anno ſtetit menſibus quatuor, fructus dividuntur inter virum & uxorem pro triente & beſſe, trientem retinet vel petit maritus, beſſem repetit uxor judicio dotis, quod ſit quaſi augmentum dotalis fundi: & annus incipit modo a die traditi fundi dotalis modo a die nuptiarum: annus incipit ex die traditi fundi dotalis, non ex die nuptiarum, non ex die promiſſionis, ſi traditio ſecuta ſit nuptias, vel conventionem dotis: hoc enim caſu annum non numerabo a die nuptiarum, ſed a die traditi fundi dotalis, quando traditus eſt poſt nuptias, *l. 5. hoc tit.* In qua ſciendum, ne quis erret ; πλοκὼν in verbo *conſtituere dotem*, bis facit mentionem in ea lege conſtitutæ dotis, ſed in priore loco aliud ſignificat conſtituta dos, in poſteriore aliud: Nam in priori loco eſt dos dicta vel promiſſa. Et ita etiam videtur ſcripſiſſe Ulpianus in *d. l. 5. dotis dictæ*, non *conſtitutæ*; non conſtituitur enim verbis, ſed re, quia dictio dotis erat ſublata: ſubſtituit Tribon. dotis conſtitutionem: poſteriori autem loco dos conſtituta eſt, cujus poſſeſſio traditur, ut interpretatur etiam Ulpianus, dote conſtituta, id eſt, tradita poſſeſſione, quoniam id ante non eodem ſignificatu dixerat: in jure ſemper conſtituitur dos traditione rei, non verbis, *l. ſi ſocius pro filia, pro ſoc.* & aliis locis: Si ergo dos ſit tradita poſt nuptias, annus numeratur ex die traditionis: ſed ſi ante nuptias, annus numeratur ex die nuptiarum. Nam fructus ante nuptias ex ea dote percepti augent dotem, & ſunt reſtituendi mulieri, quaſi pars dotis ſoluto matrimonio, *l. 6. hoc tit. l. videamus 38. §. ante matrimonium, de uſur. l. dotis 2. §. 1. l. ſi ſervo in dotem, de jur. dot.* Et ita annus alias incipit ex die traditi fundi dotalis, alias ex die nuptiarum. Ex die traditionis incipit, ſi traditio fuit poſterior matrimonio. Exempli gratia: ſi contractæ ſunt nuptiæ Cal. Januar. & dos tradita eſt Cal. Decemb. divortium autem factum eſt pridie Cal. Januar. vel Cal. Januar. Maritus ex fructibus fundi dotalis retinebit tantum pro rata unius menſis, quia numerando annum a die traditæ dotis, uno tantum menſe ſtetit matrimonium. Et hoc eſt certiſſimum. Verum additur exceptio hæc a quibuſdam, niſi moram fecerit mulier in tradenda dote. Hoc enim caſu inquiunt, ex mora annus computabitur, non ex dote tradita: quam ſententiam improbo: quia in ſtrictis judiciis, neque uſuræ veniunt ex mora, neque fructus: moram creat interpellatio, conventio creditoris, etiamſi fiat extra jus judiciumve: hoc eſt certiſſimum. Ergo multo magis moram creat litis conteſtatio: hæc eſt certior mora, id eſt, interpellatio judicialis: ſed & illa eſt mora. Dices, fateor non venire uſuras ex mora in ſtrictis judiciis, id eſt, extra interpellationem judicialem. Dubito an non veniant ex lite conteſtata: non abs re. Nam fuit hac de re controverſia inter Sabinianos & Proculejanos. Procul. volebant nec venire uſuras, nec fructus ex lite conteſt. Sabinianorum tamen ſententia obtinuit, ut ex lite conteſtata in ſtrictis judiciis veniant fructus tantum, non uſuræ, non jure, ſed æquitate, ut ait *l. videamus, §. ſi actionem, de uſur. l. 8. de re jud. l. 2. C. de pet. hered.* Et fructus veniunt ex lite conteſtata, uſuræ non veniunt, quia non ex rebus, quæ in judicium veniunt percipiuntur: ſed ex obligatione civili percipiuntur, *l. uſuræ 121. de verb. ſignif.* Stricto judicio dos debetur marito veluti ex ſtipulatione dotis: jure veteri ex dictione dotis, quæ erat ſolemnis obligatio, & præcipue recepta in dotium cauſa, & hodie ex pacto nudo, ex pollicitatione, ex quibus cauſis paratur actio ſtricta. Ergo in hanc actionem non veniunt fructus vel uſuræ: niſi fructus poſt litem conteſtatam. Mulier autem repetit dotem judicio bonæ fidei, & in judicio bonæ fidei veniunt fructus etiam ſine mora, *l. videamus, §. pen. de uſur.* uſuræ non veniunt niſi ex mora. Et hoc omne eſt retinendum memoria: nam ſæpe fallimur, & uſum habet quotidie, atque adeo debent eſſe nobis in numerato. His addendum eſt, ſuperiori ſententiæ de dividendis fructibus pro portione, ita demum locum eſſe, ſi divortium fiat bona gratia: nam ſi fiat culpa mariti, maritus tantum reſtituit ex fructibus fundi dotalis, quantum ex eo quadriennio redigitur, quod ſcripſit Ulpian. *de dotibus*. Non dividuntur ergo fructus extremi anni, cum retro quadriennii maritus ob culpam eos reddat ob mores. Quod ſi culpa uxoris fiat divortium, hodie retinet totam dotem, ergo & fructus dotis.

Sed

Sed ita demum superiori sententiæ de rata fructuum locus est, si fundus dotalis fuit inæstimatus, qui proprie est dotalis, ut ait Justinianus in *l. unica*, *§. itaque*, *C. de rei uxor. act.* Nam si fundus fuit æstimatus, non est proprie dotalis sed emptus: æstimatio est quasi emptio, & quasi emptor maritus fundi æstimati sustinet dispendium, atque compendium, & periculum omne. Idcirco fructus ad eum pertinent jure perpetuo etiam post divortium, & liberatur pretio fundi dotalis, de quo convenit initio. Itaque quæstio hujus l. pertinet tantum ad fundum dotalem inæstimatum. Item superiori sententiæ locus est cum hac exceptione, nisi convenerit inter virum & uxorem, ut extremi anni fructus, nondum percepti mulieris lucro cederent. Namque potestate conventionis omnes cedunt mulieri, quos non percepit maritus tempore divortii, *l. pen. de pact. dot.* Item superiori sententiæ locus est divortio soluto matrimonio. Idemque erit morte mariti soluto matrimonio, quo casu reddenda est dos mulieri cum fructibus pro rata ejus temporis, quo stetit matrimonium, ab herede mariti, vel a socero, quod ostendit §. *interdum*, *hac lege*. Idem etiam erit morte mulieris soluto matrimonio, si dos fuit profectitia, quia reddenda est patri cum fructibus: similiter servata eadem ratione divisionis & temporis. Sed non idem erit, si dos est adventitia, & finiatur matrimonium morte mulieris: nam hoc casu dos remaneat apud virum: ergo & dotis fructus qualescunque, & quocunque tempore percepti, *l. mulier*, *de condit. instit. l. 5. de bon. dam.* Cornutus in Persium etiam hoc probat his verbis: *Dos* (inquit) *a cive Romano data, non patrio dicta more*, id est, *non profectitia*, *si non divortium intervenerit post mortem mulieris*, *apud maritum remanet*. Probatur etiam superior sententia præter hunc paragraphum, Papin. etiam *l. cum in fundo* 78. §. *divortia*, *de jur. dot.* quæ etiam usufr. dato in dotem, nominatim ait, fructus divortio facto dividi pro rata ejus anni, quo divortium factum est. Probatur etiam §. *sed noviss. C. de rei uxor. act.* ubi Thalelæus hoc utitur exemplo, quod perquam depravate Latine Gentianus Hervetus reddidit. Exemplum tale est, Fundus dotalis post nuptias traditus est Calend. Sept. vel post traditionem fundi nuptiæ contractæ sunt Calend. Septemb. a die traditi fundi, vel a die nuptiarum, matrimonium stetit decennio, & undecimi anni mensibus 8. namque divortium factum fuit pridie Calend. Mart. anno undecimo. Omnes menses matrimonii sunt 128. quot retinebit maritus ex fructibus? proculdubio retinebit fructus decennii, quia tamdiu sustinuit onera matrimonii, & ex undecimo retinebit bessem, restituet mulieri trientem: ergo æquum est, ut fructus dotis percipiat pro rata ejus temporis: Quid est dos? Pensatio onerum matrimonii. Et ideo absolute a Martiano Capella dicitur *repensatrix*, & in hac provincia dos vocatur *versura*: nec alia est ratio repetitionis dotis constante matrimonio quam si maritus non sit solvendo, sit impar oneribus matrimonii ferundis, aut periculum sit ne fiat impar, *l. si constante*, *in princ. hoc tit. & l. servus dot. de manum.* Et ex eo beneficio *l. si constante*, non tantum est repetitio dotis, sed etiam petitio. Est repetitio adversus maritum manente matrimonio, si non sit solvendo, vergentem ad extremam egestatem, & propemodum profligatis rebus dotalibus: alioquin maritus non tenetur, nisi in id quod facere potest. Sane soluto matrimonio non tenetur, nisi in id quod facere potest, & multo minus manente matrimonio: sed hoc est, pro majori beneficio: est etiam vindicatio dotis, sive rerum dotalium per directam vindicationem, vel hypothecam adversus extraneos possessores etiam manente matrimonio, *l. ubi*, *C. de jure dot.* Et in eo magis apparet beneficium *l. si constante*. Sed pergamus & confirmemus adhuc magis superiorem sententiam, quæ est veluti arx totius disputationis. Probatur etiam *l. etsi marito*, §. *ult. hoc tit.* Et ex *d.* §. *ult.* potissimum intelligitur, analogiam illam fructuum augere dotem, id est, pro rata temporis, quo postremo anno mulier in matrimonio non fuit: unde sic definire licet: fructus percepti ante nuptias augent dotem: fructus etiam post nuptias augent dotem pro rata temporis, quo divertit. Postremo comprobatur a Paulo in Sentent. lib. 2. Sed quæso videamus quibus verbis? ait fructus fundi dotalis constante matrimonio perceptos, lucro mariti cedere pro rata anni ejus, quo divortium factum est: hoc est certum in fructibus perceptis. Quod est certius, eo loci Paulus proposuit. Sed addere etiam oportet, habendam rationem fructuum pendentium extremo anno: non tantum veniunt in contributionem fructus percepti a marito, sed etiam pendentes, §. *inter*, *h. l. & l. si filiofa.* 23. §. *ult. sol. mat.* quod indicat *l. pen. de pact. dot.* dum ait, *Pacto conveniri posse*, *ut fructus nondum percepti*, id est, *pendentes cedant lucro mulieris*. Detracto igitur tali pacto, fructus non omnes cedunt mulieri, sed dividuntur servata temporis ratione, quo extremo anno stetit matrimonium. Etiam notandum est illud, fructus, in hoc proposito, & alias semper intelligi in jure deductis impensis factis fructuum causa. Et eleganter dicitur in *l. fundus qui dot. fam. ercisc.* nullum casum intervenire, qui impediat hoc genus deductionis, vel compensationis, id est, nullo casu evenire, ut impensæ factæ fructuum gratia non compensentur: fructus sunt in lucro: non sunt autem in lucro, quatenus conveniunt cum sumptuum quantitate: ergo non sunt fructus: nullus, inquit, casus intervenire potest, qui impediat hoc genus deductionis. Est tamen unus in *l. ult. C. de fund. rei privatæ lib.* 11. Si quis emerit fundum rei privatæ Principis insciens, sine dolo malo, nihilominus restituit fundum, non habita compensatione expensarum cum fructibus: restituit igitur fructus omnes sine deductione meliorationum. Ergo ut me recipiam ad id, quod inceperam dicere, cum dicimus, fructus esse dividendos, eos dicimus, qui supersunt deductis sumptibus: prius habenda est ratio sumptuum, deinde facienda eorum qui supersunt divisio: hoc refertur in initio hujus legis. Scævola dicebat pertinere tam ad sumptus factos a muliere fructuum gratia ante nuptias, vel traditam dotem, quam ad sumptus factos a viro ante vel post nuptias. Nam uterque suorum sumptuum deductionem habet. Finge: mulier pridie vindemias fundum in dotem dedit, mox a marito collectis vindemiis divertit, atque ita uno tantum mense constitit matrimonium: fecerat mulier in colenda vinea sumptus, fecerat & maritus in colligenda vindemia: mulier impendit 4. vir 2. solidos, fructus vindemiæ sunt 18. quid fiet? ante omnia ex fructibus deducet mulier quæ impendit, vir autem 2. reliqua erunt 12. quæ ita dividentur, ut mulier habeat 11. maritus unum duntaxat. Et hoc ita proponitur initio hujus legis, cum uno tantum mense stetit matrimonium. Quid si pluribus annis steterit matrimonium, & uxor, antequam fundum traderet, aliquid impenderit in ejus fundi culturam? eadem ratio servabitur. Nam ante omnia soluto matrimonio, id est, antequam fiat divisio fructuum, implere mulieri sumptus debet: Et hoc est, quod ait initio l. 7. necesse esse primi anni computari tempus; id est, rationem haberi temporis primi anni, quod sit ante prædium datum, ratione scilicet impensarum quas mulier fecit, etiamsi plurimis annis matrimonium steterit. Nam vetustas temporis non potest mulieri adimere deductionem impensarum. Species hujus §. hæc est, mulier tempore vindemiarum, id est, Cal. Octob. dedit vineam in dotem, mox maritus collegit vindemiam, & vineam locavit ex Cal. Novemb. & matrimonium solutum est suprema die Januarii, atque ita matrimonium stetit 4. mensibus tantum, numerando, ut oportet, a die traditi fundi: Quæritur, quantum retinere maritus ex fructibus possit? Et dubitatur, an possit integros vindemiæ fructus retinere, quos sustulit, & pensionis, quia a die locationis matrimonium stetit tribus mensibus tantum, id est, quadrante anni, an inquam,

ma-

maritus poſſit retinere integros fructus vindemiæ quos ſuſtulit, & præterea quartam partem mercedis locationis, quia a die locationis ſtetit tres menſes? ſed ait, annum non computari a die locationis, ſed a die traditi fundi. Atque ita computando, matrimonium ſtetit 4. menſibus, id eſt, triente anni. Ergo non debet retinere, niſi trientem fructuum. Qua de cauſa nos confundemus fructus, fructus ſcil. vindemiæ, & penſionis trium menſium, qui ceſſerunt: reliquorum menſium, qui non ceſſerunt, non confundemus. Et ita confuſa vindemia, & mercis quarta, dabimus trientem marito, quia tertiam quoque partem anni cum uxore vixit: reliquum reſtituet mulieri. Et hoc oſtendit ab abſurdo, ut refellat eos, qui contrarium ſentiebant, & dicebant, maritum retenturum fructus vindemiæ, cum non debeat retinere, niſi trientem vindemiæ, & trientem quadrantis penſionis confundi cum vindemia: Nam ſi maritus non locaverit vineam, ſed legerit tantum vindemiam, & altera die divortium fecerit mulier, integros an retinebit fructus? minime. Eadem abſurditas intervenit ſi locaverit, ſi non toto anno, ſed quatuor menſibus ſtetit matrimonium. Verba ſunt planiſſima, ſed fundanda, & confirmanda ſunt: exponenda nunc ſunt ea, quæ diximus, diligentius. Mulier pendente vindemia fundum in dotem dedit Calen. Octob. mox lecta uva, ſublata vindemia, maritus eundem fundum locavit ex Cal. Novemb. ejuſdem anni, & divortium eſt factum ſuprema die menſis Januarii, pridie Cal. Feb. atque ita matrimonium ſtetit 4. menſib. Quæritur quemadmodum *fructus ejus anni ſunt dividendi inter virum & uxorem?* Et quia matrimonium ſtetit 4. menſibus, ex ſententia Papin. maritus retinebit tertiam partem ex mercede quæ ceſſerat & debebatur tempore divortii, id eſt, ex quarta parte mercedis, æque maritus retinebit tertiam partem. Separatim igitur ex vindemia retinet tertiam partem, ex quarta parte mercedis etiam tertiam partem, vel confuſa vindemia cum quarta mercedis parte, retinebit tertiam partem. Conſulantur Mathematici: reſpondebunt, nihil eſſe æquius diſtributione Papiniani. Cum verba ſunt clara, quid jurgamur? Cur in inquirenda ratione ſententiæ, quam verba præferunt, non laboramus? Eam diſtributionem defendit Joan. Buteo adverſus Accurſ. & Alciatum, ſecundum Papin. proportionem Geometricam, quæ ſervatur in diſtributionibus. Arithmetica ſervatur in commutationibus, quam tamen Geomet. ſcilicet non ſervat Franc. Accurſ. cum ſcribit contra Papin. verba manifeſtiſſima. Proportio Arithmetica eſt, cum eſt idem exceſſus, ut idem eſt exceſſus 3. ad 4. qui 2. ad 1. nam utrobique major numerus exuperat uno. Geometrica eſt cum non eſt idem exceſſus, ſed eadem ratio proportionis, ut eadem eſt ratio 8. ad 4. quæ 16. ad 8. nempe dupla: nam in 8. inſunt bis 4. & in 16. inſunt bis 8. Denique eadem eſt proportio octo ad 4. quæ ad 16. Servatur & proportio hæc, cum mulier extremo anno innupta fuit menſibus octo, nupta quatuor. Sic ex vindemia, quæ eſt 24. marito relinquuntur 8. mulieri 16. quæ eſt eadem proportio, quæ in iiſdem menſibus, quibus vel nupta fuit vel innupta, in diſtribuenda vindemia. Et ſimiliter ex quarta parte mercedis locato fundo 12. (puta) marito relinqueretur unum, id eſt, tertia pars quartæ partis, mulieri duo, quæ eſt eadem proportio. At videamus quæ objiciuntur ſententiæ Papiniani. Hic vult, in diviſionem venire portionem mercedis tantum, id eſt, quartam partem mercedis, quæ ceſſerat, & debebatur tempore divortii. Si maritus fundum locaverit 12. vult dividi 3. nummos, ita ut maritus unum habeat duntaxat, mulier 2. Contra in §. *ſeq.* e contrario, & §. *item ſi meſſis*, oſtenditur, totam mercedem in contributionem venire, & diviſionem fieri pro rata temporis, quo matrimonium ſtetit: ergo pro rata quatuor menſium, etſi locatio non cœpit a primo menſe, ſed ſecundo: debuit igitur in diviſionem venire non quarta pars mercedis, ſed tertia, id eſt, quarta nummi. Nam non ſpectamus, quid tempore divortii debebatur, ſed quid debebitur, ut recte Florent. ſcriptum eſt in §. *e contrario*. Recte & hoc, ut planius intelligamus,

A ſciendum eſt, in diviſionem venire non tantum fructus perceptos, vel penſiones locationum, quas maritus accepit, quæ pro fructibus accipiuntur ſemper in jure, ſed & pendentes, ſtantes & omnem omnino ſpem futurorum fructuum, futurarumque penſionum habita ratione proportionis anni, quo divortium factum eſt. Qua de cauſa mulier, cui redditur fundus ſtantibus fructibus, cavere ſolet ex fructibus, quos perceptura eſt, redditum iri marito pro portione matrimonii temporis, §. *interdum, h. l.* & præterea ſolet eum indemnem præſtare adverſus conductorem, cui maritus forte locavit in longum tempus: & e contrario maritus cavet quidquid acceperit, conſecutuſque fuerit ex mercede, id ſe redditurum mulieri pro portione ejus temporis, quo divortium factum eſt, *l. filiofam. §. ult. hoc tit.* Et aper- B tiſſime in §. *non ſolum, h. l.* ait, haberi rationem fructuum, non tantum temporis, quo percipiuntur, ſed etiam totius temporis quo ſervantur. Igitur ſpem etiam in diviſionem venire nondum perceptorum fructuum pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuit, & quo fundus dotalis fuit. Et idem etiam oſtendit §. qui ſequitur, & §. *item ſi meſſ.* Species eſt: Mulier ſublatis vindemiis ſtatim fundum dedit in dotem, puta Calend. Octobr. & vir eundem fundum locavit Calend. Mart. & divortium ſubſecutum eſt Calend. April. atque ita a locatione ſtetit matrimonium uno menſe tantum, a traditione fundi dot. ſex menſibus: an dicemus a locatione penſiones locationis ita dividi, ut maritus tantum habeat duodecimam partem pro rata unius menſis, qui cucurrit a locatione? minime: quandoquidem etiam ra- C tio habenda eſt præteriti temporis, quo mulier in matrimonio fuit, & quo dotale prædium fuit. Igitur ex mercede, vel ex ſpecie futuræ mercedis ejus anni, maritus retinebit aut repetet dimidiam partem: quod aperte oſtenditur in §. *e contrario*. Et inde colligimus tria. Primum eſt, fructus vindemiæ captos a muliere ante traditum fundum dotalem, non venire in diviſionem, ſed lucro mulieris cedere, quia capti ſunt ex fundo nondum facto dotali: quod oſtenditur etiam in §. *item ſi meſſ. in fine*. Item colligo ex ſpecie §. *e contrario*, non ex die locationis, quaſi novum annum incipere, ſed unum eſſe annum matrimonii, eumque incipere a die traditi fundi, ſi traditus ſit poſt nuptias, vel a die nuptiarum, ſi traditus fuit ante nuptias, *l. 5. & 6. ſup.* Tertio intelligimus ex eo in diviſionem venire non tantum mercedem unius menſis, D quæ debebatur tempore divortii, ſed & ſpem futuræ mercedis, quæ debebatur pro portione anni, quo matrimonium ſtetit. Quæ tria etiam licet colligere ex §. *item ſi meſſ.* quem neſcio an quis explicaverit bene. Verba §. *item ſi meſſis*, anguſta ſunt nimis, & maxime preſſa, ut putem hæc omnia eſſe relata ex Papin. ad Ulpian. uſque ad §. *ob donat.* Græci eum paragraphum non intellexerunt, imo etiam corruperunt legentes, *menſes & menſium*, pro *meſſes & meſſium*. Verum ut intelligatur, ſciendum eſt in hoc §. 1. & in tota hac lege, fundum non eſſe vineam ſimpliciter, ſed arbuſtum, quod fert & meſſes & vindemias, & poma, & nuces, ut in Italia unus fundus habet hæc omnia. Species eſt: Mulier perceptis etiam vindemiis (ut poſuimus ante) ſtatim fundum dedit in dotem Calend. Octobr. & vir eum E locavit ex Calend. Mart. ſub hac lege, ut conductorem ſequerentur tam meſſes, quam vindemiæ. Poni poteſt varie ſpecies hujus §. ſed hoc modo convenientius: Adde, matrimonium ſtetiſſe menſibus decem a die traditionis, atque ita matrimonium ſolutum fuiſſe menſe Auguſto: poſt meſſes igitur & ante vindemias maritum percepiſſe mercedem meſſium, uxorem percepturam mercedem vindemiarum: quæro quomodo fiet diviſio horum fructuum? Et hoc ſignificatur in §. *item ſi meſſ.* ex mercede meſſium, quam maritus percepit, mulierem habituram ſextantem, quia ſexta tantum parte ejus anni innupta fuit: ex mercede autem vindemiarum, quam mulier perceptura eſt, marito præſtabit dextantem, atque ita fit computatio a die traditionis, non a die lo-

cationis; & vindemiæ perceptæ a muliere antequam nuberet, non veniunt in divisionem; & spes futuræ vindemiæ venit in divisionem pro portione anni sive mercedis pro vindemia. Et id est quod ait *d.* §. *cum spe futuræ vindemiæ*. Cyrillus ita interpretatur hunc §. *Si*, inquit, *post messes, & ante vindemias dirimatur matrim. & ego (maritus sc.) mulieri rationem reddo messium, & ipsa mihi rationem vindemiarum*. Valde fuit necesse hæc explicare, sed quod incepimus absolvamus, *i. e.* objectionem. Cur in specie §. *Papin.* in computationem non venit spes futuræ mercedis pro rata temporis, quo matrimonium stetit? Cur venit tantum in computationem quarta portio mercedis? quis non dixerit hoc puguare cum iis, quæ sequuntur? Resp. In computationem venit spes futuræ mercedis pro modo temporis, quo stetit matrim. si post traditionem vel post nuptias nulli alii fructus fuerint; puta, quod mulier vindemiarit fundum antequam traderet vel nuberet: Nam si fuerit fructus aliquis ante locationem, & ante nuptias, vel traditionem, ut in specie §. *Papin.* hoc casu non est æquum, ut omnis spes futuræ mercedis veniat in contributionem, sed id tantum, quod a locatione in diem divortii ex causa locationis debebatur. Est & aliud, quod objicitur Papiniano. Extremi anni fructus tantum veniunt in contributionem, *l. 5. & 6. h. tit. l. pen. de pact. dot.* Et videtur Papinianus etiam dividere fructus penultimi anni, id est, fructus vindemiæ. Nam fructus vindemiæ videntur esse penult. anni, mercedes ultimi tantum: cur servat analogiam etiam in penultimo anno, cum tamen servetur in ultimo tantum? Hac ratione moti aliqui, quos Papinianus refutat, dixerunt, maritum integros fructus vindemiæ lucrari, & mercedis partem quartam, cum a locatione anni quarta parte stetisset matrimonium. Cur dicebant fructus penultimi anni in computationem non venire? quia ea analogia non servatur, nisi in ultimo anno. Cur dicebant eum lucrari quartam partem mercedis? quia ultimus annus incipit a die locationis, & eo anno ultimo matrimonium stetit tantum mensibus tribus, id est, quarta parte anni. Sed hos dum refellit Papin. satis ostendit, non esse constituendos duos annos, sed unum tantum. Incipit enim annus a die traditi fundi seu nuptiarum. Ergo eadem die desiit, nec unus annus scindi potest in duos: si annum computas a collectis vindemiis, qui sunt plerumque ultimi fructus, ut solent computare quidam; si ita computas annum a collectione frugum, duo sunt anni: priori finem dant vindemiæ, posteriori initium dat locatio: sed male computas. Nam ut proposuit ante *l. 5. & 6.* annus est computandus ex die nuptiarum seu traditionis, non ex die conventæ dotis, non ex die locationis, quæ est posterior traditione fundi dotalis: & ideo (quod notandum maxime) si is annus, qui incipit ab eo die, id est, traditione, expleatur in matrimonio, etiamsi maritus bis perceperit vindemiam, omnes fructus lucrabitur. Fieri potest, ut statim post traditum fundum colligat vindemias, & ut eodem die, vel postridie ejusdem anni colligat etiam vindemias, moxque discedat ab uxore: & si bis perceperit vindemiam eo anno, omnes fructus lucrabitur, quia totius ejus anni onera matrimonii substinuit. Papinian. ait confundi fructus vindemiæ cum quarta parte mercedis: quod demonstrat non tantum vindemiæ & locationis confundi fructus, sed etiam annos, quia videbantur duo, & cogi in unum; Itaque si anno, antequam fuerit dissidium inter conjuges, bis collegerit vindemiam, dicam utramque vindemiam esse unius anni, quia non duos, sed unum facio annum. Annus varie computatur pro materia subjecta, & vulgo hodie etiam alii a Cal. Mart. alii alio modo incipiunt annum. Et notanda est valde ratio, qua utitur Papinianus adversus eos, qui contrarium sentiebant: sic argumentatur. Si annus ultimus computatur post collectionem fructuum a die locationis, id est a Calend. Novemb. computabitur ergo etiam ab eo die non facta locatione, quia post vindemias desinit annus penultimus, & incipit ultimus, & consequenter, vindemiæ fructus integri pertinebunt ad maritum, etiam postera die quam collegit vindemiam, solutum sit matrimonium, atque steterit paucis diebus. Hoc inquit, est absurdum, nec ulli hoc admitterent; ergo nec illud. Erat tamen tolerabilior eorum sententia, quam sit novorum interpretum: quandoquidem volebant illi, quos refellit Papin. non servari proportionem in fructibus vindemiæ, quasi sint fructus anni penultimi: & eos integros igitur pertinere ad virum, & servari tantum in fructibus ultimi anni, qui incipit a fructuum collectione, Sed peccant dupliciter: primum, quod constituunt duos annos, deinde quod inducunt eandem proportionem in penultimo & ultimo, quæ inducitur tantum in ultimo. Aut ergo vehementer fallor, aut nemo est, qui non intellexerit, quod diximus heri de distribuendis fructibus pro rata ejus anni quo factum est divortium. Itaque non est quod diutius immorer in re tam perspicua, & refellendis aliorum opinionibus, & ut cum Aristotele dicamus, stultum est, stultas opiniones nimis anxie speculari. Igitur duo tantum nunc adnotabo. Primum quæ in hac l. 7. subjiciuntur de eadem quæstione, quæ nondum attigi deinde exponam, an eadem ratio proportionis servetur inter fructuarium & proprietarium finito vel amisso usufructu, & inter alias quasdam personas, de quibus inferius. Quæ hactenus diximus, de fundis sunt, quia ferunt fructus quotannis: sed sunt quidam fundi irrigui, in quibus fructus crescunt uberrimi, qui bis ferunt fructus in anno, aut bis vindemias: nihil est certius, horum fundorum fructus non dicemus dividi pro rata anni, quo divortium factum est, sed pro rata sex mensium, §. *quod in anno h. l.* contra sunt fundi quidam, qui non ferunt quotannis, sed post plures annos, puta qui ferunt quinquennio quoquo, veluti sylvæ cæduæ, quæ non solebant olim cædi, nisi in quinquennium, hodie in quadriennium, *l. ult. C. de servit. l. cum manum. 80. §. sylva, de cont. empt.* Sylvæ igitur cæduæ fructus non dicam dividi pro rata unius anni, sed pro rata quinquennii: quod etiam ostenditur in *d.* §. *quod in anno*, & si sit novalis ager, idest, qui alternis annis, qui uno anno cesset, & quasi requiescat, quod dixero vervactum & νεανὸν, cui opponitur terra cruda, hoc est, quæ nondum est præcisa aratione, *en friche* Novali etiam opponitur restibilis ager, qui fert quotannis, qui nunquam cessat, vel etiam, qui seritur biennio continuo spico aristato: qua de causa patresfam. solent excipere in locatione, ne biennio continuo ager feratur spico aristato, sed potest seri quotannis uno fariceo spico, altero leguminibus: Si igitur dotalis fundus novalis fuerit, hoc est, si ferat biennio quoquo duntaxat, non dices etiam dividi fructus pro rata anni, sed pro rata biennii. Eadem est ratio sylvæ cæduæ & novalis agri: nam ut in sylva cædua spectas quinquennium, ita in novali spectas biennium. Etiam illud adnotandum est ex §. *non sol. inf.* in fructu esse non tantum messes, & vindemias, de quibus supra, aut pensiones prædiorum rusticorum, sed in fructu etiam esse lanam ovium, in fructu esse fœtus pecorum, operas servorum, & ut additur in extremo hujus §. pensiones prædiorum urbanorum eadem ratione dividuntur: Dubitabatur magis, an pensiones essent in fructu urbanorum prædiorum, & ob id in *l. 36. prædior. de usur.* omnino accipiuntur pro fructibus. Cur dubitatur de pensionibus urbanorum prædiorum? quia naturaliter urbana prædia non ferunt fructus: & ita in *l. ancillarum 37. l. mercedes, de petit. hered.* cum dixisset in *l. ancillarum*, pensiones prædiorum urbanorum venire in hereditatis petitionem, subjecit in *l. mercedes*, mercedes a colono acceptas, hoc est, pensiones prædiorum rusticorum locum fructuum obtinere plane, hoc est, absque dubio. De arboribus quærebatur, an essent in fructu, & ideo, an cederent lucro mariti pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuisset? nec potest generaliter constitui, eas esse in fructu. Nam si sit sylva data in dotem, distinguendum est:

Aut

Aut est sylva cædua, aut incædua, hoc est, non cædua. Si sit sylva incædua, & maritus deciderit arbores ex ea sylva, deteriorem fecit fundum dotalem: glandem legere potest, arbores decidere non potest, sicut nec fructuarius. Imo vero, si vi ventorum dejectæ fuerint, non sunt lucro mariti, sed arbores sylvæ cæduæ sunt in fructu, non inciduæ arbores, gremiales sunt in fructu: alii cremiales indifferenter: quidam gremiales dictas putant, quod legantur in gremium. Ideoque in Basil. pro arbore gremiali, τὰ ἐν ἀγκάλαις φερόμενα. Estque illud verbum valde depravatum *lib. 7. Halicarn.* cum loquitur de filiis Coriolani, quorum unus, inquit, fuit annorum 10. alter fuit ὑπερκαλός, sed legendum est ὑπαγκαλὸς, qui nondum poterat incedere. Etiam illud est notandum, quod proponitur in §. *si vir*, argentifodinas, aurifod. arenæ vel aluminis, vel cretæ fodinas esse omnia in fructu, subjici ea calculo, seu distributioni: de lapidicinis dubitat. Et ideo distinguit Papin. nam si lapis solet crescere, lapidicinæ sane sunt in fructu: sed si non soleat crescere, si inveniatur marmor in fundo dotali, & excidatur a viro, fit quidem viri quasi fructus, sed tamen non est in fructu, quia fundum fructuosiorem non facit, cum non soleat crescere, nec possit exscindi plusquam semel uno in loco: ideoque impensam in eo marmore cædendo non potest maritus repetere, repetet impensas necessarias, & utiles, sed non impensas factas in eo marmore cædendo: quia in ea cæsura fundum fructuosiorem non facit, *l. ult. de pact. dotal. l. si ex lapid. de jure dot.* Qua de causa ego docui in *d. §. si vir*, esse legendum, *lapidicinas marmoreas invenit, nec fundum fructuosiorem reddiderit*. Nunc transeamus ad alterum. Quæro, quæ ratio dividendorum fructuum servatur inter virum & uxorem, an ea etiam servetur inter fructuarium & proprietarium? Et, ut jam aperui, eadem sane ratio videtur observanda, quam sententiam introduxit in feudis. Nam omnium opinio hæc est, & res est dignissima cognitu, ut finito usufr. vel amisso fructus percerpti cedant fructuario, fructus pendentes cedant proprietario: est iniquissima opinio, quod facile persuadebo. Sic igitur statuo: fructus dividi inter proprietarium & fructuarium pro rata ejus anni, quo finitus est ususfr. *l. si operas 16. de ususfr. l. 5. §. ult. si ususfr. pet.* Et hoc generaliter constitui volo, sive sint percepti fructus, sive pendentes, ut dividantur pro rata, & sive percepti exstent, sive consumpti sint, & sive percepti sint a fructuario, vel nomine fructuarii quos solos sibi acquirit, vel alius ejus nomine, *§. is ad quem, Inst. de rer. divis.* quæ servatur etiam in colono. Nam fructus, quos alius percipit & separat a solo, non nomine fructuarii, vel fructus qui sua sponte decidunt, non acquiruntur fructuario antequam eos apprehenderit. Et hac in re distat tantum fructuarius a domino; ergo & a marito, & a bonæ fidei possessore, ab emphyteuticario, quia ii fructus suos faciunt, quoquo modo terra separati sint, si modo eos apprehenderint, *l. qui scit, §. pen. de usur. l. si fructus, quib. mod. ususfr. amit. l. 12. §. ult. de usuf.* Ergo tempore finito usufructu, sive fructus pendeant, sive sint consumpti, dividendi sunt pro portione anni, quo ususfructus extinctus fuit: nec est, cur nova ratio distributionis inducatur a fructuario. Et summa iniquitas est, perceptos fructus omnes relinquere fructuario, & pendentes pertinere ad proprietarium: aut certe distributio hæc non est. Contra hanc opinionem nostram duo objiciuntur: fructus pendentes finito ususfructus tempore acquiruntur domino: ergo non veniunt in divisionem. Est tota vitiosa collectio. Nam & fructus pendentes divortio facto, mulieris sunt, & tamen eorum mulier rationem reddit viro, & deducuntur in divisionem: & similiter fructus pendentes capti ususfructus tempore, sunt fructuarii, *l. si pendentes, de usuf.* & tamen, si paulo post extinguatur ususfructus, quam cepit, debetur ex eis fructibus portio fructuum proprietario: dominium non impedit divisionem pro rata, & in partitionis rationem veniunt. Et similiter bonæ fidei possessor facit fructus suos, quos curavit & percepit bona fide: verum domino vindicante rem, eos fructus bonæ fidei possessor facit suos, qui bona fide consumpti sunt: si extent, tenetur restituere domino, non minus quam pendentes, *l. certum, C. de rei vind.* Et nihil est frequentius, quam ut cogamur rem, quæ nostra est, vel communicare aut contribuere. Objicitur *l. defuncta, ff. de usufr.* Cur vero errorem hunc creavit ista lex sola? quia nescierunt speciem ejus legis. Species est: Fructuarius locavit fundum ex Kal. Mart. eademque die pensionem sibi solvi curavit, & mortuus est mense Decembri, atque ita finitus est ususfructus morte fructuarii decimo mense a locatione, quo tempore conductor collegerat omnes fructus ejus fundi. Quæritur, utrum pensio sit dividenda inter proprietarium, & fructuarium pro rata anni, an heredi fructuarii debeatur integra? Et ait, heredi fructuarii pensionem esse solvendam integram Kal. Mart. quia eo die pensionem solvi convenerat. Non fit igitur distributio similis inter fructuarium & proprietarium, sed non absque ratione. Falluntur in computatione anni, quo ususfructus constitit; computandus non est a die locationis, sed a die constituti ususfr. & ponendum constitutum fuisse a Kal. Jan. locatum Kal. Mart. durasse igitur usumfr. annum integrum, unde non mirum, si pensio integra debeatur heredi fructuarii: nihil igitur ex ea pensione est habiturus proprietarius. Ego introduxi hanc sententiam, nec potui probare statim, sed casus fecit, ut probarem. Erat quidam fructuarius sylvæ cæduæ, cui scil. fuerat constitutus ususfr. statim post cæsuram: non erat igitur fructum ex eo fundo laturus ante quinquennium: quid accidit? mortuus est: finge tertio aut quarto anno, antequam venisset dies cæsuræ, an fuit inutilis ususfructus? Dices inutilem fuisse? non certe ullo auctore. In hac specie prudentissimus Senatus ita judicavit: fructus pendentes esse dividendos inter fructuarium & proprietarium: an sequimur eam rationem in aliis personis? Finge: Colonus vel emphyteuticarius, vel etiam libellarius fundi possessor in feudis, aut precarius, quia canonem sive pensionem non solvit, fundus committitur, quem eo jure possidet, id est, redit ad dominum: Nam in omnibus his negotiis est locus commissi ob non solutam pensionem, hoc est, redit ad dominum ipso jure commisso fundo: quemadmodum dividuntur fructus pro rata temporis, quo ea jura constiterint in eadem persona ut constat ex libro 4. *Feud. tit. de fructibus feudi*. Ante nostram divisionem olim ii libri valde male dividebantur. Magna est quæstio in eo titulo, quemadmodum dividendi sunt fructus inter dominum & vassallum, feudo commisso & aperto: committitur feudum propter infidelitatem: aperitur propter inopiam filiorum masculini generis, defuncto scilicet cliente sine herede masculo: nam feuda plerumque non sequuntur feminas; possunt tamen quædam esse feuda muliebria. Igitur in eo titulo referuntur quorumdam opiniones, nec adfertur tamen ulla, quæ accedat ad distributionem Papiniani, qua nulla est æquior.

Ad L. V. Rerum amot.

Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili judicio petendum est.

PRimum quidem, quid sit actio rerum amotarum indicabo, quod nescio, an factum sit ab aliquo liquido. Actio rerum amotarum est, quæ datur in solidum, & statim divortio facto in eum eamve, qui maritus, quæve uxor fuit, de rebus, quas conjugi amovit divortii causa, id est, cogitatione divortii, quod versabatur in animo, & fecit, vel etiam de rebus, quas nihil dum cogitans de divortio amovit, & divortens postea celavit, atque suppressit. Nam hæ res sunt earum loco, quas divortii causa amovit, licet non eo consilio attigerit eas initio *l. 17. §. 1. h. tit.* Competit etiam marito vel uxori, cui res subtractæ sunt, & cui furtum factum est, ea-

rum rerum nomine vindicatio, vel ad exhibendum actio *l.* 34. *hoc tit.* nam ut rei furtivæ non tantum vindicatio, sed etiam condictio est: ita & rei amotæ, quia revera quæ amota dicitur, furtiva est: res furtiva non usucapitur a bonæ fidei possessore, nec res amota usucapi potest ex lege 12. tab. *l. pen. hoc tit.* nihil refert quo utaris verbo: res est eadem, jus idem in utroque, & actio rerum amotarum condictio est, *l.* 26. *hoc tit.* similis scil. condictioni rerum furtivarum, imo eadem: hæc honestior, si verba spectes: in *d. l.* 26. *rerum*, inquit, *amotarum actio condictio est*: nihil est præterea, hoc est, formula ejus hæc sc. si *paret dari oportere*. Male Accursius, *rerum amotarum condictio est*, hoc est, *in personam*: Nam non omnis actio personalis condictio est, ut actio depositi, qua non dari, sed reddi oportere intenditur, & in *l. si quis inficiatus*, *§. ult. depos.* nemo hoc ipso, quod depositum suscepit, condictione obligatus est, sed si depositum abjuret, condictione obligatur eo casu solo. Inficiator depositi proximus est furi, & quicumque sunt furibus proximi, condictionibus obligantur, qua quidem actione magis oneratur, quam vindicatione. Utraque in eos est actio, sed condictio durior, quia scil. in condictione indistincte fit condemnatio, sive res sit in rebus humanis, sive non, & sive fuerit interitura æque apud dominum, sive non. Hæc distinctio non observatur in condictione rerum amotarum, rerum furtivarum, non in actione quod metus causa, non in interdicto unde vi, quod vi aut clam, quæ descendunt ex delicto, *l. si cum exceptione*, *§. quatenus*, *quod met. caus.* quæ tamen distinctio observatur in vindicatione: Nam si res interierit sine culpa possessoris, quia æque erat interitura apud dominum, possessor absolvitur. Merito ait Justin. *odio furum comparatam esse condictionem*, contra regulam quæ vult, *ut nemo rem suam condicat*, quia gravior est actio, quam vindicatio, vel exhibitoria actio: ergo rebus amotis ex bonis mariti, vel uxoris divortii causa, marito vel uxori, cui furtum factum est, ut apertius loquamur, ut quod in re ipsa est, exprimamus. Plane hæc vindicatio rei suæ, & condictio competit, non quasi rei furtivæ: debet enim cum ea, quæ uxor fuit, vel cum eo, qui maritus fuit, honestioribus viribus confligere, sed quasi rei amotæ. Fit etiam eo nomine compensatio, si quid mulier amoverit ex dote, vel ex fructibus quos maritus post divortium percepit, quos constat ad mulierem pertinere pro rata temporis, quo nupta fuit, *l.* 7. *§. ob donat. sol. matrim. l.* 1. *C. hoc tit.* ita etiam mutua compensatio fit nonnunquam si vir & uxor invicem agant de rebus amotis, ut in actione de moribus, sicut diximus ad *l. viro*, *sol. matrim.* In hac actione mutua delicta pari compensatione tolluntur. In delictis mores numeramus, *l.* 7. *hoc tit.* Dixi initio rerum amotarum actionem dari in solidum, & statim divortio facto dari in solidum ad differentiam, πρὸς ἀντιδιαστολὴν, actionis de dote, quæ datur in id, quod maritus facere potest, inopia prodest marito ne damnetur in solidum, quæ nihil prodest in judicio rerum amotarum, *l.* 21. *hoc tit.* Dixi statim divortio facto, ad differentiam actionis de dote, quæ non repetitur statim, si pondere, numero constat, vel in aliqua re mobili, sed repetitur annua, bima, trima die. Et hæc differentia monstratur in *d. l.* 21. *§. rerum*, *hoc tit.* Actio de dote non representat dotem, sed dividit præstationem dotis in annum expletum, in pensiones tres. Præterea observandum ex definitione quam supra attulimus, hanc actionem rerum amotarum dari de rebus amotis divortii causa, hoc est, meditatione futuri divortii. Quid dicemus, si quid amoverit alter alteri mortis causa, qua constat solvi matrimonium? Finge, marito decumbente & fere occumbente, mulier desperans de vita mariti, omnem pecuniam subripuit: an tenebitur heredibus mariti condictione rerum amotarum? Denique, quæ amovit aliquid de bonis mariti mortis causa, an tenebitur hoc judicio? constat hanc actionem dari heredibus *d. l.* 21. *§. pen.* Et Accurs. scribit, etiam dari utilem actionem rerum amotarum, de rebus amotis mortis causa, nisi fallor in *l.* 22. *§. ultim. hoc tit.* & perperam Hervetus fecit, ut scriberet Theodorus ad *l.* 2. *C. rer. amot.* mortis causa dari hanc actionem, nam hoc est falsissimum, vel directam, vel utilem competere ob res amotas mortis causa. Proinde sic statuo, ob eas res, neque directa, neque utilis est actio, sive condictio rerum amotarum. Hoc comprobat aperte *l.* 21. *in pr. hoc tit.* Mulier amovit res mariti, mortis causa desperans de ejus vita, ac sibi persuadens, se quamprimum solam fore sine marito, neque tamen mortuus est maritus: post divertit mulier: an earum rerum nomine tenebitur actione rerum amotarum? ait eam teneri utili actione: quod placet admodum: nam cur non directa tenetur? quia amovit mortis causa: cur tenetur utili? quia tempore divortii postea subsecuti, res celavit, quas amoverat initio mortis causa. Confirmatur hæc sententia *l.* 9. *§. ult. & l.* 22. *§. ult. hoc tit.* Mulier res amovit mortis causa & morte mariti solutum est matrimonium: quæ actio dabitur heredibus earum rerum nomine? petitio hereditatis muliere eas res possidente pro herede, vel possessore, vel actio ad exhibendum. Nullam aliam dat actionem: non dat rerum amotarum: dum aliam dat, hanc denegat. Ergo de rebus amotis mortis causa hæc actio non datur: nihil verius: sed explicanda ratio diversitatis, cur de rebus amotis divortii causa sit hæc actio, de rebus amotis mortis causa non item: cum tamen utroque genere finiatur matrimonium. Quæ divortii causa res amovit, id mala mente fecit ut noceret marito, id fecit in fraudem mariti, hoc est, inimica, ut duobus locis in libris nostris, quæ divertit: vel repudiata dicitur, *l. cum in fund.* 78. *§. divortio*, *de jur. dot. l. Cicero* 29. *de pœnis*. In qua ait, *usque adeo fuisse inimicam, &c.* Ergo cum res divortii causa amovit, furandi habuit animum, quæ voluit intervertere rerum suarum possess. & fuit, cui furtum faceret, maritus superstes: sed cum amovit mortis causa, non fecit furtum. Illud. n. non fit, nisi sit, cui fiat, non fecit marito furtum decumbenti, vel occumbenti, ac propemodum mortuo, neque ei auferre voluit, quem habebat pro mortuo, quia non videtur fuisse maritus, nec ipsa animum furandi habuit, non fecit furtum heredi nondum heredi: non fecit furtum hereditati nondum hereditati, quia & hereditati post mortem mariti furtum non faceret. Et hoc est, quod dicitur, hereditati furtum non fieri: hereditas est, quæ jacet, substantia defuncti, necdum adita, id est, jus universum, quod in ea substantia habuit defunctus: nam hereditatis vocabulum juris est, non corporis: furtum fit soli possessori: & nihil est aliud furtum, si rem velis paucis stringere, quam possessionis interversio: hereditas autem interim dum jacet, habetur quidem pro domina, sed non pro possessore. Possessio vacat, quia possessio est facti & animi, in *l.* 1. *§. Scævola*, *si is, qui test. lib. esse juss.* Hereditas autem est inanima & incorporalis: quod facit corpus est, hereditas non est corpus, ergo non facit: est etiam animi, sed hereditas inanima est, ergo nec facto, nec animo hereditatem apprehendere & retinere potest: non est autem actio rerum amotarum, nisi cum furtum factum est. Nam ea actio condictioni rerum furtivarum similis est: imo est condictio rerum furtivarum, si verum amamus: sed non dicitur tamen condictio rerum furtivarum, sed amotarum honestiori ratione, propter pudorem transacti matrimonii, ut ait *l. ultim. C. de furt.* propter honorem matrimonii, ut ait *l.* 2. *hoc tit.* non dicetur mulier furtum fecisse: nulla est in jure actio temperatior sive modestior. Solent Jurisconsulti rem verbis temperare, & furtum non semper vocant furtum: quorum exemplis patroni in foro & omni negotio modestioribus verbis utuntur nisi rejici velint: multa alia restant, quæ pertinent ad definitionem superiorem. Dictum est dari hoc judicium soluto matrimonio per divortium, sed non datur constante matrimonio. Quid igitur, si quid amoverit constante matrimonio vir uxori, aut uxor viro, num dabitur hæc actio? Non utique: Nam inest in ea infamia quædam, etiamsi dicam amovisse, non furtum fecisse, & par-

cen-

cendum est conjugi: verum non deest alia actio: dabitur actio in factum verbis temperanda, ut in *l. non debet, de dolo*, hac formula: *si paret ex rebus meis hanc vel illam apud te esse*: non dicam te furtum fecisse, aut amovisse, sed apud te esse, & casu quodam eam rem sublatam fuisse; narrabo factum, quo genere agitur hodie, quia omnes actiones sunt in factum, aut esse debent. Dabitur etiam condictio ex injusta causa constante matrimonio, quæ etiam datur soluto matrimonio de rebus amotis causa mortis. Nam regula juris est, *neminem rem suam condicere*, cujus ratio naturalis est. Quid est condicere? nempe sic agere, *si paret eam rem mihi dari oportere*. Quid est dari? *dominum fieri*: si paret igitur ejus rei me dominum fieri oportere, quod intendo male, cum jam sim dominus. Nemo igitur aperte condicit: sed ab hac regula excipitur condictio rerum furtivarum, quæ etiam domino datur: item condictio rerum amotarum: & ad extremum obtinuit, excipi etiam condictionem ex injusta causa, qua repetimus rem nostram, quæ ex non justa causa, apud aliquem est. Condicimus ergo rem nostram non tantum furi, aut prædoni, aut ei, quem dicimus amovisse, sed etiam cuilibet possessori ex non justa causa, *l.6. §. ult. l.25. hoc tit. l.1. §. res, l. si & me, de reb. credit.* Et notandum, quod ait lex *perpetuo, de condict. ob turpem caus.* perpetuo hoc esse verum, & a Sabino affirmari ita secundum veterum opinionem, ut possit quis rem suam condicere ei, qui eam possidet non ex justa causa: eamque definitionem probari a Celso, licet contrariæ sectæ, & probatur in *d. l. si & me*. Sunt quædam perpetuæ definitiones juris: ut plurimum non sunt perpetuæ, ut illa *d. l. perpetuo, & l. qui res 98. §. aream, de solution.* In perpetuum sublata obligatio restitui non potest, *l.6. inf. eod.* In perpetuum, si quod tibi debeo ad te pervenerit, verum est, me liberari, etsi non per me pervenerit, aut facto meo, nisi tibi aliquid absit, ut puta, nisi emeris. Si igitur pervenerit ex causa lucrativa: & præterea, si ita pervenerit, ut non possit a te repeti: & tunc verum est, in perpetuum me liberari: nec est unquam varius pes hujus regulæ, quæ nunquam fallit: & illud quoque in perpetuum valet, ut possim rem meam, licet absurde videar agere, condicere ei apud quem res mea est ex injusta causa. Verum videamus, quare constante matrimonio non possim uti actione rerum amotarum. Si quid amotum sit, utor condictione ex injusta causa, aut actione in factum, quæ sunt honestæ actiones, nec incessunt mores rei, sed tamen cur non utor condictione rerum amotarum? nam hæc actio non est famosa, licet ex causa famosa, id est ex furto descendat, si rem ipsam inspiciamus: nam & condictio rerum furtivarum non est famosa, *l. cessat 36. de oblig. & act.* actio furti est famosa, id est, infamat reum, si condemnetur: neutra etiam est pœnalis: & rerum amotarum & furtivarum condictio utraque persequitur id, quod interest, non pœnam. Quid vetat agi condictione rerum amotarum in uxorem vel maritum constante matrimonio, cum non sit pœnalis, nec turpis actio? Et tamen *l.2. ff. hoc tit.* ait, ideo non dari constante matrimonio rerum amotarum, quia constante matrimonio non solet dari conjugi in conjugem actio pœnalis vel famosa. Itaque actione rerum amotarum satis significant, vel pœnalem, vel famosam. Et est *d. l.2.* crux quædam nostrorum interpretum: nemo in ea re non torquet se, quæ tamen videtur facile explicari posse, *l.17. §. res amotas, hoc tit.* nempe hoc modo: fateor, illa actio non est pœnalis, *l. cessat, de oblig. & act.* non est famosa, sed est quodammodo famosa & pœnalis: nam inest in ea mentio furti: aut quod omnes intelligunt, tantumdem potest rei amotæ nomen, quam furti, quod populus interpretatur furtum. In quem autem non datur actio famosa, nec ea datur, quæ speciem habet. Sunt famosæ, quibus inest palam vel tacite doli, vel fraudis mentio, ut in patrem non ages famosa, neque ages non famosa, si habet speciem famosæ: & ita non ages in patrem condictione furtiva, *l. parens cum l. seq. de obseq. a lib. præst.* Cur ergo constante matrimonio non agitur rerum amotarum? quia est quodammodo pœnalis & famosa. Dicam nunc rem novam, certissimam tamen, & non dicam tantum, sed ut spero, persuadebo etiam verissimam esse, & condictionem rerum furtivarum quod plus est, & condictionem rerum amotarum quodammodo pœnalem, quodammodo famosam esse: hoc sensu pœnalem & famosam dici posse, licet revera non ita sit: nam utraque rem persequitur, neutra lædit æstimationem: hoc confirmo quatuor argumentis. Primum est, quia condictio furtiva comparata dicitur odio furum, & quod de ea dicitur, id etiam dicitur de condictione rerum amotarum, *§. Sic itaque, Inst. de act.* si odio, ergo pœnæ causa: si pœnæ causa, ergo pœnalis, aut veluti pœnalis est, nam & ita exceptio Senatusconsulti Macedon. comparata dicitur odio creditoris, *l. sed si pat. §. pen. ad Macedon.* Secundum argumentum est ejusmodi, quia & hæc, & illa actio ex maleficio & delicto nasci dicitur in *l.22. §. pen. hoc tit. l.10. §. quotiens, de compens.* Hæc actio, inquiunt, ex delicto nascitur, licet rei persecutionem contineat, quod videtur valde novum, ut agam ex delicto, nec tamen agam in pœnam, sed in id, quod interest: verum id ita se habet, ut etiam in aliis actionibus, ut in actione, quæ datur ex edicto de alienatione judicii mutandi, &c. quod dicitur pertinere quidem ad rei persecutionem ex ea specie doli, quæ illo edicto coercetur, sed tamen dicitur ex delicto dari, *l. quia pertinet, de alienat. jud. mut. causa*, ex delicto dantur eæ actiones, & tamen rei persecutionem continent, verum non ita, quin inesse videatur aliquid in eis pœnæ, cum sint ex delicto: nam vel ipsum agere ex delicto pœna est, & ultio quædam: moveor etiam argumento, quod hæ condictiones non dantur in heredem, quæ darentur, nisi subesset in ea pœnæ aut vindictæ ratio quædam. Nam hoc est generale, actiones, quæ non sunt ejus generis, dari in heredem, & heredibus. Sed illæ condictiones non dantur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit ex rebus furtivis, *l. ult. C. rer. amot. l.9. §. ult. l.10. de tut. & rat. distrah.* Et valde nova est hæc sententia. Nam multæ possunt opponi leges quibus ostenditur, illas condictiones dari in heredes; sed non est recedendum a superioribus legibus: quinimo observandum hoc, & in *l. 22. hoc tit.* actionem rerum amotarum dari heredibus, nec adjici, & in heredes, quod potissimum refragatur huic sententiæ. Est lex 9. *de cond. furt.* quæ dicit, condictionem furtivam dari in heredem, sed exemplo *l. 2. in fine, de præt. stipul.* secundum quam etiam intelligenda est lex *si hominem §. 1. depos.* ita interpretanda est *d. l.9.* si videlicet lis sit contestata cum defuncto, vel si res sit judicata contra defunctum ex causa condictionis furtivæ: heres ex asse, in solidum, heres pro parte, pro portione hereditaria tenetur: nam generaliter pœnales actiones dantur in heredem, si actor litem cum defuncto contestatam habuit. Refragatur, *l.7. §. ult. eod.* Sed valde placet, quod notat Accursius, non teneri heredem, nisi heres rem contrectet, id est, non tenetur nisi ex sua persona: nam certo certius est, condictionem illam non dari in heredem, nisi in quantum locupletior factus sit ex delicto defuncti. Quartum argumentum sumitur ex *l. si pig. 22. de pign. act.* Finge; debitor mihi pignus dedit crediti nomine, quod post surripuit, mihi tenetur furti; rei suæ mihi furtum fecit, mihi creditori actione in duplum & quadruplum furti pœnali tenetur, sed quod consequutus fuero, an imputabo debito, vel an restituam debitori? minime: alioquin essent elusoriæ pœnæ; pœna quæ semel est pensa, nusquam restituitur. Finge; non egi actione furti in duplum sed condictione furtiva, & consecutus sum quod mea intersit pignus non surripi, an id, quod consecutus sum, restituam, an imputabo debito? minime. Ergo quod condictione furtiva consequutus sum, pœna est. Nam si mea res esset, non sola maneret debiti petitio, sed imputaretur debito,

d. l.

d. l. si pignore. Hoc ego censeo valde esse notandum; illas condictiones esse quodammodo pœnales, famosas, ac proinde neutram dari constante matr. Sed notanda duo sunt ad hæc. Primum, nec constante matr. nec divortio facto dari in conjugem, vel in eum, qui conjux fuit, condictionem rerum furtivarum, & multo minus actionem furti, sed dari divortio facto condictionem rerum amot. videlicet si post divortium factum, qui eas amovit, non jam contrectet amplius. Nam si post divortium eas res, quas amovit divortii causa, contrectare perseveret, cessat rerum amot. actio, non cogitur eligere hanc actionem is, cui res amota est, sed agit graviori judicio, furti scilicet, & condictione furtiva, ac si post divortium primo non ante furtum fecisset, *l. 7. hoc tit. in pr.* Furtum non fit semel, sed fit sæpe, fit tot horis, tot diebus, tot momentis, assidua contrectatione, *l. 6. de cond. furt.* quasi igitur ex novo furto convenietur actionibus omnino famosis pœnalibus. Secundo notandum, de rebus surreptis ante matrimonium, non dari quidem constante matrimonio pœnalem actionem furti, parcendum est conjugi, & satis esse debet, si consequamur quod nostra interest. Erit tamen condictio furtiva, quæ non est tam honesta, quam condictio rerum amotarum inspecto tempore præterito, quo non fuit conjux, *l. 3. in princip. hoc. tit.* Atque ita fit, ut qui furti non tenetur, teneatur condictione quasi furti: sicut e contrario, qui tenetur furti, veluti qui opem tulit furti, condictione furtiva non tenetur, qua tenetur solus fur, *l. proinde, de cond. furt.* Hoc etiam adnotandum est, huic judicio locum esse inter nurum, generum, & socerum; socero dari eam condictionem rerum amotarum in nurum, quæ nupsit filiofamilias, si quid divortii causa amoverit ex rebus soceri, vel ex peculio mariti. Et recte, *quæ nupsit filio familias*: Nam in eam, quæ nupsit filio emancipato, ex causa socero dantur graviores actiones furti, & condictio furti, *l. 6. in princip. & §. 1. l. 15. & §. ult. hoc tit.* Nurus, quæ nupsit filiofamilias, est in familia soceri, & maritus ejus, & onus ejus ad socerum spectat, *l. si filia, §. si filiusfamilias, famil. ercifcun.* quæ nupsit emancipato est extranea, sicut filius, nec eo vinculo conjuncta socero, nec ea intercedit reverentia personarum, non interveniente vinculo patriæ potestatis. Et licet *l. 6.* loquatur tantum de nuru, recte Basilica adjiciunt, vel contra generum, qui scilicet duxit filiamfamilias. Et pari ratione dicendum est, hoc judicium dari nurui, vel genero in socerum, in cujus potestate est maritus, vel uxor, si quid socer missurus repudium (nam mittere potest: imo ejus est mittere consentiente filio, aut filia, *l. 2. de divort.*) divortii causa amoverit ex rebus nurus, vel generi. Hoc est jus æquabile. Quod diximus, constante matrimonio in virum & uxorem, neque pœnalem, neque famosam actionem dari, ei obstat primum, quod datur in uxorem actio servi corrupti, *l. ult. de serv. corrup.* quæ est pœnalis, cum sit mixta in duplum, *l. ut tantum, §. in hac actione, eod.* & est etiam famosa, *l. nec quicquam, pro socio*. Sed respondeo ex *l. ult. C. de furt.* favore nuptiarum, sive propter honorem nuptiarum, in uxorem dari actionem servi corrupti in simplum tantum, id est, in id, quod interest, non pœnalem in duplum. Et consequenter eadem actio servi corrupti, si intentatur in uxorem constante matrimonio, verbis erit temperanda in factum, detracta omni atrocitate, & infamia verborum. Obstat etiam, quod actio legis Aquiliæ datur in uxorem constante matrimonio, *l. si servus servum, §. si cum maritus, ad l. Aquil.* Quæ tamen est pœnalis, cum sit mixta. Mixta autem est, quæ rem & pœnam persequitur. Respondeo, eodem modo exemplo actionis servi corrupti, quod & Græci notarunt ad *l. 2. C. rer. amot.* eam actionem non intendi pœnaliter, sed in simplum tantum, id est, quanti hodie res est, cui damnum illatum est, non quanti eo nomine fuit plurimi. Et recte in *l. si mulier dolo, de don. int. vir. & uxor.* si rem donatam sibi a marito, quæ non valet, sed revocatur pœnitentia, dolo malo consumpserit, si fecerit, ne

A exstaret, commodarit, perdiderit dolo malo, teneri eam l. Aquilia damni injuriarum: quia rem tantum maritus ea actione consequitur, non pœnam. Et proprie actio legis Aquiliæ pœnam persequitur, sed parcimus uxori. Postremo obstat, quod in uxorem datur actio depositi, mandati, *l. 10. §. ult. de jur. dot.* quæ sunt famosæ, *l. 1. de his qui notant. infam.* Et breviter respondeo: hæ actiones sunt famosæ, si agatur de perfidia depositarii aut mandatarii: qua ex causa si agatur cum uxore, sane non erit exprimenda causa perfidiæ, aut violatæ fidei, sed verbis erit temperanda actio, ne lædatur existimatio mulieris. Et ita etiam est accipiendum, nonnunquam filium agere furti in patrem, quæ est pœnalis & famosa, si quid pater surripuerit ex peculio castrensi, vel quasi castrensi, in *l. si quis uxori, §. sed si filius, de furt.* sed

B intelligendum est filio dari utilem actionem in factum, quæ mentionem non habeat furti, ut conservetur fama patris. Utiles actiones verbis leniores sunt, vim tamen eandem habent: nam ea actione consequitur filius duplum, id est, pœnam: quod est notandum: ut inde appareat, in patrem quidem non agi famosa actione: sed tantum pœnali: quidni? cum tamen in conjugem nec pœnali nec famosa agatur durante matrimonio. Ea igitur actio quæ datur, est utilis in factum, & ab Harmenopulo scribitur, eam non esse περὶ κλοπῆς, ἀλλὰ περὶ ἀφαιρέσεως de furto, sed rerum amotar. *lib. 1. Epitomes tit. de minor.* Est vero elegans quæstio *l. 5.* quæ pendet ex *§. ult. l. 3.* & modum addit sententiæ propositæ initio *d. §. ult.* loquitur iste §. de filiafam. quæ res amovit marito divortii causa: sed quæ scribuntur in *eo §. de*

C *filiafamil. l. 4. 5. & 6.* eadem obtinent in filiof. qui amovit res uxoris, *l. 6. §. item, hoc tit.* Finge: filiafam. res amovit marito divortii causa: est in eam actio eo nomine, & in patrem in cujus potestate est: in eam est actio rerum amot. in solidum, quia constat filiamfam. & filiumfam. ex omnibus causis obligari in solidum tanquam patremfa. *l. filiusf 2. de oblig. & act.* in patrem est actio rerum amot. de peculio. Utriusque sententiæ redditur ratio in *d. §. ult.* quia displicuit eam furti obligari, & in *l. 1. hoc tit.* quia non placuit, cum ea furti agi posse. Illa ratio servit tam inferiori, quam superiori sententiæ, ut in *l. ult. de condict. sine causa*. Hæc ratio, *quia incestum jure gentium committit*: servit & superiori & inferiori sententiæ: itaque inter utramque ponitur. Cur datur actio in filiamfamilias? quia displi-

D cuit eam furti obligari: ergo nec condictione furtiva, nam singularis est casus in *l. 3. §. ult.* ubi, quæ non obligantur furti, non obligantur condictione furtiva. Sed cur datur contra patrem de peculio, non in solidum? quia displicuit filiam furti obligari, id est, si filia obligaretur furti, pater ex pœnali actione non teneretur de peculio, *l. ex pœnalib. de reg. jur.* nam illa actio datur tantum ex contractu filiifa. ex negotio gesto. Qua de causa non fuit hoc sine controversia, an ob res amotas pater teneretur de peculio: videtur enim non teneri, quia actio rerum amotarum datur ex delicto, *l. si mulier 25. §. pen. hoc tit.* Contra videbatur teneri, quia etiamsi ex delicto veniat, tamen non persequitur pœnam meram, sed rem. Et ita statuunt Mela & Fulcinius, ut sit ex hac causa etiam in patrem actio de peculio. Est quidam jurispe-

E ritus, qui in libro quodam olim edito, credit trajecta esse verba *§. ult. l. 3. hoc tit.* & ita esse reponenda, ut non medio loco ponatur illa ratio, sed ultimo, atque ita ea ratio applicetur posteriori, non priori sententiæ: movetur eo, quod ea non videatur idonea ratio dandæ actionis de peculio, quia furti non obligatur. Nam, inquit, etiamsi furti obligaretur, pater teneretur ex causa furtiva, *l. 3. §. pen. de pecul.* Cui tamen respondere facile est. Imo maxime est idonea ratio, hoc pacto scilicet: si furti obligaretur filia, pater non teneretur actione pœnali de peculio, *d. l. ex pœnalib.* sed quia furti non obligatur, sed rerum amotarum, tantum ex ea causa pater tenetur de peculio: quo nihil est apertius. Ratio igitur illa non est loco movenda. Nam & Basil. eundem

ordi

ordinem verborum obſervant, ἐὰν ὑπεξουσία γυνὴ πράγματα ἀποκινήσῃ, τινὲς ἔλεγον τὴν de peculio κατὰ πατρὸς δίδοσθαι: quia & ſequentis ſententiæ ratio ſervit & primæ. Ergo ex cauſa rerum amotarum per filiamfam. pater tenetur tantum de peculio. Sed ut ſubjicit in *d.* §. *ult.* ſi pater agat de dote conjuncta filia uti debet, non diſſentiente filia. Pater enim dotem profectitiam repetere non poteſt non conſentiente filia, quia eſt communis, *l.*2. §.1. *ſol. matrim.* ſed patri deferentur agendi partes. Si igitur pater agat de dote conſentiente filia, fiet compenſatio ob res amotas in ſolidum, non peculio tenus. Itaque pater repetens dotem non audietur, niſi filiam defendat nomine rerum amotarum in ſolidum, & niſi ſatiſdet judicatum ſolvi ſecundum regulam generalem, quæ vult ut nemo ſit idoneus defenſor ſine ſatiſdatione. Atque ita notandum generaliter: cujus rei in ſolidum quis non obligatur, ſed de peculio tantum, ejus compenſationem tamen patitur in ſolidum, ſi ipſe ultro agat, *l.*9. *in princ. de compenſ.* filiusfam. contraxit ſocietatem cum altero; multum intereſt an ſocius filiifam. agat pro ſocio in patrem, an pater in ſocium: nam ille ſocius ſi in patrem agat, aget de peculio tantum: ſi agat pater filii, ſolidum ſibi reſervabit per compenſationem: ſocius non eſt idoneus defenſor, qui non ſatiſdat judicatum ſolvi, neque etiam eſt idoneus defenſor, qui ſcindit defenſionem, aut minuit. Ergo in patrem non agitur rerum amotarum in ſolidum, ſed in peculii quantitatem & modum. Et actio de peculio perpetua eſt, quandiu peculium manet, aut reſtitui, aut conſtitui poteſt. Nam ſatis eſt, ſi rei judicandæ tempore aliquid ſit in peculio, etiamſi nihil fuerit tempore litis conteſtatæ: ſed exſtinto peculio actio eſt annalis in patrem: extinguitur peculium morte filiifamil. Mortuo igitur eo actio dabitur intra annum tantum in patrem. An ergo in hac ſpecie mortua filiafamil. poſt divortium, quæ res amoverat in patrem dabitur actio annalis de peculio? non, ut ſubjicitur in *l.*3. §. *ult. hoc tit.* niſi in id, quod ad patrem ex rebus amotis pervenerit, vel dolo malo ejus factum erit, quo minus pervenerit, ut ſubjicitur l.4. ergo nec aliter dabitur in patrem, quam ſi aliquid ad eum pervenerit ex rebus amotis. Subjicit Papin. in l.5. viva quoque filia non dari in patrem actionem de peculio ob res amotas, niſi in id quod ad patrem pervenerit: nihil intereſt vivat, an mortua ſit filia, atque ita interpretabimur ex Papiniano quod proponitur in *d.* §. *ult.* in patrem dari actionem de peculio, ſed addendus eſt modus ex *d. l.6.* teneri ex eo tantum, quod ad eum pervenerit. Qua de cauſa etiam dicitur a Papiniano actio utilis. Cur appellatur utilis? cur non directa? quia venit ex delicto: & de peculio ſi directo, & ſummo jure agitur, non agitur niſi ex contractu, ex negot. geſto. Rurſus cur non datur directa? quia directa de peculio non datur in id ſolum, quod ad patrem pervenerit: ſed in id totum, quod eſt in peculio, etiamſi nihil ad patrem pervenerit. Eſt elegans quæſtio hæc: Nam videbatur non eſſe actionem de peculio rerum amotarum in patrem, quia venit ex delicto: videbatur eſſe, quia pertinet ad rei perſecutionem, nec pœnam perſequitur. Quid definitum eſt? Placuit media ſententia, ut teneatur de peculio in id totum, quod ad eum pervenerit: & ſimili modo condictio furtiva datur in patrem, vel dominum de peculio, non ut ſolet dari ex contractibus, ſed in id tantum, quod ad eum ex furto pervenit: ſequuntur hac in re mediam ſententiam, *l.*3. §. *pen. de condict. furt.* Quæ dicta ſunt de filiafamil. eadem obtinent in filiofamil. Quid in ſervo? Finge: Servus vel ancilla amovit res ſui contubernalis, an in dominum dabitur actio rerum amotarum de peculio? nihil de hac re ſcribitur, quia conſtabat ceſſare rerum amotarum: nam ubi ceſſat matrimonium, ibi ceſſat rerum amotarum actio, quia competit divortii cauſa: ibi autem non eſt matrimonium, ibi non eſt divortium, *l. ſi concubina, hoc tit.* cum in ſervis, vel inter ſervos non ſint nuptiæ, *l.*3. *C. de inceſt. nupt.* Sed ſi alii ſervus furtum fecerit, condictio furtiva de peculio dabitur in dominum de eo, quod ad eum pervenit: in reſi-

A duum noxæ dedetur ſervus: & ſi filius ſit, in reſiduum agetur cum filio.

Ad L. ult. Rerum amotarum.

Cum ſoluto matrimonio rerum amotarum judicium contra mulierem inſtituitur, redintegrato rurſus matrimonio, ſolvitur judicium.

JUdicium rerum amotarum ſolvitur reconciliato matrimonio, *judicium ſolvitur*, id eſt, judex eſſe deſinit, qui datus in eam ſpeciem *l. judicium de judic.* & reus interim abſolvitur ab obſervatione hujus judicii, judiciſve, & actio rerum amotarum ceſſat, vel interquieſcit, non etiam ex-
B tinguitur, alioquin non reſtitueretur actio rerum amotarum divortio iterum facto, *l. redintegrato, h. t.* Et tamen reſtituitur. Ceſſare actionem, eſt ſopiri actionem, non extingui, *ut in l. qui res*, §. *aream, de ſolut.* illo loco, *ut magis, l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram*, *l. continuus*, §. *illud*, *de verbor. obligat.* Seneca in ep. *inſanus per intervalla, dum interquieſcit, ſano ſimilis eſt, in eo*, inquit, *furorem ceſſare non deeſſe*. Actio quæ ceſſat facile reſtituitur, quæ extincta eſt, nunquam reſtituitur, niſi ex nova cauſa, ſed hoc non eſt reſtitui, ſed naſci, *l.*10. §. *pen. de in rem verſo*, quare naturalis, ut Ariſtot. ait, eſt quidam regreſſus ab habitu ad privationem, non contra: nec enim quod extinctum eſt, amplius reſtituitur, & quæ reſtituuntur actiones, ſane reviviſcunt, ceſſaſſe intelliguntur, non extinctæ fuiſſe. Verum quid fiet, ſi poſt divortium nondum ſit actum rerum amo-
C tarum, & antequam ageretur, reſtitutum ſit matrimonium, an tunc aget rerum amotarum, ob res amotas prioris divortii cauſa? agenti obſtabit exceptio doli mali: nam nata eſt quidem actio, ſed æquum eſt, eam ſolvi, aut ceſſare matrimonio redintegrato, cujus rei argumentum præbet *l. ſi mulier poſt divort. de jur. dot.* quia ſcil. conſtante matrimonio, actio rerum amotarum non eſt inter virum & uxorem, *l.*2. *l. ult.* & *l.*5. *h. t.* Et quod ait hæc lex ult. de judicio rerum amotarum, idem etiam obtinet in judicio de dote, quo mulier poſt divortium agit cum viro: nam reconciliato matrimonio ſolvitur judicium de dote: vel ſi nondum actum ſit de dote, & reconciliato matrimonio agatur, olim ipſo jure non competebat actio rei uxoriæ, quia eſt bonæ fidei, & doli mali exceptio ineſt bonæ fidei judiciis, ut neceſſe non ſit eam opponi: actio ex ſtipulatu de
D dote perimebatur per exceptionem doli mali, *d. l. ſi mulier*, poſt divortium hodie perimitur ipſo jure, quia eſt bonæ fidei, ex Conſtitutione Juſtiniani. Verum ita demum judicium de dote, quod inchoatum eſt ante redintegratum matrim. ſolvitur, ſi mulier egerit, quæ dotem dederat, non ſi extraneus egerit, qui dotem dederat pro muliere, & ſtipulatus fuerat, eam ſibi reddi divortio facto, & ei quæſita actio de dote ſemel, non intercidit reconciliato, redintegrato matrimonio, nec dos rurſus eadem fungi poteſt niſi ipſe denuo conſentiat, & velit eandem pecuniam doti eſſe: alioqui recipit pecuniam ex ſtipulatu, etiamſi redintegretur matrim. *l. ſtipulatio, de jur. dot. l. in inſulam*, §. *ult. ſol. matrim.*

Ad L. V. de Confirm. tutore.

E

Tutores a patruo teſtamento datos juſſit prætor magiſtratus confirmare, hi cautionem quoque accipere debuerunt; nec voluntas ejus, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magiſtratuum excuſat. Denique prætor non ante decretum interponere poteſt, quam per inquiſitionem idoneis pronunciatis. Unde ſequitur, ut ſi tutelæ tempore ſolvendo non fuerunt, in id, quod de bonis eorum ſervari non poſſit, contra magiſtratus actio decernatur.

TRanſeamus a dotibus ad tutelas: nam reliqua, quæ ſunt in hoc libro, & quæ fere ſunt in lib. 12. ſunt de tutelis. Et prima quæſtio eſt de confirmando tutore, vel curatore. Confirmari dicitur, qui non jure teſtamento da-

tus a magiſtratu tamen, cui jus dandi tutoris, datur ſecundum judicium & voluntatem teſtatoris. Jure datur tutor teſtamento a patre vel avo liberis, qui ſunt in poteſtate, atque ita privatus dat tutorem. Et hoc eſt, quod dicitur, tutoris dationem non eſſe juridictionis vel imperii. Nam & is, qui nec juriſdictionem, nec imperium habet, tutorem dat, veluti pater filiofamilias, quia hoc ei permiſit lex 12. tabul. Ergo tutoris datio eſt legis, id eſt, competit ei, cui lex dedit, vel Senatuſc. aut ipſe Princeps, *l.6. §.tutoris, de tutor.* Curatorem autem nec filiofamil. jure dat pater in teſtamento: Nam generaliter nuſquam a quopiam jure teſtamento curator datur, hoc eſt certiſſimum, ex *tit. Inſtit. de curat.* nec quærenda eſt alia ratio differentiæ, quam quod l. 12. tabul. quæ permiſit patri tutorem dare, de tutela tantum loquitur, *ſuper pecunia, tutelave ſuæ rei*, non de curatione. Ergo tutor tantum jure datur teſtamento, ab eo, qui pupillum habet in poteſtate, non item curator. Et ſimilis eſt ratio, cur ventri datur curator, non tutor ex edicto Prætoris de ventre in poſſeſſionem mittendo, *l.ventri, de tut. & cur. dat.* Nam, inquit de curatore conſtituendo edicto comprehenſum eſt, non dabitur ergo tutor, & tutoris & curatoris datio, legis eſt omnimodo, nec plus licet in dando tutore, quam lex conceſſerit vel edictum. Non jure datur tutor teſtamento a patre filio emancipato vel naturali in ſervitute quæſito, & poſtea manumiſſo una cum patre, vel ſuſcepto ex concubina, non ex uxore juſta: nam & hic non eſt in poteſtate. Imo ut loquitur *lex ult. C.de natur. lib.* eſt deneger partus & obliquus partus, ut loquitur Statius. Et pari ratione mater non jure tutorem dat, quia liberos non habet in poteſtate. Itemque patruus aut patronus liberti filio non jure dat tutorem: & generaliter extraneus, id eſt, qui non habet pupillum in poteſtate, teſtamento jure tutorem non dat. Sed hoc intereſt inter eum, qui datur a patre pupillo emancipato vel naturali & non juſto filio, & eum, qui datur a ceteris, quod datus a matre vel ceteris extraneis, ſolet confirmari decreto conſulis, ut in *l.1. hoc tit.* vel prætoris vel præſidis ex conſtitutione principum, ut ait *d. l.1.* Solet, inquam, confirmari ex inquiſitione. Nam antequam confirmetur, inquiſitio fit per ſcribas & officiales prætoris aut præſidis, *l. 3. §. tutor qui, de ſuſp. tut.* Inquirunt an tutor datus a matre vel ab extraneo ſit ſolvendo: ſi non ſit, non confirmant: inquirunt an ſit bene moratus, quod eſt caput: an ſit diligens, an optimus paterfam. an noverit educare liberos, an patriam amet, an ſit vagus & erro. Poſt inquiſitionem hujuſmodi pronuntiatur hoc modo a judice, *teſtamento datum idoneum videri*; & decretum interponitur, quo jubetur tutelam ſuſcipere, qui datus eſt, quive ſe non excuſat. Ac præterea datus a matre vel ceteris non confirmatur, niſi datus ſit pupillo heredi inſtituto, quaſi in rem potius & bona, quæ illi reliquit, quam in perſonam, ut ait, *l. 4. de teſt. tut.* nam datus non inſtituto, non confirmabitur. Et placet valde ratio *l. 4. hoc tit.* ut ſi patronus vel quivis extraneus pupillum heredem inſtituerit, eique tutorem dederit, quæ datio jure non valet, confirmari debere tamen datum tutorem, ſecundum voluntatem teſtatoris. Confirmare, eſt ſequi judicium teſtatoris, quod non fiet ſine inquiſitione. Sed cur exigis, ut ſit inſtitutus pupillus, ut confirmetur tutor, qui ei datus eſt? quoniam teſtator ejus perſonam, quem tutorem eſſe voluit, noverat, nec elegit eum fruſtra aut temere, aut inconſulto, & impuberem ita dilexerat, ut eum heredem inſtitueret. Sane diligo eum, quem heredem facio, ergo etiam video ei de optimo tutore proſpexiſſe, nec igitur ab ejus judicio temere recedit magiſtratus, ſed neque id ſequitur citra inquiſitionem. Eadem oſtendit etiam *l. 4. de teſt. tut. l. 23. hoc tit. l. 4. C. de teſt. tut.* ubi jamdiu oſtendi abundare negationem. Nam *d.l.4.* ait matrem dare poſſe tutorem iis tantum impuberibus filiis, quos heredes inſtituerit. Et ſubjicit, *quando eos heredes non inſtituerit*, ubi delenda eſt negatio, & perſpicue legendum, *eos heredes inſtituerit*. Solet tutor ex voluntate matris a præſide confirmari, qui ſane non confirmaretur liberis non inſtitutis. Et hæc de tutore dato a matre, vel

A quo libet extraneo. Aliud ſervatur in tutore dato a patre filio emancipato, vel naturali, ut ſubjicit poſtea. Nam datus emancipato, a patre confirmatur ſine inquiſitione, *Inſtit. de tut.* Electio patris eſt firmiſſimum judicium, quia paterno amori nullus eſt ſimilis, nullus major affectus: confirmabitur ergo ſine inquiſitione, eo tamen animadverſo, an duraverit voluntas patris, *l. 8. hoc tit.* Et præterea nihil intererit, dederit pater tutorem filio inſtituto vel exheredato, *l. 4. ſupra de teſt. tut.* Exheredatur autem emancipatus filius, non autem naturalis, quia res eſſet inepta: naturalis nunquam exheredatur, ſicut nec extraneus: filius naturalis intelligitur eſſe extraneus penitus: emancipatus, quia jure prætorio non eſt extraneus, eſt inſtituendus vel exheredandus, *l. quidam, de verbor. obligat.* ſicut ſuus: non naturalis. Sed & in naturali ita
B ſe res habet, ut ſi dederit ei pater tutorem, cui nihil reliquit, ut ait, *l.naturali, hoc tit.* non dixit, quem exheredavit, ſed cui nihil reliquit; nam exheredatio non cadit in naturalem, confirmetur, verum non ſine inquiſitione, quamvis ſit datus a patre, quando incertus eſſe intelligitur pater, quem nuptiæ non demonſtrant. Et licet dicat *d. l. naturali, hoc tit.* naturali filio, cui nihil relictum eſt, fruſtra tutor datur a patre, non ideo ſequitur, quin poſſit confirmari, vel adhibita inquiſitione, ſicut in *l. qui tutelam, §. ult. de teſt. tut.* Juriſconſultus ait, *impuberi liberto patronus tutorem fruſtra dat*, & ſubjicitur tamen, *ſed ex voluntate patroni confirmabitur, ſi fides inquiſitionis congruat* judicio teſtatoris: debent congruere judicium defuncti, & fides inquiſitionis. Hæc differentia eſt valde notanda inter tutorem datum a patre, & datum a ma-
C tre & ceteris exteris. Ad hæc notandum, confirmatum tutorem, qui teſtamento jure datus non eſt, non ſatiſdare rem pupilli ſalvam fore: hoc eſt indiſtincte verum, ſive datus ſit a patre, ſive ab aliis perſonis. Primum datus a patre non jure, & confirmatus, non ſatiſdat, quia ut ait *l.3. hoc tit.* perinde eſt atque ſi ex teſtamento tutor eſſet. Quid? ergo tutor confirmatus, qui datus eſt teſtamento non jure, non eſt tutor ex teſtamento, ſed ex decreto Prætoris vel Præſidis? Sic eſt: non eſt tutor teſtamentarius, ſed dativus. Confirmare tutorem, eſt dare, *l. jure 26. §. ult. & l. ſeq. de teſt. tut.* ſed perinde eſt, ac ſi ex ipſo teſtamento tutor eſſet: Ergo remittenda eſt ei ſatiſdatio. Nam tutor datus teſtamento, & qui pro eo habetur, non ſatiſdat, quia fides ejus & diligentia ſatis intelligitur approbata a teſtatore; nec ſunt onerandi ſatiſdatione, qui
D habent certiſſimum judicium defuncti. Datus autem tutor non jure a matre vel extraneo, & confirmatus, non ſatiſdat etiam rem pupilli ſalvam fore, *l.2. hoc tit.* Cur non eadem ratione, qua uſi ſumus in patre? ſed hac, quia ex inquiſitione confirmatus eſt, & via & fides inquiſitionis pro vinculo ſatiſdationis cedit, *l. 13. de tut. & cur. dat. Inſt. de ſatiſd. tut.* initio tit. *Satiſdant*, inquit, *dativi, qui ſcilicet, dati ſunt a magiſtratu ſine inquiſitione. Ceterum dati ex inquiſitione non ſatiſdant, quia idonei electi ſunt*: ſed ex hac l. *& pronuntiati ſunt idonei*, id eſt, videri eſſe locupletes & bene moratos, & bonos patresfam. Atque ita demonſtramus, tutores confirmatos indiſtincte non ſatiſdare rem pupilli ſalvam fore, quia ſcilicet confirmantur vel ex inquiſitione, vel quia perinde ſint, atque ſi tutores eſſent ex teſtamento, quales dicuntur eſſe a patre dati tantum, non
E a matre, vel aliis perſonis. Sit igitur hæc ſententia ſtata & fixa, confirmatos tutores non ſatiſdare. Obſtat tamen huic ſententiæ vehementiſſime hæc l. 5. Species eſt: Patruus filio fratris impuberi teſtamento tutorem dedit, ergo non jure, quia pupillum non habet in poteſtate. Prætor juſſit eum tutorem a magiſtratu municipali confirmari, quod eſt dari, ut ante dictum eſt: magiſtratus municipalis habetne jus dandi tutoris? habet, non minus quam magiſtratus urbanus, vel provincialis, *l. 3. de tut. & cur. dat.* jus datum eſt: lege igitur aliqua vel conſtitutione, ſed plerumque magiſtratus municipales non dant tutores niſi juſſu Præſidis, aut Prætoris præcepto, quod præceptum non eſt mandatum: Nam tutoris datio non poteſt mandari, vel delegari alteri, quia ea tantum poſſunt mandari, quæ ſunt juriſdictionis, datio tu-

toris

toris non eſt juriſdictionis, ſed juris, *l. nec mandante, in princ. de tut. & cur.* Ergo dum jubet præſes magiſtratum municipalem tutorem dare, non hoc ei munus mandat, quod habet ipſe ſine mandato, quia datum eſt ei jus dandi tutoris, *l.3. §. 2. §. & ſi quem, ad Tertyl.* Juſſum illud eſt admonitio tantum, ut loquitur recte *l. 1. §. magiſt. de mag. conven.* Huc pertinet etiam *l. Lucius, §. cum teſtam. de adm. tut. l. 3. & 4. de cur. fur. §. ſed hoc jure, Inſt. de Attil. tut.* Reſumamus ſpeciem. Finge: Tutorem datum a patruo prætor juſſit magiſtratum confirmare, magiſtratum intellige municipalem: (ut plurimum in jure cum loquimur de magiſtratu, municipalem intelligimus, in *tit. de magiſtr. conven.* magiſtratus, id eſt, municipalis) magiſtratus confirmavit: ab eo ſatiſdationem rem pupilli ſalvam fore non exegit: & tempore finitæ tutelæ tutor non eſt ſolvendo, quid fiet? pupillus actione utili aget in magiſtratum, qui confirmavit tutorem ſine ſatiſdatione, & datur actio ex Senatuſc. utilis in factum; & eſt ſubſidiaria, quia datur in magiſtratum municipalem in id tantum, quod a tutore ſervari non poteſt, ex tit. *de magiſt. conven. inf.* Ergo negligentiam magiſtratus municipalis non excuſat voluntas patrui, non judicium teſtatoris, nec enim debuit confirmare eum tutorem ſine ſatiſdatione. Hic ſe torquet Accurſ. cujus magna gloſſa circumſcribenda eſt, hac enim in re nihil evidentius eſt, quam quod magiſtratus municipalis ſeparandus eſt a magiſtratibus urbanis, aut provincialibus, quorum amplior eſt poteſtas, quorum majus eſt imperium: Nam magiſtratus municipales non confirmant tutorem ex inquiſitione ſola, ſed exigunt ſatiſdationem, aut hoc poteſt eis culpæ imputari & verti, ſi tempore finitæ tutelæ, tutor inopia laboret, nec poſſit reſtituere tutelam. Alii autem magiſtratus urbani, vel provinciales non exigunt ſatiſdationem, ſed dant ex inquiſitione: iſta inquiſitione non utuntur magiſtratus municipales, ſed ſatiſdatione. Ergo exigere debent ſatiſdationem. In aliis inquiſitio pro ſatiſdatione eſt, ergo & ſupervacua ſatiſdatio eſt. Igitur in hac ſpecie dicitur, *denique Prætor non ante decretum, &c.* Dixit magiſtratus municip. debuiſſe ſatis exigere: ſi id debuit facere, ergo & Prætor non debuit etiam dare ſine inquiſitione. Tutor datur decreto pro tribunali, non de plano, non per libellum. Et ideo ait, *Prætor non ante decretum interponere, quam per inquiſit. idoneis pronuntiatis*, ſecundum fidem inquiſitionis, hoc in prætore: in duumviro ita dicamus, *in magiſtratu municip. duumvir non poteſt decretum interponere, niſi exacta ſatiſdatione*, nec idem ordo ſervatur ab hoc & ab illo in confirmando tutore. Ideoque ſubjicit, *ſi tempore tutelæ*, id eſt, finitæ tutelæ, vel aliter, id eſt, tempore, quo pupillus fit ſuæ tutelæ, ſuæ ætatis, ſolvendo non ſit tutor, magiſtratus municipalis tenebitur actione ſubſidiaria, ſi non exegerit ſatiſdationem. Et hoc eſt quod ait Papinianus in hac l. 5. Huc pertinet etiam ad hoc propoſitum *l. 1. §. ſed etſi ſatis, de mag. conven.*

Ad L. XIII. de Tut. & curat. datis.

Si impuberi libertas & hereditas per fideicommiſſum data ſit, & inſtitutus adire nolit, Senatus cenſuit, eum ſi impuberis nomine deſideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo, pupillæ tutor ab eo, cui jus dandi erit, detur qui tutelam retineat, quoad reſtituatur hereditas, & rem ſalvam fore ab herede caveatur. Poſtea Divus Hadrianus ut idem in eo ſervetur, cui directa libertas data fuerit, reſcripſit.

§. 1. Quamvis autem a patrono, rem ſalvam pupillo fore, non facile cautio exigatur: tamen Senatus pro extraneo haberi voluit eum, qui quod in ipſo fuit etiam libertate privavit impuberem, & jus quidem liberti, quod habet, quia ex cauſa fideicommiſſi manumittit, non eſt ei ablatum. Tutela vero ſine vinculo cautionis non committitur: quid ergo ſi non caveat? non dubie tutela non erit apud patronum.

§. 2. Sed ſi puella duodecimum annum impleverit, tutor deſinit eſſe: quoniam tamen minoribus annorum deſiderantibus curatores dari ſolent, ſi curator patronus petatur, fides inquiſitionis pro vinculo cedet cautionis.

A Eſt verum quod Bartolus in hanc l. ſcribit, eſſe elegantiſſimam, & auream, quod neſcio quo ſpiritu ſcripſerit, cum non bene tenuerit ſententiam legis. Ponitur hæc ſpecies, heredem inſtitutum & rogatum ſervum manumittere, eique hereditatem reſtituere: quo caſu Papin. ait, ſenatum cenſere, heredem eſſe cogendum adire hereditatem, ſi hoc deſideretur nomine ſervi impuberis, cui hereditatem reſtituere rogatus eſt, ut tamen impuberi cujuſcunque ſexus ſit, tutor detur ad tempus, qui ſcilicet retineat tutelam, quoad pupillo heres reſtituerit hereditatem, atque etiam ei pupillo caverit heres, vel ſatiſdederit rem ſalvam fore. Verbis Pap. ut ſe habent, prima fronte videtur in ſpecie legis propoſitæ ſervo tutor dari; ſervo inquam, impuberi, cui relicta eſt libertas, & hereditas per fideicom. & ita exiſtimat Accurſ. in tit. *Inſt. de teſt. tut.* In B verbis hujus legis ſervo tutorem dari exiſtimant & alii, quod eſt contra definitionem tutelæ. Tutela eſt vis ac poteſtas in capite libero, id eſt, in caput liberum. Caput liberum dicit eum, qui eſt ſui juris, qui neque eſt in poteſtate parentis, neque in poteſtate domini: nam ſervo vel filiof. tutor non datur. Imo vero tutela finitur, ſi pupillus fiat ſervus, vel ſi forte fiat filiusf. per arrogationem, *l. ſi arrogati, ſuper. de tut.* ergo ſoli patriſam. impuberi, ſolive matriſam. impuberi tutor datur. Eſt caſus in quo filiusfa. tutorem habet in *l. ult. §. minores, C. de ſent. paſſis*: poſſit etiam aliquis eſſe caſus, quo ſervo detur tutor, inquies: quod ego non concedam: nam & in illo caſu *d. l. ult.* filiofam. tutor non datur, ſed tutor datus patriſam. poſt reverſo eo in poteſtatem patris tutor manet propter diſſolutos mores, & nequitiam, luxuriam patris. Et talis eſt caſus. Depor- C tatione patris ſolvitur patria poteſtas, & filius fit ſui juris, & quamdiu pater eſt in exilio, ſibi acquirit, & teſtamentum facit tanquam paterſam. quod ſi poſtea pater reſtituatur in civitatem indulgentia Principis, an teſtamentum, quod interim fecit filius irritum ſit, an quod interim acquiſivit pertinet ad patrem reſtitutum in integrum, reſtitutum patriæ? Minime: atque ita in illo caſu filiusfam. habet teſtamentum, habet bona propria pagana: nam caſtrenſia proculdubio poteſt habere. Finge: filius deportati erat pupillus: ideoque interim datus eſt illi tutor, reſtituto patre an tutor eſſe deſinit? ſic videtur, quia æquius eſt, patrem adminiſtrare bona filii, quæ interim acquiſivit, quam extraneum. Sed hoc ita procedit, ſi pater ſit homo frugi: nam ſi ſit nequam pater, ſi prodigus, ſi luxurioſus, tutor idem manebit, qui fuit ante, atque ita filiusf. ha- D bebit tutorem. Nam ſane reſtituto patre revertitur in poteſtatem patris. Fateor, illo caſu filiusf. habet tutorem, ſed non datur filiof. verum tantum retinetur. Et ſimiliter non datur ſervo tutor in *l. 17. h. t.* ei, qui de ſtatu ſuo litigat, id eſt, qui petitur in ſervitutem ex libertate, ſi detur tutor, ita demum datio valet, ſi liber ſit, quod eventus litis declarabit. Denique eventus ejus cognitionis declarabit, jure datus ſit is tutor nec ne; interim erit in poſſeſſione libertatis, & tutor quaſi datus libero approbabitur. & admittetur. Et in ſpecie igitur hujus l. cum lex non dicat palam ſervo tutorem dari, in ea, inquam, ſpecie ponenda, obſervare debemus, ut ita ponatur, ne illud quod perquam abſurdum & legibus contrarium efficiat, ſervo tutorem dari. Et ita veriſſime ponatur ſpecies. Quidam heredem inſtituit, eumque rogavit verbis fideicom. ut ſervum here- E ditarium impuberem manumitteret, eique hereditatem reſtitueret, atque ita ab herede inſtituto teſtator ſervo proprio impuberi reliquit & libertatem fideicom. & hereditatem fideicom. heres inſtitutus recuſat adire hereditatem, dicens eam eſſe ſuſpectam & damnoſam: ſi non adeat, intercidet utriuſque fideicomm. hereditatis & libertatis: nam deſtitutum teſtamentum, pro non facto habetur. Deſtituitur, ſi heres non adeat. Quid igitur fiet, ne intercidat libertas & hereditas fideicommiſſaria? Senatus, inquit, cenſuit heredem compellendum adire hereditatem ſi hoc deſideretur, nomine impuberis. Caput hoc unum eſt Senatuſconſ. Pegaſiani, cujus fuerunt & alia multa capita, *l. cogi, l. ex facto, ad Trebell.* & in multis locis eodem titulo. Ergo Senatuſc. Pegaſiano cavetur, ut etiam hoc ca-

ſu, ſi hoc deſideretur nomine impuberis, compellatur heres adire. Impubes quidem hoc non poſtulabit, quia ætas non fert, ut poſtulet quicquam per ſe, ſed quilibet alius pro eo poſtulabit. Ætas ne poſtulet, impedit: conditio ſervilis ſola ne hoc poſtulet, non impedit; quia etſi regulariter ſervus non poſſit conſiſtere in jure vel in judicio, tamen libertatis cauſa etiam per ſe aditum ad prætorem habet, *l. vix, de judic. l. mulier, §. non eſt, ad Treb. l. de libertate, de fideic. libert. l. Titius, de act. empt.* Ergo quolibet poſtulante nomine pupilli, aut pupillæ, heres ſcriptus cogitur hereditatem adire, quam ſuſpectam dicit, non ſuo, ſed pupilli periculo, qui eum cogit ex Pegaſiano. Cogitur pupillum pupillamve manumittere ex cauſa fideicomm. manumiſſione heres fit patronus pupilli, ergo tutor legitimus: nam patronus liberti impuberis eſt tutor legitimus. Denique heres idem manumiſſor pupilli, pupillæve eſt tutor legitimus, quaſi patronus: ſed non poteſt auctor eſſe in ea re, quæ inter eum vertitur & pupillum, puta de hereditate reſtituenda. Ac præterea non poteſt tutelam gerere, antequam ſatiſdet rem pupilli ſalvam fore: teſtamentarii tutores, & ex inquiſitione dati non ſatisdant, at legitimi ſatisdant, aut ſane tutela non erit apud eos: quia igitur manumiſſor, licet manumiſſione fiat tutor legitimus pupilli pupillæve, non poteſt tamen in cauſa reſtituendæ hereditatis auctoritatem ſuam pupillo interponere, & quia non poteſt tutelam adminiſtrare, niſi ſatiſdet; igitur interim dabitur tutor ſpecialis manumiſſo, datur tutor non ſervo ſed manumiſſo, *ut in l. apud, §. ult. ad Trebell.* tutor temporarius, quo auctore pupillo heres reſtituet hereditatem. Nam ſolvi quidem poteſt pecunia pupillo a debitore ſine tutoris auctoritate, ſed hereditas ex fideicom. reſtitui pupillo non poteſt ſine tutoris auctoritate, quia reſtitutio hereditatis fideicom. non tantum eſt ſolutio, ſed etiam ſucceſſio, cum fideicom. cui reſtituta eſt hereditas, loco heredis habeatur, & ſuſtineat onera hereditaria ex Senat. Treb. *l. reſtitut. §. ult. & l. ſeq. ad Treb. l. obligari, §. pupillus, de auct. tut.* Ergo manumiſſo pupillo interim dabitur tutor ſpecialis, quo auctore heres reſtituat pupillo hereditatem, & tutor manebit quoad heres reſtituerit, & quoad heres pupillo ſatisdederit rem ſalvam fore. Iis peractis heres ſuſcipiet tutelam, quaſi patronus, quaſi legitimus tutor, & ille deſinet eſſe tutor, qui datus eſt ad tempus tantum, & in ſpeciem unam. Et hoc eſt quod ait *in prin. h. l.* Subjicit ex Conſtit. Adriani, *idem ſervari in eo ſervo hereditario impubere vel ancilla hereditaria, cui directa relicta eſt libertas & hereditas per fideicom.* Senatus loquitur de eo, cui libertas relicta eſt per fideicom. ſed Divus Adrianus ait *idem eſſe, ſi libertas relicta ſit per fideicom. aut directo.* Et hoc eſt, quod ſequitur, *poſtea D. Adrianus &c.* non tamen idem omnino ſervatur in eo, cui utrumque datum eſt per fideicom. Quod quemadmodum intelligendum ſit, videamus, nec enim idem ſervatur in illo, quod cenſetur in eo, cui data eſt libertas per fideicom. nam idem, quod ibi ſervatur, ſi impuberis nomine deſideretur, ut heres cogatur adire, idem ſervatur, ut pupillo detur tutor libero facto, jam ſtatim poſt aditionem jure directo ſine facto heredis. Sed hic tutor, an erit ſpecialis, an erit temporarius? imo erit generalis & perpetuus, quia pupillus non eſt libertus heredis, nec enim heres eum manumiſit, ſed eſt libertus orcinus, vel libertus familiæ, *l. 48. de manum. teſt. l. 3. §. plane, de leg. tut.* non eſt libertus heredis: ergo heres non eſt ejus tutor legitimus, & qui datus eſt, tutor manet, non exiſtente legitimo, qui ei præferatur. Obſervandum eſt, quod poſuimus ſpeciem in eo cui eſt relicta libertas & hereditas, utrumque per fideicommiſſ. ab eodem herede ſcilicet, nempe rogato uno eodemque herede eum manumittere, & ei reſtituere hereditatem, quem heredem dicimus compelli adire hereditatem. Hoc verum eſt, etiamſi ab eodem herede libertas per fideicommiſſum ſit relicta pure, hereditas autem ſub conditione: nam & pendente conditione cogitur adire. *l. ſi cui pure, in pr. ad Trebell.* Aditione facta cogetur heres manumittere, quia pure libertas data eſt, cogetur & interim reſtituere, qui invitus adivit, non ſuo periculo, ſed alieno. Sed aliud erit e contrario, ſi hereditas pure per fi-

A deicommiſſum, libertas ſub conditione relicta ſit: nam heres non cogetur adire, antequam extiterit conditio, quia nondum libero non poteſt reſtitui hereditas, & ſecundum voluntatem defuncti, non cogetur heres eum manumittere prius, quam conditio exiſtat, *d. l. ſi cum pure, §. ult.* Eadem ratione, ſi ab uno herede relicta ſit libertas, ab altero hereditas per fideicommiſſum ſub conditione, is, a quo relicta eſt hereditas, non ante cogitur eam adire ex Senatuſconſ. Pegaſiano, hodie Trebell. quam ſervo libertas contigerit, quam ſervus manumiſſus ſit, quia nondum libero non poteſt deberi hereditas, deberi fideicommiſſum, quum ſcilicet ſervus fuit proprius teſtatoris, *l. ſi res aliena, §. ſervus, ad Trebell.* Poſtremo ex his, quæ diximus, obſervandum eſt, legitimum tutorem ſatiſdare rem pupillarem ſalvam fore, aut non attingere eam tutelam, non pervenire ad legitimam tutelam ſine ſatiſdatione. B Legitimi tutores ii ſunt, qui ſatiſdant: nam teſtamentarii, & qui dantur ex inquiſitione, non ſatiſdant: dati ſine inquiſitione, ſatiſdant, ut dati a duumviris. Sed videtur ſatiſdatio remitti quibuſdam. Plerumque legitimi ſatiſdant: quæro, an omnes legitimi, quia videntur quidam excipiendi? Sane a patrono non eſt exigenda temere ſatiſdatio, ſed cauſa cognita, *l. legitimos, de legit. tut.* In hac ſpecie tutor legitimus eſt patronus, ergo non eſt onerandus ſatiſdatione, id eſt, non temere: quod tamen lex non vult ut attingat tutelam, antequam caverit, & ut ſatiſdet, non eſt abſque ratione, quoniam hic heres, idemque manumiſſor & patronus, quantum in ipſo fuit pupillum relicta fideicommiſſaria libertate privavit: nec enim ultro eum manumiſit, ſed coactus a prætore, & ob id oneratur ſatiſdatione, C nec tutela ad eum pertinet, antequam ſatiſdet: jus tutoris, item jus patronatus non amittit, imo nullum jus patroni amittit, licet coactus manumiſerit, ſed oneratur tamen ſatiſdatione. Et alia eſt ratio ejus, qui fit liber ex Senatuſconſ. Junciano, quod factum eſt Æmilio Junco & Julio Severo COSS. *l. ſi cum ſervum 28. §. ſi quis, de fideicom. libert.* Senatuſconſ. locus in hac ſpecie: rogatus eſt heres ſervum ſuum manumittere, ſed ſi latitet, ne ſervum manumittat & tergiverſetur, tergiverſator eſt debitor, qui latitat, & tergiverſatur, *l. 1. §. ult. de leg. tut.* quid fiet? ipſo jure fiet liber ex Senatuſc. Junciano, & heres amittet jus patroni: non immerito, quia non ipſe manumiſit, ſed Senat. perduxit ſervum ad libertatem: vulgo in *d. §. ſi quis*, legebatur, *Factum Senatuſc. Æmilio Vinco & Julio Secundo Coſſ.* Sed legendum eſt, D *Junco*, ut recte Florent. & ita Satyr. 15. apud Juven.

---*Sed conſule Junco, Geſta.*

Alia eſt ratio ejus, qui fit liber ex Senatuſconſ. Rubriano, *l. quum vero 26. §. ſubventum, de fideic. liber.* Heres rogatus eſt manumittere: evocatus eſt a prætore, nec venit, nec obtemperat edicto prætoris: ex eo Senatuſc. prætor pronuntiat eum eſſe liberum, perinde atque ſi directa libertas relicta eſſet, ei data eſſet? heres amittit jus patronatus, ergo non manumiſit. At in ſpecie propoſita heres licet coactus, manumiſit, & ideo conſervatur ei jus ſuum, retinet jus omne ſuum, conſervatur ei jus patronatus: quod omne demonſtrant initio illa verba: *quia ex cauſa fideicommiſſi manumiſit.* Quod eſt in extremo, facillimum eſt: loquitur de pupilla, de puella, id eſt, pupilla, ſed idem obtinet in pupillo, ut initio legis dixi, *ut tamen pupillo pupillæve.* E In hac ſpecie heres, idemque patronus tutor eſt legitimus, ſed tutor eſſe deſinit pubertate, ſi pupilla 12. annum impleverit: puer 14. Poſt pubertatem datur curator, ſed hoc intereſt inter curatorem & tutorem, quod hic detur invito, cum pupillus nihil velle aut nolle intelligatur, ille non datur invito, *l. 3. §. puberi, de tut.* Finge: impuberis tutor fuit patronus. Idem datus curator eidem facto puberi fuit eo deſiderante: ut patronus fuit tutor, legitimus: ſi curator erit, erit curator dativus, nam curatores puberum nulli ſunt legitimi, niſi ſint furioſi aut prodigi. Denique curator erit dativus, qui tutor fuit legitimus, ergo curator dabitur ex inquiſitione: proinde non ſatiſdabit rem puberis *ſalvam fore*: ſic fit, ut qui ſatiſdederit, quaſi tutor; quod ſit legitimus, non ſatiſdet

quaſi

quasi curator, quod sit datus ex inquisitione, & ubique in jure inquisitio pro satisdatione est. Observandum etiam in fine *l.* 3. quod supra omiseram, patronum libertæ tutorem esse desinere, si liberta pubuerit, hoc est, si 12. annum impleverit. De liberta loquor, non de liberto: de pupilla, non de pupillo, quando certissimum erat pupillum pubertate liberari tutela. Feminæ olim erant in perpetua tutela, nec pubertate finiebatur tutela, sed liberabantur tantum libertæ tutela patronorum jure quatuor liberorum ex l. Papia, ut Ulpian. scribit *in Fragm. tit. ult.* quæ non habebant jus quatuor liberorum erant sub tutoribus, nec poterant facere testamentum sine auctoritate tutorum, nec dotem dicere nupturæ, nec civile negotium contrahere, nec lege agere, nec se obligare, nec mancipia alienare sine auctoritate tutoris, & hoc ex l. Papia: ex constit. etiam receptum, ut liberta liberetur tutela patroni, & generaliter, ut pupilla liberetur tutela, quum cœpit esse pubes, ut mas, ut in tit. *Inst. quib. mod. tut. fin.* Pupilli pupillæve liberantur tutela pubertate, adjecit, *pupillæve*, ut notet juris antiqui abrogationem: qua de causa etiam Papinianus in *d. l.* 3. maluit in puella exprimere, quod in mare erat indubitatum.

Ad L. XXXVII. de Administr. tutor.

Tutorem, qui tutelam gerit, Sabinus & Cassius prout gerit in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis obligari, putaverunt.

§. 1. Secundum quam sententiam servus institor dominicæ mercis, vel præpositus debitis exigendis; si liber factus in eodem actu perseveret, quamvis tempore servitutis obligari non potuerit præteriti temporis nomine, actione negotiorum gestorum non inutiliter convenietur, earum scilicet rerum, quæ connexam rationem cum his, quæ postea gesta sunt, habuerunt. Sic enim & tutelæ judicium earum quoque rerum causa tenere placuit, quæ post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohæreat, neque divisus propriam rationem habeat.

§. 2. Inde descendit quæstio, quæ vulgo circa filiumfam. tractata est, qui tutor testamento datus post tutelam gestam emancipatus in eodem officio perseveravit. Et secundum Sabini & Cassii sententiam, eveniet, ut de eo quidem, quod post emancipationem gestum est, in solidum conveniri possit, de præterito autem, sive peculium non sit ademptum, sive sit ademptum, in id, quod facere possit: quod si superioris temporis nomine patrem de peculio pupillus conveniri maluerit, (annus enim utilis, ex quo tutela agi posse cœpit, computabitur) ne capiatur pater inducta totius temporis causa, tempus quo filiusfam. tutelam gessit, comprehendendum erit.

PRoponitur initio generalis quædam sententia Sabinianorum: ad quam cetera omnia, quæ subiicit Papinianus referuntur. Sententia hæc est: tutorem, qui tutelam gerit (quod dicitur ad differentiam tutoris honorarii) prout gerit in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis obligari posse. *Per tempora*, id est, habita differentia & distinctione temporum, quibus gerit: *& tempora*, dicit, non singula momenta, sed quæ longius spatium habent. Idem vero dici potest de fure: imo de imagine furis, quod Sabiniani definiunt in tutore, quod evidens etiam fieri potest. Fur prout contestat rem furtivam per tempora obligatur, prout contrectat. Igitur sæpius contrectando furtum etiam facit sæpe, qua tamen re non ideo magis nascitur actio furti vel crescit, *l. 6. & 9. de furt.* Et per tempora obligatur, hoc est, habita ratione & distinctione temporum, ut mulier aut vir ob res subreptas in matrimonio divortii causa, non tenetur furti, sed si res contrectet post divortium, easdem res contrectando post dissolutum matrimonium tenetur furti & condictione furtiva, *l.* 3. *rer. amot.* atque ita distinguuntur tempora, quia contrectans in matrimonio non tenetur: contrectans post divortium tenetur: & ita servus ob res subreptas domino in servitute, non tenetur furti, sed si eas contrectet post libertatem tenetur, *l.* 1. *de noxal. act.* Ac similiter tu-

A tor prout gerit tutelam, per tempora obligatur, non quod ideo magis nascatur obligatio vel actio tutelæ, sed distinctio fit & separatio temporis, quo gessit & administravit, quod quatuor exemplis planum faciam. Primum est tale: tempus pupillaris ætatis separatur a pubertatis tempore: quomodo? nam quod tutor gessit pupillaris ætatis tempore, hoc est, quamdiu pupillus fuit, & ejus tutelam administravit, de eo tenetur actione tutelæ: quod gessit post pubertatem, de eo tenetur actione negotiorum gestorum, non tutelæ: nisi uno casu, si id, quod gessit post pubertatem connexum sit iis, quæ gessit antea, ut inquit textus eleganter. Si quod gessit, sit posterior actus, hoc est, administratio post pubertatem priori cohæreat, nec divisus propriam rationem habeat. *Connexum* est, cujus ratio a tutelæ ratione, a tutelæ administratione separari B non potest, vel id sine quo tutelæ administratio expediri non potest, *l.12. de neg. gest. l. 13. de tut. & rat. dist.* Et nihil refert, geratur ante vel post tutelam, *l. quid ergo, §. pen. de cont. act. tut.* & inter cetera connexum dicitur officio tutelæ, ut tutor pupillam suam puberem factam statim admoneat, ut sibi curatorem petat, *l.5. §. si tut. hoc tit.* Ita etiam de nexis tutelæ constituendum est. Nexa tutelæ veniunt in actionem tutelæ, licet gesta postea non sint in tutela, sed ante, vel post tutelam, quod confirmat etiam *d. l. 13. cum seq. de tut. & rat. dist. l.11. C. arb. tut.* neque vero hoc est sine effectu magno, ut nexa veniant in actionem tutelæ: nam actio tutelæ est privilegiaria & fidejussores tenentur, si cautum sit rem pupilli salvam fore, *l. quotiens §. 1. & 2. hoc tit.* quod non fit in actione negotiorum gestorum: neque enim C est privilegiaria, nec fidejussores interveniunt. Et similis distinctio fit temporum in servo institore, vel dispensatore, hoc est, præposito calendario, pecuniis fœnerandis, & exigendis rationibus calendarii, & veluti institor, *l. 5. §. 1. l. in eum, §. ult. de inst. act.* Quæ, *inquam*, distinctio temporum servatur in tutore qui bona pupilli gessit, eadem in servo vel dispensatore, & in actore: Nam de eo, quod gessit post manumissionem tenetur actione negotiorum gestorum; de eo, quod gessit in servitute ante manumissionem, dum gerebat actum domini, dum erat præpositus merci dominicæ exigendæ aut fœnerandæ pecuniæ, de eo non datur in eum ulla actio, non tenetur ulla actione, quia nec ulla fuit in eum actio ab initio; ne post manumissionem quidem servus stat in judicio: nam naturalis obligatio quam servus suscipit, nullam D parit actionem, sed addenda est exceptio ut in tutore, nisi id, quod in servitute gessit, connexam rationem habeat, connexum sit cum eo, quod post manumissionem gessit: nam hoc casu reddet rationem connexi, *l.17. eum actum, de negot. gest.* quæ lex ex eodem Ulpiani libro conjungenda est cum *d. l. 13. de tut. cum l.17. de adm. & per.* Hæc est de tutore, illa de servo actore, comparavit alterum alteri Ulpianus. Et hæc ita se habent ex Sabinianorum sententia, subindicans, non eandem fuisse rationem & sententiam Proculianorum: nam hi per tempora non dividebant obligationis causam, sed dicebant manumissum teneri ex antegesto, etiamsi ei connexum non fuisset post gestum, si modo in eodem actu perseverasset post libertatem. Nam perseverans in eodem actu, debuit a semetipso exigere & sibi solvere, quod reliquatus est in servitute: E Cur tenetur, inquiunt Proculiani ex antegesto? quia post agendo debuit a se exigere reliqua actus gesti in servitute: & si non exegerit, tenetur culpæ nomine actione negotiorum gestorum, quasi non præstita bona fide, quæ excludit non tantum dolum, sed culpam, *l. 18. & 19. in pr. de neg. gest.* ut plane videtur lex 17. *esse secundum Sabin.* lex 18. & 19. secundum Proculianos: l. 18. & l. *Proculus* contrariæ sunt. Imo ita est omnino, nec in eo hæsitandum est, quod tamen Accursius facit in *d. l.* 18. & exemplo servi non dubitandum, quin Proculiani idem statuant in tutore, qui post pubertatem pupilli sui in administratione perseverasset. Nam & hunc dicebant a semetipso perseverante in administratione rationem exigere debuisse de eo, quod administrasset & reliquasset in tute-

la. Et videtur etiam sententia Proculian. habuisse æquitatem, nec probatur tamen, nisi in his tantum, quæ apud eum servum postea manumissum apparuit esse reliqua post manumissionem: nam eorum nomine, quæ reliqua restabunt ex antegestis tenebitur proculdubio actione negotiorum gestorum. Et ita etiam Scævola in *d.l.* 19. §. 1. interpretatur, quod dicebat Sabinus, servum actorem & postea manumissum a capite rationem reddere debere: quod Scævola ita ait accipiendum esse, ut reliqua, quæ apparuerint fuisse tempore libertatis, ea reddat, eorum rationem reddat, & ita rationem reddat *ἀπ' ἀρχῆς τῆς διοικήσεως*, videlicet si reliqua quædam supersit tempore manumissionis, non etiam ut revocetur in obligationem dolus vel culpa admissa in servitute, quod non præstiterit bonam fidem in exigendis reliquis a semetipso: quæ omnia erant satis difficilia explicatu: quæ sequuntur, erunt leviora & apertiora. Restant tria exempla, quæ demonstrant obligationem tutoris, qui tutelam gessit, dividi per tempora: hoc demonstravimus uno exemplo, demonstrabitur adhuc tribus. Unum est in *l. divi, h.t. l.2.C. in quib. caus. tut. hab.* Si sint plures tutores, qui gesserunt tutelam, regulariter tenentur pro rata administrationis, & nonnunquam singuli in solidum in id, quod collegæ gesserunt ex constitutionibus quæ sunt ea de causa: tenentur, inquam, vel pro rata administrationis, vel in solidum, ratione scilicet temporis, quo tutores fuerunt, quo pupillus fuit impubes: nam post pubertatem generaliter, si perseveraverint in administratione, tenentur tantum pro rata administrationis. Tertium exemplum est hujusmodi. Si filiusfam tutelam gessit, & emancipetur nondum tutela finita, de eo, quod gessit ante emancipationem, plerumque tenetur in id tantum, quod facere potest ex edicto prætoris, *l. 2. C. quod cum eo*, ne novus paterfamil. vexetur vel opprimatur, vel oneretur solidi præstatione, sed non tenetur, nisi causa cognita a prætore. De eo igitur, quod gessit ante emancipationem, tenetur in solidum, sive in id, quod facere potest causa cognita. Et eleganter dicit Papinianus, sive ademptum ei sit peculium, sive concessum in emancipatione. Quod si concessum peculium locupletissimum & amplissimum ei sit, non æquum videtur, ut exoneretur solidi præstatione, quem pater locupletavit concessione amplissimi peculii. De eo autem, quod gessit filiusf. post emancipationem, omnino tenetur in solidum, *l.11. de tut. & rat. distr.* Et ita per tempora filiusfam. tutor obligatur, modo in solidum, modo in id, quod facere potest, in quantum facere potest. Quartum exemplum est, quo demonstratur, dividi obligationem per tempora. Filiusfam. tutor emancipatur: pater ejus de eo, quod filiusfamilias gessit ante emancipationem tenetur de peculio intra annum, quia extinguitur peculium, quod computatur, non ex die emancipationis, sed ex die finitæ tutelæ, quo agi potest tutelæ: nam tutelæ non agitur ante finitam tutelam. Quid est tutelæ actio? quid est tutelæ agere? postulare rationem tutelæ reddi. Et ideo dicitur annus utilis, qui ab eo computabitur die, quo agi potest de peculio, & computantur tantum illi dies in annum, quibus agi potest de peculio, non dies continui, qui annum efficiunt. De eo autem quod filiusfamilias gessit post emancipationem nullo modo tenetur pater, *l.11. l. si filiusfam.6. de tut. & ration. distrah.* Et ideo hoc exemplo demonstratur distingui tempora. Interpunctio in fine *l.* emendanda, id est, apponenda virgula, non comma, *ne capiatur pater ind. tot. temporis causa, tempus, quo filiusfam.* (subintellige, *non emancipatus*) *Annus enim, &c.* per parenthesin legenda sunt.

Ad L. XXIV. de Excusat. tut.

Nequaquam credendum est ei privilegium excusationis ablatum, cui fideicommissaria libertas soluta est: nam in toto fere jure manumissor ejusmodi, nihil juris ut patronus adversus liberti personam consequitur, excepto quod in jus vocare patronum injussu prætoris non debet.

Illæ tres leges, quæ restant, sunt omnino singulares. Incipiamus a lege 24. Sciendum est, libertum, qui tutor vel curator datus fuit liberis patroni aut patronæ impuberibus, aut adolescentibus, cogi tutelam, aut curam suscipere omnimodo, nec ullum privilegium excusationis habere. Multæ sunt justæ causæ, quæ alios excusant a tutela & cura, nulla harum excusat libertum a tutela, vel cura filii sui patroni vel patronæ: non excusat onus seu numerus liberorum, non onus trium tutelarum, sed neque ulla alia causa, quæ alium excusaret. Et hoc est ex Senatusconsulto facto auctore D. Marco, *l. libertos, C. de excusat. tut.* Et hoc locum habet, etiamsi libertus jus aureorum annulorum impetraverit, id est, si in equestrem ordinem redactus fuerit, *l. 14. h. tit.* nam in aliis causis libertus, qui jus aureorum annulorum impetravit, habetur pro ingenuo, non pro libertino. In hac causa non habetur pro ingenuo, ut possit se excusare, quantumvis habeat justam causam. Verum Senatusc. non intelligitur de liberto quolibet, sed de eo, in quo manumissor plenum jus patronatus habet, & in quo liberi ejus plenum jus patronatus habituri sunt, *l. libertus, de tut. & curat. dat.* ut puta, si sponte & ultro eum manumiserit: hoc enim casu, si eum miserit manu nulla cogente necessitate, nanciscitur in plenum jus patronatus: nam si quasi debitor ex causa fideicom. eum manumiserit, si non donaverit, si non dederit ei libertatem, sed solvit, si debitam libertatem, non gratuitam præstiterit, fiet quidem is libertus, & ille patronus, sed non in plenum: namque omnia jura patronatus non habebit, omne jus in liberto non habebit, quale haberet in liberto sponte manumisso: hæc enim tantum habebit, ut ejus liberti, quem manumisit ex causa fideicom. ut ejus, inquam, sit tutor legitimus, si sit impubes, *l.13. de tut. & cur. dat.* & ut non possit ab eo in jus vocari sine venia prætoris, *l.9. de in jus voc.* & præterea, ut ad bona ejus venire possit quasi patronus, vel ab intestato, vel ad bonorum possessionem unde legitimi, vel si testamento ejus liberti præteritus sit, per bonorum possessionem contra tab. quod ostenditur in *l. qui ex causa 29. de bon. libert. l.3. §.1. de suis & leg. hered.* Tria habet quasi patronus, qui manumisit ex causa fideicommissi, quique invitus manumisit secundum voluntatem defuncti, qui non magnum beneficium dedit, qui potuit cogi dare. Cetera autem jura patronatus non habet: primum invito liberto non potest donum, munus, operas imponere, *comme aviord' huyles Seigneurs font à leurs subjects en quatre cas*, qualia onera hodie imponimus clientibus sive vasallis: ei quem manumisit sponte, potest libertatis causa donum, munus, operas imponere: ei, quem manumisit ex fideicom. non potest imponere: & si imposuit, non potest petere, *l.7. §. rescriptum, l. si quis hac lege, §.1. l. Campanus, de oper. libert. l. mater, C. eod.* nisi sc. sit filius defuncti, qui rogatus est manumittere, & pater voluerit eum plene jus patronatus habere, *d. l. qui ex causa*: nam hic poterit etiam operas imponere, quia & directo manumisso a patre inter vivos posset operas imponere quasi patroni filius, non directo manumisso testamento: nam hic patronum non habet: libertinus potius est, quam libertus, neque etiam proprie est libertus sine patrono. Et ita est accipienda lex *si filius, in pr. de fideic. liber.* Ergo proprie est libertus sine patrono, & filius defuncti rogatus servum hereditarium manumittere, poterit ei operas imponere, maxime si ita censeat patronus, si non refragetur voluntas patroni, & tamen si testator rogasset extraneum heredem, ut manumitteret, & palam dixisset se velle, ut uteretur is heres pleno jure patronatus, hoc jure non utetur, id est, non poterit donum, munus, operas imponere, quia non quæcunque scripta sunt in testamento valent, aut servanda sunt: non sane, nisi quatenus congruit legib. & constitutionib. nam non potest facere testator, ne leges & constitutiones in suo testam. locum habeant, & ita provisum est in hac specie *l. cerdonem, de oper. libert. l. videndum, de leg. 1.* Constitutiones vetant imponi operas manumisso per fideicom. nec igitur potest testator efficere, ne iis constitutionib. sit locus, quæ noluerunt onerari libertatem nisi

eam,

eam, quæ ultro & sponte præstaretur, & nulla necessitate cogente. Secundo, non potest desiderare patronus, si sit egenus, ut libertus eum alat, quod tamen solent patroni a libertis desiderare, quos sponte manumiserunt, sed ille non potest, *l.5. §. si quis a libert. de lib. agnosc.* Tertio, non potest eum ingrati accusare, *l.1.C.de libert. & eor.lib.* atque ita revocare, redigere in servitutem. Ingrati actio, hoc est, revocatio in servitutem, rescissio libertatis, datur tantum iis, qui sponte manumiserunt. Item si is, qui rogatus est manumittere, eum manumiserit suo testamento, & sibi heredem fecerit, non erit ei heres necessarius, *l. si servo, de hered. instit.* Servus domino est heres necessarius civili & prætorio jure, si eum sponte in testamento manumiserit, nulla cogente obligatione, non aliter. Item liberta, quæ manumissa est ex causa hujusmodi fideicom. si nupserit manumissori, potest ab eo divertere vel discedere, & alii nubere etiam invito eo, quod tamen non posset ex *l. Julia & Papia*, si sponte esset manumissa, quod ostenditur in *l.ult. de divort. l. proxime, de rit. nupt.* Et excipienda est hæc liberta, quæ est manumissa ex causa fideicom. a lege Julia & Papia. Denique lex Jul. & Pap. quæ vult, ne liberta divertat invito patrono, de eo accipitur, qui sponte manumisit nulla necessitate cogente. Hic enim est proprie aut vere patronus. In hunc congruunt omnia jura patronatus. Ac postremo, ut ostendit Pap. in hac l. 24. quod non est alias scriptum, libertus hujusmodi non cogitur suscipere filiorum patroni tutelam, si habeat legitimas excusationes: liberto quem dominus manumisit sua sponte, aufertur privilegium excusationis: huic, quem dominus quasi debitor manumisit, non sua benignitate, reservatur. Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco.

Ad L. ult. Si quis a parente manumissus.

Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coegit emancipare: quo postea defuncto pater, ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat. Sed consilio Neratii Prisci & Aristonis ei propter necessitatem solvendæ pietatis denegata est.

DIxi, patronum hujusmodi, qui manumisit ex causa fideicommissi habere possessionem contra tabul. si præteritus sit, si in testamento ejus liberti silentio omissus sit, & quod ait Papin. non tantum excipiendum est de patrono: nam hoc etiam obtinuit non tantum in filio defuncti, *l. 1. C. de bon. possess. contra tab. lib.* sed etiam in alio quolibet herede defuncti, *d. l. qui ex causa, l. 3. §.1. de suis & legit.* Sed forsitan hoc non ita procedit, ut possit petere bonorum possessionem contra tabulas & consequi legitimam debitam patronis, si coactus a prætore eum manumiserit, si in jus vocatus fuerit, ac tandem damnatus fuerit eum manumittere: nam eodem etiam libro Papin. scripsit in *l. ult. si quis a parente man.* patrem, qui coactus emancipavit filium, hoc est, vendidit, ac deinde redemit, & manumisit, non habere bonorum possessionem contra tabulas filii, si sit præteritus in testamento filii. Quid? cogiturne pater filium emancipare, non quidem regulariter, sed exstant casus quidam, quibus cogitur, maxime a principe, non a quolibet magistratu, ut si filius ab eo atrociter tractetur contra officium pietatis, si male afficiatur a patre, si pater nimium in eum sæviat, idque liqueat principi, coget princeps patrem eum emancipare, quia patria potestas consistit in pietate. Et cum auctoritate Adriani aliquando pater ob eam causam coactus fuisset emancipare & manumittere filium, deinde mortuo filio testato, & præterito patre, patri denegata est bonorum possessio contra tabulas, quæ tamen alias competit patri manumissori, ut patrono: ut filio sic patri competit querela inofficiosi. Igitur, si sit præteritus testamento filii, alias vel ut pater aget querela inofficiosi, vel alias poterit petere bonorum possessionem contra tabulas, ut patronus, si manumissor extiterit, *l. pater, de inoffic. testam. l.1. si quis a par. manumis.* huic tamen patri, qui coactus fuit manumittere, & emancipare filium, etiam præterito testamento filii, de-

A negata est bonorum possessio contra tabulas, *consilio*, inquit, *Neratii Prisci & Aristonis*. Ex quo loco patet & intelligitur, illos duos Trajano fuisse a consiliis, Neratium scilicet & Aristonem, & Trajanus etiam hunc Neratium destinarat successorem imperii. Cur denegata est bonorum possessio? *propter necessitatem*, inquit, *solvendæ pietatis*, hoc est, quia coactus emancipaverat, quia coactus dissolverat patriam potestatem. Pietas pro potestate Tertullian. in Apolog. *Gratius est pietatis, quam potestatis vocabulum, l. divus, ad leg. Pomp. de parricid.* Patria potestas in pietate consistit. Et hoc est, quod dicitur in hac lege.

Ad L. L. ad Trebell.

Imperator Adrianus, cum Vivius Cerealis filio suo
B *Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probarentur, restitui hereditatem filio jussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius ejus viveret, juris haberet: nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit: post decreti autem auctoritatem, in ea hereditate filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret: sed paternæ reverentiæ congruum est, egenti forte patri officio judicis ex accessionibus hereditariis emolumentum præstari.*

ULtima lex est 50. ad Trebel. quæ etiam singularis est, & valde elegans. Pater heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem filio, ea conditione,
C *si in sua potestate esse desiisset*, cum esset sui juris. Interim multa pater fecit intervertendi fideicom. causa, disperdit, profligat bona hereditaria, quomodo consuletur filio? deerat auxilium juris filio. Sed in hac specie, patre non conservante hereditatem fideicomm. filio in diem conditionis, sed interim dissipante omnia, Imperator Adrianus decrevit, ut pater restitueret filio statim: etiamsi esset in potestate sua ante conditionem, ita ut in ea hereditate pater nihil juris habeat vivo filio. Recte, vivo filio: nam mortuo filio in familia superstite patre, ea hereditas redit ad patrem, sicut omne peculium filiifamilias. Hoc igitur casu fideicommiss. hereditas restituitur ante conditionem, & ut loquitur Adrianus, *inflixit damnum conditionis, dum fideicommissum repræsentari voluit*: quomodo dicatur damnum voluntatis
D in *l. 23. §. servum, de fideicomm. libert.* quoties non obtemperatur voluntati defuncti. Evenit etiam alio casu, ut fideicommissaria hereditas restituatur ante conditionem, videl. si heres sit compulsus adire: nam hoc casu etiam restituet, non exspectata fideicommissaria conditione, *l. apud, §. ult. l. si cui pure, ad Trebell.* Cui sententiæ nihil obstat *l. sed etsi ante diem, §. cum patre, eodem.* Paucis explicanda est species: pater heredem instituit, eumque substituit filio exheredato, & rogavit, ut omnem hereditatem, quæ ei obveniret ex substitutione, restitueret Titio: an a Titio heres institutus poterit cogi adire, ut valeat substitutio, & fideicommissum? Non potest, Utitur duplici ratione. Prima est, quia fideicom. est relictum sub conditione: ergo a fideicommissario non potest cogi adire, antequam conditio existat. Hæc ratio, ut inquit Accurs.
E non est idonea. Igitur aliam subjicit: deinde, quia non probe agitur de hereditate viventis pueri, quæ est idonea ratio. Et hoc solemne juris auctoribus, ut utantur duabus rationibus a rethoribus more sumpto ἐνστάσει & ἀντιπαραστάσει, quando prior est minus idonea, alioqui superflua esset posterior. Unius enim rei una tantum ratio est. Ergo evenit etiam in casu h. l. propter mores patris, ut repræsentet filio fideicommissum; atque ita fit, ut filiusfam. habeat bona pagana propria, quandiu vivit: nam hæc certe non sunt castrensia, non quasi castrensia, sed pagana sive paganica: mores patris faciunt, ut repræsentetur filio fideicomm. ut quasi a patre profecta ab eo retineatur hereditas. Dices, alia ratione potuit consuli filiofamil. puta exacta cautione a patre, & satisdatione de non minuenda, deva-

devaſtanda hereditate, quæ cautio præſtatur de hereditate tam fideicommiſſ. quam etiam directa, *l. hæc ſtipulatio, ut leg. nom. cau. l. 4. C. ut in poſ. leg. l. inter, qui ſatiſd. cog.* Sed reſpondeo, non potuiſſe interponi hanc cautionem, quia filiusf. a patre, in cujus eſt poteſtate inutiliter ſtipulatur, & prius ſtipulari oportuit a patre, alioqui fidejuſſores non obligarentur: ergo cum non poſſet interponi hæc cautio, damnum inflixit. Inter patrem & emancipatum filium poteſt cautio interponi, ſed plerumque etiam remittitur patri propter reverentiam paternam. Duobus tamen caſibus non remittitur reſtituendæ hereditatis cautio, id eſt, filius emancipatus exigit cautionem a patre. Uno, ſi teſtator nominatim præceperit patrem ſatisdare de hereditate reſtituenda filio: & altero caſu, ſi tranſeat ad ſecundas nuptias, *l. jubemus*, §. 1. *C. ad Treb.* & in *Nov. 22. l. filio, ut leg. nomine cau. in fine.* B Expoſito hujuſmodi decreto Adriani, ait Papinian. poſt illud decretum Adriani, filiumfam. paganum in ea hereditate comparari militi, qui habet caſtrenſe peculium. Conſtitutiones fecerunt, ut miles & filiifa. haberentur pro patribusfam. in caſtrenſi peculio. Decretum Adriani fecit, ut filiusfa. paganus in ea hereditate, & in ſpecie hujus l. habeatur pro patrefam. Ergo aget hereditariis actionibus, quæ in eum tranſeunt reſtituta hereditate ex Trebell. Senatuſconſul. aget, *inquam*, etiam non adjuncta perſona patris: nam quod poteſt filiusfam. miles in caſtrenſibus, idem poteſt in hac ſpecie paganus: ſed hoc intereſt, quod filiusfam. miles poteſt teſtamentum facere de peculio; filiusfam. paganus etiam in ea hereditate non poteſt teſtamentum facere, ſicut nec de peculio pagano, cujus proprietas hodie ex conſtitutionibus Juſtiniani ad filiumfa. pertinet, C uſusfructus ſolus eſt patris, ſicut & omnium bonorum adventitiorum. Hodie igitur filiusfa. eſt proprietarius, non tantum hujus hereditatis, ſed & adventitiæ cujuslibet: ſed hujus hereditatis eſt etiam uſufructuarius. Ceteroquin non poterit de ea facere teſtamentum. Et hoc eſt, quod dicit, *quandiu filius viveret, nihil juris patrem in ea hereditate habere.* Vivus filiusfamil. in ea hereditate pro patrefamil. habetur, mortuus pro filiofam. & inutile eſt teſtamentum, quod de ea hereditate fecerit, quia *quandiu vivit duntaxat, jus omne habet in hereditate.* Verum ſubjicit eleganter in fine, *ſi pater ſit egenus, ſi inopia laboret, qui repræſentavit fideicommiſſum ex decreto principis, officio judicis ei eſſe præſtandum emolumentum ex acceſſionibus,* id eſt, *ex fructibus ejus hereditatis.* Emolumentum autem hoc loco, id eſt, alimonia patri egeno eſſe præſtanda, D ut plerumque ſic emolumentum accipitur, *l. 3. §. generaliter, l. ult. ſi cui pluſquam per leg. Falcid. l. dominus, de uſufruct. l. Mævius §. pen. de legat.* 2. accipitur pro uſufructu, ab emolendo, ut Perſius ait, *Granaria emole,* & Cæſar, *ſine magno commeatu & emolumento,* quem locum quidam corruperunt.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XII. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXIII. de Rei vindic.

E *Si culpa, non fraude quis poſſeſſionem amiſerit, quoniam pati debet æſtimationem, audiendus erit a judice ſi deſideret, ut adverſarius actiones ſuas cedat, cum tamen prætor auxilium quandoque laturus ſit quolibet alio poſſidente, nulla captione adficietur. Ipſo quoque, qui litis æſtimationem perceperit, poſſidente, debet adjuvare, nec facile audiendus erit ille, ſi velit poſtea pecuniam, quam ex ſententia judicis periculo judicati recepit, reſtituere.*

LIBRO XII. Quæſtionum Papiniani initium dat *l. 63. de rei vind.* quæ tametſi non eſſet inſcripta Papiniano, ſtylus ipſe ſtatim proderet eſſe Pap. nemo alius tam graviter ſcribit, neque A tam multa paucis complectitur. Egi rei vindicatione cum eo, qui rem meam bona fide poſſidebat: poſt litem conteſtatam, is ejus rei poſſeſſionem amiſit culpa ſua, an mihi condemnabitur culpæ nomine? Et de hac re ita definitum eſt, ſi poſt litem conteſtatam judicio in rem bonæ fidei, poſſeſſor, unde petitur, ejus rei poſſeſſionem amiſerit ſua culpa, culpæ nomine condemnabitur, *l. qui petitorio* §. 1. *h. tit. l. ſi ſervus §. item cui Julianus, de evict.* Declaremus hoc exemplis. Finge: Rei vindicatione petitus eſt homo a domino: dominus petiit ſervum per rei vindicationem a bonæ fidei poſſeſſore: pendente lite is ſervum per inſidioſa loca miſit & periit, vel etiam non cuſtodivit, non vinxit, cum ejus conditionis, eorum morum eſſet, ut cuſtodiri aut vinciri debuerit, fugitivus forte, & is dum non cuſtoditur, aufugit, nec facile recuperari poteſt, vel etiam is, B unde petitur, pendente lite hominem petitum permiſit in arenam deſcendere, & jugulatus eſt, vel etiam nave petita is, unde petebatur navem navigatum miſit, & periit, vel etiam eam miſit non idonea tempeſtate, puta brumæ, non idoneo tempore, vel etiam navigatum miſit, & idoneo tempore, ſed non idoneo gubernatori commiſit, & periit naufragio: culpæ nomine damnabitur, quia culpa ejus res interim periit; atque ita bonæ fidei poſſeſſor non tantum præſtat dolum, ſed etiam culpam; poſt litem conteſtatam culpam præſtat. At videamus, culpæ nomine in quantum condemnetur: ſane tanti condemnatur, quanti litem æſtimaverit. Judex litis æſtimator erit. Judex, alias litem æſtimat, id eſt, rem, de qua lis eſt. Judex juſto pretio: aliquando litem æſtimat actor juratus, non injuratus, id eſt, dato jurejurando in litem æſtimandam ſcil. id eſt, jurat ſe tanti C rem æſtimare, quod jusjurandum non neceſſe eſt redigi ad pretium juſtum: nam æſtimabit etiam injuſto pretio: æquum eſt enim, ut unuſquiſque rei ſuæ pretium, quod volet, faciat. Verum quum culpa bonæ fidei poſſeſſoris poſt litem conteſtatam res periit, non tanti lis æſtimabitur, quanti actor in litem juraverit, ſed quanti judex æſtimaverit, id eſt, quanti ea res erit. Inferet ergo reus æſtimationem, quam dixerit judex. Sed æquum eſt, ſi hoc deſideret reus, qui nondum rem uſucepit, ut actor, qui fert litis æſtimationem, ei cedat actiones ſuas, id eſt, cedat actione ſua, rei vindicatione, ſcil. & eum faciat procuratorem in rem ſuam, ut is rem vindicet a quolibet poſſeſſore tanquam dom. Aget vindicatione recte, quaſi procurator domini, id eſt, ex ceſſione ſive mandato dom. Et hoc oſtenditur in *l. 2. in pr. & §. 1. h. t.* D Ergo non aliter cogetur reus ſufferre litis æſtimationem aut ſolvere, quam ſi actor ei cedat rei vindicationem, quæ ei competit jure dominii. Sed ut oſtendit Pap. hoc loco, etiam ſine ceſſione reo, qui ſubjit litis æſtimationem, a prætore dabitur vindicatio utilis, id eſt, Publiciana actio, non directa vindicatio, licet videatur rem emiſſe præſtita æſtimatione, quia quum res abeſt, non aliter fit dominus is, qui ſubit litis æſtimationem, quam ſi ejus poſſeſſionem apprehenderit, ut præſtita æſtimatione litis non aliter fit dom. ſervi, qui eſt in fuga, quam ſi poſſeſſionem ſervi ejus apprehenderit, *l. hæc ſi res, h. t.* Concludamus igitur hoc modo. Reus cujus culpa res abeſt, poſt litem conteſtatam condemnatur, quanti ea res eſt culpæ nomine, ſed rem perſequitur, vel ex ceſſione domini cui ſolvit litis æſtimationem directa vindicatione: vel E ſine ceſſione, utili vindicatione, id eſt, Publiciana: quum nondum uſucepit, & initio poſſedit bona fide, juſtoque titulo. Et hoc eſt quod ait in priore parte *h. l.* bonæ fidei poſſeſſorem, qui poſſeſſionem non fraude amiſerit, condemnatum æſtimationem litis præſtare, poſſe deſiderare ut adverſarius actiones ſuas cedat, id eſt, vindicationem directam: quamvis nulla captione afficiatur, ea non ceſſa. Cum prætor auxilium quandoque id eſt, quandocumque laturus ſit, data Pupliciana ſcil. ergo deſiderabit ſibi cedi: ſin minus, prætor ei ſemper dabit Publicianam. Et ſubjicit in poſteriore parte, etiam ei dari Publicianam adverſus dominum, ſi forte dominus ejus rei, cujus æſtimationem accepit, poſſeſſionem nactus ſit; poſtea nec obſtabit exceptio juſti dominii, quia Publiciana obſtare ſolet. Nam Publiciana dari ſolet tantum adverſus extraneum poſſeſſorem,

ſorem, non adverſus dominum *l.pen.tit.ſeq. de Publ.in rem act. l.manddtum 57. mand.* ſed ſunt 4. vel 5. caſus quibus Publiciana datur etiam adverſus dominum, nec obſtat agenti exceptio dominii. Unus eſt in hac l.cujus ratio eſt elegans & evidens: nam ſi non eſſet efficax actio Publiciana adverſus dominum, dominus haberet & rem & æſtimationem. Quod eſt iniquum. Imo vero, ut idem Pap. in fine demonſtrat, non auditur dominus, cum quo agitur Publiciana, ſi velit, ne rem reſtituat omnia retro agere, & retractare, id eſt, ſi paratum ſe eſſe dicat pretium, & litis æſtimationem reſtituere, ſe malle rem quam pretium redditurum, modo ſibi res non auferatur Publiciana: non audietur, quia in poteſtate venditoris non eſt recedere a venditione, quæ perfecta eſt invito emptore, litis æſtimatio venditio eſt, *l.litis æſtimatio, D.pro empt.* Qui litis æſtimationem ſolvit, rem retinet: aut recipit poſtea atque poſſidet & uſucapit pro emptore. Emptor eſt, qui ſolvit pretium rei, etiamſi dominus pretium non fecerit ejus rei, ſed judex: ſunt neceſſariæ quædam venditiones. Ergo is, qui litis æſtimationem pertulit, actione Publiciana invito domino rem auferet. Qui litis æſtimationem pertulit ſuo periculo, ut ait; Ait enim, *actorem accipere litis æſtimationem periculo judicati*, id eſt, condemnati, ut Accurſ. Quomodo periculo condemnati? quia ſolvit pretium ſub incerto, ſub alea, ejus forte rei nunquam recuperandæ, quia damnum facit ſuæ pecuniæ, etiamſi rem non recuperet. Ergo æquum eſt, ut qui ita pretium domino intulit ſuo periculo, ſive rem poſſit recuperare ſive non actione Publiciana; invito domino rem auferat, quæ forte poſtea ad dominum pervenit. Et hoc eſt quod ait in poſteriore parte hujus *l.ipſo quoque poſſidente, qui litis æſtimationem perceperit* adjuvari debere eum qui eam præſtitit; ſcilicet per eandem actionem inſtitutam, id eſt, per Publicianam, quæ etiam datur adverſus dominum. Repetamus definitionem initio propoſitam. Si poſt litem conteſtatam bonæ fidei poſſeſſor culpa ſua amiſerit rei poſſeſſionem, culpæ nomine condemnatur, quanti ea res eſt, id eſt, quanti judex arbitratus fuerit. Ait enim Pap. *ex ſententia judicis*, id eſt, æſtimatione judicis, rei pretium præſtabit actori, æſtimationem igitur, non fieri jurejurando actoris, ſed ſententia judicis ſola. Definitio illa ſic ait, *ſi poſt litem conteſtatam*. Quid ſi ante litem conteſtatam rei poſſeſſionem amiſerit, culpa ſua? Rurſus ait, *ſi poſt litem conteſtatam amiſerit culpa ſua.* Quid ſi dolo amiſerit vel fraude? & rurſus quid ſi ſine dolo, ſine culpa? Præterea definitio loquitur de bonæ fidei poſſeſſore. Quid in malæ fidei poſſeſſore juris eſt? hæc omnia explicanda. Et primum ſi bonæ fidei poſſeſſor ante litem conteſtatam culpa ſua rem amiſerit, an præſtabit culpam? minime: dolum dumtaxat præſtabit, ſi forte rem alienam eſſe cognoverit, quam initio poſſederat bona fide. Ante litem conteſtatam interpellatus & conventus a dom. aliud eſt conventio, aliud litis conteſtatio. Conventio poteſt præcedere litis conteſtationem. Conventio eſt interpellatio & admonitio: & ita, ſi poſt dolo malo effecit, ut res interiret, utique dolum præſtabit præteritum, id eſt, admiſſum ante litem conteſtatam, culpam non præſtabit, *l.ſi homo hoc tit.* Rurſus quæro, quid ſi dolo malo poſſidere deſierit poſt litem conteſtatam? pro poſſeſſore habebitur. Et hoc eſt quod dicimus, dolum eſſe pro poſſeſſione, *l.22. h.t.* Quanti condemnabitur? ſane tanti condemnabitur hoc caſu, quanti actor in litem juraverit; quod jusjurandum plerumque judex ſequitur, etiamſi juraverit in infinitum, quamquam judex poſſit moderari, refrenare jusjurandum, moderari æſtimationem. Ex eo tamen jurejurando plerumque nihil minuit, ſed tanti damnat reum, cujus dolo res periit, quanti actor juratus æſtimaverit rem ſuam: nam æſtimanti rem ſine jurejurando actori fides non habetur: ac præterea illata ea æſtimatione ſecundus jusjurandum actoris, actor non tenetur, non cogitur ei cedere actiones ſuas; quia dolo deſiit poſſidere; non habebit etiam ipſe, qui intulit æſtimationem litis, actionem Publicianam, neque adverſus dominum, neque adverſus alium poſſeſſorem, *l.qui reſtituere, cum l.ſeq. h.t.* Quibus ſolet opponi lex *in depoſiti, de re jud.* Finge: Actum eſt depoſiti vel commodati cum

A depoſitario, vel commodatario: poſt res depoſita, vel commodata interiit dolo rei: ſuſtinebit æſtimationem litis, de eo nemo dubitat, ſed ſuccurretur ei, ut dominus cedat actiones ſuas rei perſequendæ cauſa, compulſo domino ad cedendum ei actionem ſuam rei perſequendæ cauſa, cujus ille pretium intulit. Cur ergo etiam in caſu propoſito, quando is, qui dolo deſiit poſſidere, æſtimationem intulit judicio in rem, quare non cogitur actor cedere actionem ſuam? Diſtinguenda ſunt in hac re bonæ fidei judicia a ſtrictis. In judiciis bonæ fidei officio judicis is, qui condemnavit reum, cedet actiones ſuas reo, officio judicis, quod eſt certiſſimum in ſtrictis, ut in actione in rem, etiamſi ſit arbitraria actio, non eſt latiſſimum officium judicis: Et falſum eſt, quod Græci dicunt, actionem arbitrariam imitari bonæ fidei actionem, imo ſtricta eſt actio, quia

B ſtricta eſt, in qua tamen aliquid poſſit officium judicis, ſed non quodlibet; in qua tantum poſſit aliquid arbitrium judicis. Notanda eſt hæc differentia inter judicia bonæ fidei & arbitraria, quod genus eſt ſtrictorum judiciorum: nam ſunt arbitraria vel non. In actionibus bonæ fidei is, cujus dolo res abeſt, ſi ſolverit litis æſtimationem, actor cogitur ei cedere actionem ſuam, non in arbitrariis, ac multo minus in non arbitrariis. In judiciis bonæ fidei officium judicis eſt latiſſimum, non in arbitrariis. Et in judiciis bonæ fidei inſunt omnes exceptiones, id eſt, ſupplentur officio judicis, omittuntur a reo ſine periculo, non etiam in arbitrariis, *l. Pap. l.ſeq. de Pub. in rem act.* In judiciis bonæ fidei exigitur cautio ante diem, ut diximus in *l. in omnibus, de judic.* in arbitrariis idem non obtinet. Ac poſtremo, in judiciis bonæ fidei veniunt fructus, etiam percepti ante litem con-

C teſtatam, non etiam in arbitrariis, niſi extent, *l.2.C. de pet. hered.* Arbitraria ergo judicia, nec ſunt bonæ fidei, nec imitantur judicia bonæ fidei. Imo origine ſunt ſtricta, atque eventu ut plurimum. Rurſus quæritur, quid ſit dicendum, ſi bonæ fidei poſſeſſor poſt litem conteſtatam ſine dolo & ſine culpa rem deſierit poſſidere? hoc caſu abſolvitur non quidem omnimodo: namque actor potius vincit quodammodo, ut Theoph. demonſtrat in tit. *de diviſ. ſtip.* Videamus quomodo? Quia abſolvitur quidem reus, qui vacat dolo atque etiam culpa, quo enim nomine condemnaretur? Sed ſi rem uſucepit interim: nam litis conteſtatio non interrumpit uſucapionem, cogitur domino cedere actiones ſuas, id eſt, rei vindicationem, *l.21. h.t.* Ac præterea debet cavere de ea re reſtituenda, ſi in ſuam poteſtatem pervenerit, non de ea re requirenda & perſequenda

D ſuis ſumptibus, ſed de reſtituenda tantum, ſi caſu quodam ad ſe res redierit, imo & de perſequenda, ſi non cedat actionem ſuam, ut Theoph. declarat. Sed ſi non uſucepit rem, abſolvitur omnino, quia non habet actionem quam cedat, & quia ſupervacua eſſet cautio, cum rei perſecutio ſit domino ſalva, nondum impleta uſucapione: dominus enim rem perſequi poteſt, ut ait lex 21. *h.t.* rationem tamen reddit utroque caſu, id eſt, ſive uſucepit, ſive non, de fructibus, quos percepit eo tempore quo poſſedit, *d.l.* 21. Poſtremo quæritur, quid ſit dicendum in poſſeſſore malæ fidei? Primum poſſeſſor malæ fidei ante litem conteſtatam culpam præſtat, quod ſupra diximus non obtinere in bonæ fidei poſſeſſore, *l.ſi homo, hoc tit.* Ergo multo magis culpam etiam præſtat poſt litem conteſtatam, quam præſtat etiam bonæ fidei poſſeſſor, ſed durior erit condem-

E natio malæ fidei poſſeſſoris: nam ei non cedet dominus actione ſua, & non dabitur ei Publiciana, quæ datur bonæ fidei poſſeſſori: & præterea, non quanti res erit condemnabitur, ſed perinde ac doli nomine, qui conduplicatus in eo intelligitur poſt litem conteſtatam, etiamſi non manifeſta fraus arguatur, ſed culpa tantum, aut negligentia. Et ita non eſt perpetuo verum, quod dicitur, *poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores pares eſſe*. Id non obtinet in hoc caſu, quod obtinet in aliis: nam bonæ fidei poſſeſſor fatum non præſtat, id eſt, ſi res poſt litem conteſtatam interierit ſuo fato: malæ fidei poſſeſſor, fatum præſtat poſt litem conteſtatam, ſi modo res non erat interitura apud dominum, *l.illud, de pet. hered.* Atque ita in eo etiam ſunt diſpares, ac etiam in alio, quia bonæ fidei poſſeſſor, quod

adqui-

adquirit ſervus, qui petitus eſt, poſt litem conteſtatam ex re ejus ei adquirit, non domino, nec id venit in reſtitutionem, quia ex re ejus partum eſt, quod ipſum veniret in reſtitutionem, ſi malæ fidei poſſeſſor eſſet, quod indicat *l.* 20. *hoc tit.* Atque ita his tribus caſibus omnes poſſeſſores pares non ſunt poſt litem conteſtatam.

Ad L. XIV. de Tut. & curat. dat.

Libertus non aliis patroni, patronæve liberis tutor eſſe cogitur, quam qui jura patronatus ſperare poſſunt.

SEntentia *l.* 14. *de tut.* neque ab Accurſio, neq. ab aliis explicatur: nam qui ad eam notantur loci, nihil pertinent ad legis ſententiam, nihil ad verba. Intelleximus *l.* 11. *ex l.* 24. *de excuſ. tut.* libertum datum tutorem liberis patroni, patronæve, compelli tutelam ſuſcipere vel curationem, etiamſi privilegio aliquo excuſationis ſubnixus ſit, omne ei privilegium excuſationis auferri ex Senatuſconſulto, quod tamen Papin. docuit *d. l.* 24. locum non habere in liberto, quem quis compulſus ex cauſa fideicomm. non ſponte ſua manumiſit. Et in hac *l.* 14. idem Papin. docet, id locum habere in liberis patroni, qui jura patronatus ſperare poſſunt: locum igitur non habere in liberis patroni, qui jura patronatus ſperare non poſſunt. Et *jura patronatus* vocat per excellentiam, ut alibi *jura ſuccedendi in bonis liberti per bonorum poſſeſſionem, unde legitimi ab inteſtato, vel per bonorum poſſeſſionem contra tabulas*, hoc eſt ſummum commodum patronatus, quod & *jus libertorum* dicitur, *l.* 13. *hoc tit.* Jus liberti, id eſt, jus ſuccedendi liberto, cui nexum eſt jus tutelæ, nam quo ſucceſſio, eo etiam tutela redit ſecundum regul. juris. Qui liberti ſperat ſucceſſionem, & ejuſdem impuberis tutelam gerit. Ergo ut dixi, in h. l. 14. jura patronatus ſunt jura ſuccedendi liberto. Sunt autem quidam liberi patroni, qui hæc jura non habent, ut liberi exheredati, qui non ſuccedunt liberto paterno, niſi pater nominatim caverit, ut exheredato eſſet ſalvum jus patronatus, *l. ſi pater exheredato, de bon. liber.* Item liberi ejus patroni, qui contra legem Æliam Sentiam libertum jurejurando adegit, ne nuberet, ne liberos tolleret, nam hic ex lege Ælia Sentia non ſuccedit liberto, nec liberi ejus: non habent jura ſuccedendi, *l. qui contra legem, de jure patr.* atque ita ſicut in *l.* 1. *de leg. tut.* dicitur, legitimos tutores eſſe eos, qui ſperant ſucceſſionem pupilli, ita, ut hoc loco proponitur, tutor datus filio patroni, ita demum repellitur ab omni excuſatione, & tutelam ſuſcipere cogitur, ſi pupillus ſperet ſucceſſionem ejus, id eſt, ſi ipſe patronus ſit: nam & filius patroni, patronus dicitur, ſi jus habeat in bonis liberti, licet non ſit principalis patronus. Et ita explicanda eſt hæc lex.

AD L. XXXVIII. de Adm. tut.

Si plures tutelam non adminiſtraverint, & omnes ſolvendo ſint, utrum quia nullæ partes adminiſtrationis inveniuntur, electioni locus erit? an ut ejuſdem pecuniæ debitores excipere debebunt periculi ſocietatem? quod magis ratio ſuadet.

§. 1. Si quidam ex his idonei non ſint, onerabuntur ſine dubio ceteri, nec inique, cum ſingulorum contumacia pupillo damnum in ſolidum dederit.

§. 2. Unde quærendum eſt, an actiones pupilli, ei qui ſolus convenitur, in alterum pro parte ſcil. præſtare debeat? Sed cum propria uniuſcuiſque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc deſiderari?

QUæſtio eſt elegantiſſima, pro qua parte quiſque tutorum conveniatur & condemnetur. Finge: Duo ſunt vel plures tutores, & fciunt, ſe eſſe tutores ac ceſſant, id eſt, non adminiſtrant, quid fiet? Extra ordinem cogentur adminiſtrare, *l.* 1. *in princ. hoc tit. l.* 4. *§. ult. rem pup. ſalv. fore.* Extra ordinem, quod notandum, quia nulla eſt prodita actio eo nomine, qua cogantur, ſed mulcta coercentur, vel captis pignoribus compelluntur, quæ vocat ſtrictiora remedia, *l.* 3. *de ſuſp. tut.* ſed poſſunt per-

A tinaces, contumaces, refractarii, contemnere hæc remedia, & vel mulctati, vel coerciti capione pignorum perſeverare in eadem ceſſatione. Quid vero tunc fiet? ut oſtendit l. 3. vel tanquam ſuſpecti removebuntur, & alii in locum eorum dabuntur, vel ſi nemo ſit, qui poſtulet eos ſuſpectos, omne periculum tutelæ ſuſtinebunt. Quare maxime onerabuntur, & ſuo periculo ceſſabunt, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* & tenebuntur utili actione tutelæ: directa tenebuntur, qui adminiſtraverunt, utili qui non adminiſtraverunt, *d. l.* 4. §. 1. *rem pup. ſalvam fore.* Sed ſi omnes tutores, qui ceſſarunt, ſolvendo ſint eo tempore, quo finitur tutela, & inchoatur actio tutelæ, quæritur an pupillus quem volet ex iis eligere poſſit, eumque in ſolidum conveniri? Quod videtur: nam non poteſt pupillus actionem dividere pro rata adminiſtrationis, cum nullus ad-
B miniſtraverit: verum ſi omnes ſolvendo ſunt litis conteſtationis tempore, cum eo ſcil. quem elegerit pupillus, licet ſingulorum dolus, id eſt, ceſſatio, mora, contumacia, pupillo damnum dederit, in ſolidum tamen, quia omnes locupletes ſunt, omnes ſolvendo ſunt. Is quem elegit pupillus, quemque convenit in ſolidum oppoſita exceptione efficit, ut actio dividatur inter collegas pro virilibus portionibus, exemplo plurium fidejuſſorum, vel mandatorum, qui habent beneficium diviſionis ex epiſtola D. Adriani, ſi fuerint ſolvendo litis conteſtatæ tempore, *§. ſi plures, Inſtit. de fidejuſſ.* Duo rei ejuſdem pecuniæ idem beneficium non habuerunt ante Novellam *99.* fidejuſſores & mandatores habuere, ſed non alii rei, præterquam tutores, qui tenentur judicio tutelæ, quod eſt bonæ fidei. Interpretatio bonæ fidei inducit diviſionem periculi
C inter tutores. Certum igitur eſt plures tutores habere beneficium diviſionis, ſive omnes ceſſaverint, ſive omnes adminiſtraverint. Qui ceſſarunt, dividunt actionem pro virilibus portionibus: qui adminiſtrarunt, dividunt adminiſtrationem, id eſt, actionem pro rata adminiſtrationis, ſi ea diviſa fuerit a teſtatore vel a judice, non ſi ab ipſis tutoribus: ſi indiviſa fuerit adminiſtratio, dividunt actionem pro virilibus portionib. *l. Divi, l. ſi duo. hoc tit. l.* 1. *§. nunc. de tut. & rat. diſt. l.* 2. *C. de divid. tu.* Addit *l. Divi* ſingulos tutores nonnunquam teneri in ſolidum, & condemnari ſcil. nec habere beneficium diviſionis. Quod procedit his caſibus tantum: nam & ait, *nonnunquam.* Si, exempli gratia, duo ſunt tutores, primus & ſecundus, & primus graviter & bene geſſerit tutelam, ſecundus ignaviter, vel omnino non geſſerit, primus con-
D venitur in ſolidum detracto beneficio, diviſionis ſcil. ſi debuerit contutorem ſuſpectum facere, & removere, nec fecerit, vel ſi a contutore ſatis non exegerit, cum ſciret ſatis non exegiſſe magiſtratum municipalem, qui eum dedit, vel ſi contutorem tarde ſuſpectum fecerit, ac propterea ſi luſorie æum ſuſpectum fecerit, id eſt, ita ut pateretur ſe vinci, ſi defunctorie ſuſpecti eum accuſaverit, non ſtrenue, non ſedulo. Et huc pertinet *d. l.* 2. *C. de divid. tut. l.* 2. *&* 5. *de magiſtr. conven.* His caſibus tutor, qui hæc commiſit, aut non peregit ſedulo, pro contutore tenetur in ſolidum; ac præterea his caſibus contutor prius convenitur pro contutore ſuo quam magiſtratus municipalis, *l.* 1. *§. uſque adeo, de tut. & rat. diſt.* ſi modo in eo §. ita legatur, ut oſtendimus lib. 2. quæſt. *l.* 2. *de quib. reb. ad eund. jud.* hoc modo, *ſi tutores ſol-*
E *vendo non ſint*, & alio loco, *ſi tutor ob hoc conveniatur, quod ſuſpectum facere vel ſatis exigerc ſuperſederit*: quod Hugolinus animadvertit: ac præterea his caſibus tutor, qui in ſolidum convenitur, condemnatur, non in ſortem tantum, ſed etiam in uſuras, ut ex eodem lib. 12. quæſt. Ulpian. refert in *l. tutor qui repertorium* 7. *§. pen. hoc tit. & §. ſi poſt. depoſ. & ſeqq.* Alias, antequam ad contutorem veniatur, excutitur tutor vel heres ejus, & fidejuſſor ejus, & magiſtratus municipalis qui eum dedit, & extremo loco pervenietur ad contutorem, *l. Lucius* 48. *§. pen. hoc tit.* Alias quoque contutor, qui pro tutore convenitur, non convenitur in uſuras, niſi his caſibus *l.* 2. *C. de uſur.* ſuæ adminiſtrationis nomine condemnatur in uſuras, non nomine contutoris. Et generaliter iis, quos dixi eſſe

excu-

excutiendos, excussis, sortis nomine tutor qui solvendo est convenitur pro contutore, qui solvendo non est, Inopia unius onerat copiam alterius, *l.2. de quibus rebus ad eund. jud.* Inde quæritur, *si quis solverit pro contutore suo, an pupillus ei debeat cedere actionem suam adversus contutorem?* Et distinguitur subtiliter hoc modo: si pro contutore solverit ex proprio dolo vel culpa contutoris, non communi, vel si solverit solidum ex communi culpa, & desidia, ex communi gestu, pupillus ei cedere debet actionem suam, eumque facere procuratorem in rem suam, & si forte non cedat ei, is nulla captione afficietur: nam ex constitutionibus tutori, qui ex his causis pro contutore solvit, datur actio utilis adversus contutorem, adeo ut non admodum desiderare debeat, sibi actionem directam cedi a pupillo: nam utilis idem est effectus, qui directæ. Et hoc ostenditur in *l.1. §.nunc tractemus, de tut.& rat.dist. l.ex pluribus, hoc tit. l.2. C. de cont.jud.l.2. C.de divid. tut.* Sed si tutor conveniatur in solidum ex dolo communi, neque cedet ei pupillus actionem suam adversus contutorem, neque utilis dabitur, *l. 1. §. plane, de tut. & rat. dist.* ut in specie *h. l.38:* si omnes tutores cessaverint. Cessatio est dolus, sane est contumacia, & omnis contumacia fraus est, & dolus, nec nisi per abusionem dicitur fraus & dolus communis, neque enim delicti est societas sive communio. Est igitur uniuscuiusque tutoris, qui cessavit propria contumacia, proprius dolus in solidum, id est, qui pupillum damno affecit in solidum, quare indignus quoque est quicquam consequi a doli participe contutore, quando unusquisque suffert pœnam proprii doli, ut non sit æquum ei cedi actionem adversus alterum, cum non pro altero condemnatus sit, sed pro seipso ex dolo proprio. Et hoc est, quod dicitur, culpæ quidam societatem esse: doli, & generaliter, maleficii non esse: & rursus doli, & periculi: ex dolo communi societatem quidem esse, quod attinet ad beneficium divisionis, sed non quod attinet ad beneficium cessionis, sive utilis actionis in contutorem. Deinde, ut rectissime Bartol. inter plures contutores per contumaciam non gerentes tutelam, locum habere beneficium divisionis, non cessionis, quæ est verissima definitio legis, quam Azo conatus est pervertere: & est summa ratio differentiæ inter beneficium cessionis & divisionis: nam beneficio divisionis nihil consequor a contutore, sed me defendo, ne damner in solidum ultra virilem portionem. Beneficium divisionis est mera defensio, ut inquit idem Bartolus, & facile concedimus copiam defendendi se cuilibet. Beneficio autem cessionis consequerer a contutore meo partem ejus, quod ex meo proprio dolo persolvi: quod est iniquum, ut scil. damnum mihi præstet alter, quod sustinui ex meo proprio dolo: neq;enim doli societas est. Et ita eleganter Papin. constituit differentiam inter dolum & culpam: nempe hanc: eum qui solvit solidum ex dolo communi non posse desiderare, ut pupillus cedat sibi actionem suam adversus contutorem suum, non posse etiam desiderare actionem utilem. At eum qui solvit solidum ex proprio dolo vel culpa contutoris, juste desiderare, ut sibi cedatur actio in solidum adversus contutorem, vel si solverit ex communi culpa, ut sibi cedatur pro parte tantum, & sine cessione habebit utilem. Ego existimo Papin. hæc conjunxisse eis, quæ scripsi in *l. si culpa de rei vind.* quæ fuit 1. h. libr. & in qua ponitur similis differentia inter dolum & culpam. Ita est copulanda hæc lex cum *d. l. si culpa.*

Ad L. ult. Rem pup. salvam fore.

Si plures fidejussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem: ita, ut ei qui conveniretur actiones præstarentur: nec quisquam putaverit ab jure discessum, post quam pro ea parte placuit tutores condemnari quam administraverunt. Et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur, & idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam æquitas arbitri, atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderasse. Ceterum fidejussores civiliter in solidum obligati, ceteris qui-

A *dem agentibus ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est: ne ex una tutelæ causa, plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur.*

EXplicaturus sum l. elegantissimam, *l. ult. rem pup. salv. for.* Quod supra didicimus ex *l. si plures, de adm. tut.* idem aliqua ex parte repetitur in hac l. Si plures tutores sint, habere eos beneficium dividendæ actionis, id est pupillum a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatæ tempore, compelli partes pro virili, vel pro rata administrationis petere: nonnumquam tamen tutorem idoneum in solidum teneri pro collega, qui non est idoneus: ut puta si suspectum eum facere potuerit, &
B debuerit nec fecerit, vel si tarde vel lusorie fecerit, vel si debuerit ab eo satis petere nec petierit, cum sciret magistratum ab eo satis non exegisse, & ita exprimitur partim in hoc loco, partim in aliis similibus, *l. etiam, de adm. tut. l.2. l.5. de magistr. conven. l.1. §. usq; adeo, de tut. & rat. dist. l. tutor qui repertorium, §. pen. de admin. tut. l.2. C. de divid. tut.* Ex quibus locis explicandum est, quod ait *l. Divi, de adm. tut.* nonnunquam tutores in solidum condemnari, nec scindere actionem. Regulariter scindunt actionem, id est, pro parte tantum conveniuntur & condemnantur: nonnunquam etiam in solidum, quod idem proponitur in *h. l. ult.* Sed mendum est in verbis quibus in hoc loco proponitur. Mendum unum est in verbo (*idonea*) Ait enim, *pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administrarunt*, id est, tutores, qui habent beneficium di-
C visionis. Sequitur exceptio, *si ceteri, &c.* vulgo legitur, *& ideo in eo culpa detegitur.* Recte legitur Florent. *& idonea culpa detegatur.* Floren. scriptura magis accedit ad veritatem, *& idonea culpa detegatur*, mutanda est una tantum litera, & leg. *idonei culpa detegatur.* Idoneum vocat tutorem, qui solvendo est, qui oneratur propter inopiam contutoris, quem suspectum facere supersedit. Auctores Basil. ita legisse apparet, si horum tutorum scil. quidam inveniantur non idonei, & idonei supersederint, eos veluti suspectos removere. Legendum est igitur, *& idonei culpa detegatur*, id est, negligentia idonei tutoris detegatur in non removendo non idoneo tutore, hoc scil. casu idoneus condemnatur in solidum, nec utetur beneficio divisionis. Et hæc de pluribus tutoribus. Nunc quæritur de pluribus fidejussoribus unius tutoris, qui pupillo ca-
D verint rem salvam fore, an hi etiam habebant beneficium divisionis. Proposuimus plures tutores habere beneficium divisionis exceptis certis casibus, sed quid de fidejussoribus tutoris unius? Et recte hoc quærimus, ut proponitur in hoc tit. Nam si plures sint tutores, & singulorum plures fidejussores, & singulorum singuli fidejussores, non est dubium, ut inter tutores, ita etiam inter fidejussores exemplo tutorum dividi actionem, *l. pupillus, de fidejuss. tut.* At plures fidejussores unius tutoris non possunt dividere actionem. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, pupillum non esse distringendum in plures adversarios: distringitur, qui cogitur dividere actionem, qui cogitur partes petere a singulis, nec potest eligere unum, cum quo agat in solidum: qui, ut est in fine hujus legis, ex una causa, ex uno negotio plures lites apud diversos judices
E instituere compellatur. Hoc plane est distringi, adire diversos judices ex una causa, pupillus non est distringendus. Ergo pupillo permittitur, cum quo velit ex fidejussoribus a tutore datis in solidum experiri: Sed cogitur etiam vicissim, si hoc desideraret is, cum quo agit pupillus, ei cedere actionem suam, quod etiam hoc loco proponitur. Et ita cessio actionis necessaria in hac specie, quia confidejussori, qui solvit solidum, non datur utilis actio, nisi cessa sit, *l. ut fidejussor, de fidejuss.* Ex hoc loco intelligitur, quam apte conjungantur hæ tres leges, *l.38. de adm. tut. l. si culpa, de rei vind. & l.* nostra, quæ omnes tractant de cedenda actione a victore victo. Denique plures fidejussores unius tutoris non habent beneficium divisionis: & ideo potest pupillus agere in solidum, cum

quo velit congredi in solidum, si modo ei cedat actionem suam adversus alios confidejussores. Unus tantum est casus in *l. pen. ff. de fidejuss. tut.* summe notandus, quo fidejussores tutoris beneficium divisionis habent. Sciendum est autem ante Novell. Justin. in actoris arbitrio fuisse, aut agere cum fidejussoribus statim, vel cum principali reo. Hodie creditor non habet electionem, sed excutere prius debet principalem: licebat olim actori, ergo pupillo cum quo vellet experiri. Finge: egit cum fidejussoribus, & eorum rogatu cum egisset, vel agere voluisset adversus eos, convenit tutorem, expertus est cum tutore, & cum stipulatus essem, rem pupillarem salvam fore, initio tutelæ susceptæ, nunc adolescens post finitam tutelam denuo stipulatus est ab eis de reddendo eo, quod non posset servare a tutore, cum quo prius agebat fidejussorum rogatu. Exegit a tutore quædam, sed non omnia: est residuum aliquid, & hujus residui petitio adversus fidejussores ex posteriori stipulatione: an divident actionem residui inter se? sic videtur, quia adolescens videtur onus fidejussorum suscepisse, qui post pubertatem denuo ab eis stipulatus est, quasi omissa stipulatione priore rem pupilli salvam fore, ut jam non possit cum quo velit experiri in solidum; sed habebunt beneficium divisionis: & hic est casus elegantissimus *l. pen. D. de fidejuss. tut.* Ad hæc quæritur. Cur plures tutores habeant beneficium divisionis, non etiam plures fidejussores tutoris? Proponitur differentia in hac l. & subjicitur elegantissima ratio, quia actio tutelæ, qua tenentur plures tutores, est bonæ fidei, & æquitas arbitri, atque officium boni viri, seu bona fides desiderat hujusmodi divisionem admitti, sive concedi pluribus tutoribus, maxime cum non propterea pupillus distringatur pluribus judiciis, quandoquidem plures tutores mittuntur ad unum eundemque judicem, *l. 2. de quibus rebus ad eund. jud. l. 5. C. arb. tut.* Quid igitur est bona fides? hoc loco est æquitas arbitri atque officium boni viri, hoc est bona fides, quam bonus vir existimaturus est. Arbiter & bonus vir idem est. Arbitrum & bonum virum vocat hoc loco judicem addictum judicio tutelæ, actioni tutelæ; & dicitur proprie arbiter in jure judex, quoties actio est de rationibus reddendis, & ea actio arbitrium dicitur, ut in *l. ult. C. arb. tut.* Ergo bona fides & æquitas exigit, ut in actione tutelæ toleretur divisio actionis inter tutores, ut conveniatur quisque pro parte tantum, ut dixi cum non distringatur pupillus, quandoquidem omnes tutores mittuntur ad eundem judicem ex constitutionibus: plures fidejussores non mitterentur ad eundem judicem, si inter eos divideretur actio, ut indicat hæc lex in fine. Idem non est constitutum in pluribus fidejussoribus, ut mittantur ad eundem judicem, quod in pluribus tutoribus. Et præterea actio ex stipulatu, qua fidejussores tenentur singuli in solidum, ipso jure stricta est actio, nec facile admittit æquitatem divisionis, præsertim agente pupillo, quem distringi injuriosum est: fateor, alio agente, quam pupillo fidejussores habere beneficium divisionis ex epist. Divi Adriani, si omnes sint solvendo litis contestatæ tempore: sed ab epistola excipiuntur fidejussores, qui caverunt rem pupilli salvam fore: nam pupillo agente non habent beneficium divisionis: *pupillo*, inquam, *agente beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est*. Cur ita? quia æquum non est distringi pupillum, qui non contraxit cum tutore, qui eos fidejussores dedit, sed in eum incidit. Et hoc est quod dicitur, actionem tutelæ non esse ex contractu, sed quasi ex contractu: pupillus enim non contrahit, & tutor datur etiam pupillo invito, & ignoranti, & propterea æquum non est distringi pupillum, qui ignorat, quod agit. Et hoc est, quod dicitur pupillum non intelligere quid agat, pupillum ignorare, quod videt. Seneca in epist. *pupillum nondum rationalem esse*. Et ita multa habemus singularia ex duabus posterioribus legibus: fidejussores etiamsi solvendo sint, non habere beneficium divisionis agente pupillo, tutores vero habere beneficium divisionis, etiamsi alii duo rei principales ante Novell. non habebant illud beneficium divisionis. Hoc etiam singulare est, differentiam esse constituendam inter actionem bonæ fidei, & strictam: In bonæ fidei actione divisionem facilius admitti, in stricta difficilius. Verba Papiniani Accursius non intellexit (*nam æquitas*) Responsio est ad objectionem quæ præcedit.

Ad L. X. de Suspect. tut.

Decreto prætoris ut suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur amoveri quidem a tutela, vel cura, in futurum autem non esse securum.

Sententia l. 10. hæc est. Ad eum tutorem, qui ut suspectus remotus est decreto prætoris periculum futuri temporis non pertinere: nam iniquum est, inquit, removeri quem a tutela, & in futurum, post remotionem, non esse securum: alioqui si administrationis periculo etiam post remotionem obstringeretur, hoc esset removere nomine, non re, qui removetur tutor esse desinit, *l. 4. §. pen. hoc tit. l. quod si forte. §. quod si remoto, de solut.* Et ita si quis pupillo facto pubere, facto suæ ætatis, tutor esse desinat, periculum futuri temporis ad eum non pertinet, nisi perseverat administrare, aut quid supersit, quod sit nexum cum superiori tutelæ administratione, *l. ult. C. de peric. tut. l. tutor, arbitr. tut.* Pubertate desinit quis esse tutor. Remotione desinit esse tutor: ergo utroque genere periculum administrationis desinit pertinere ad eum: nam administratio transfertur in alium, isque in quem administratio transfertur, periculi successor esse incipit: nihil autem refert, quibus verbis quis removeatur: nam si prohibitus sit tutela abire, sive prohibitus sit tutelam gerere, utroque modo desinit esse tutor, *d. l. 4. §. pen.* nec unquam jure civili sententiarum seu decretorum fuit una certa & perpetua formula: nam qualiacunque verba sufficiunt: plerunque tamen ita solet decernere prætor, dum rejicit suspectum: *quando Lucius Titius tutelam C. Seii ob inertiam gerere non potest, eum ob hanc causam tutelæ abire jubeo*. Exprimitur causa in sententia, vel ob rusticitatem, simplicitatem, dolum, fraudem, latam culpam, negligentiam, & exprimitur plerumque causa, ut appareat de fama & de existimatione: nam qui removetur ob inertiam, vel simplicitatem, non est infamis, qui ob dolum, est infamis: sed potest etiam prætor supprimere causam, & ita pronunciare: *quoniam Lucius Titius Caii Seii tutelam gerere non potest*. Et quoties non est expressa causa, etiamsi, quæ causa movit prætorem, si turpis, veluti doli mali, qui removetur non fit infamis, quod ex Papiniano traditur *in l. 4. §. 2. hoc tit.* nam actio proprie non infamat, sed verba sententiæ, quo jure utimur. Actio injuriarum est famosa, sed si verba sententiæ sint ita composita, ut rem obumbrent, ut mentionem non habeant injuriæ, conservabitur condemnati existimatio, nec fit infamis, quia causa condemnationis supprimitur data opera, ne fiat infamis: sententia est, quæ infamat, non lis. Tantum autem abest, ut ad eum, qui remotus est, pertineat periculum futuri temporis, ut nec ejus temporis periculum sustineat, quo pependit cognitio suspecti, sive accusatio suspecti: nam interim statim atque postulatus est suspectus, interdicitur ei administratio, & curator datur interim in locum ejus, quod ex eodem Papiniano est propositum in *§. si quis autem, Institut. de suspect. tutor.* & confirmatur *l. eum quem, C. eod. l. quod si forte §. 1. de solut.* At periculum præteriti temporis, quod fuit ante susceptam cognitionem suspecti, proculdubio præstat, quod quidem incipit statim atque rejectus est, non antequam rejectus sit: tutor manet tutor etiamsi postulatus sit suspectus, antequam rejectus sit: ergo cum eo agi non potest actione tutelæ, quia tutelæ agi non potest, nisi cum eo, qui tutor esse desiit. Ergo prius est removendus, quam agatur tutelæ judicio, vel negotiorum gestorum cum curatore, *l. actus, de administrat. tut. l. pen. C. de suspect. tut.* Et nihil est præterea, quod pertineat ad hanc legem.

Ad L. XXIII. de Liberis &. postumis.

Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi: nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur: nec multum puto referre: quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogavit.

§. 1. *Si Titius heres institutus, loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur.*

CErtum est, testamentum rumpi agnatione (*naissance*) sui heredis, veluti postumi, id est, si nascatur filius ex justa uxore post testamentum, qui quidem fit in eo testamento præteritus sive omissus, id est, neque institutus, neque exheredatus: & præterea non tantum rumpitur agnatione, sed etiam quasi agnatione, veluti adoptione vel arrogatione: ego acquiro mihi, sive adscisco mihi filium: atque ita quodammodo mihi videtur nasci sive adnasci filius. Ergo hic etiam, quia adoptatur, rumpet testamentum, si in eo sit præteritus, *l. 8. in pr. t. seq.* Verum quæro, quid sit dicendum, si is qui adoptatur post testamentum, in eo sit exheredatus. Rursus quæro, quid si inveniatur institutus? aut extraneus in testamento exheredatus est, & postea adoptatus est, aut filius emancipatus: nam est differentia constituta inter hunc & illum. Extraneus transfertur in potestatem adoptione: filius autem emancipatus revertitur, redit in potestatem: (*adoptione*, sc.) *il r'entre*: extraneus redigitur, *il entre* in potestatem, *l. qui liberatus., de adopt.* Et ut hic ait filius emancipatus redditur familiæ, non transfertur. Si extraneus sit exheredatus in testamento, & postea adoptatus, illius adoptio rumpit testamentum, quia pro præterito habetur: nulla est enim exheredatio extranei. Exheredare enim est adimere hereditatem ei, qui eam sperat ex lege, vel edicto prætoris. Extraneus eam non sperat, ergo in eo nulla est exheredatio, *l. quidam, de verb. oblig.* Quod si filius emancipatus exheredatus sit, in eo testamento exheredatio valet jure prætorio: nam prætori filius emancipatus non est extraneus patri: jure prætorio non habetur pro extraneo, jure civili est pro extraneo. Denique exheredatio emancipati valet jure prætorio, quia eo jure vocatur ad hereditatem, perinde ac suus: prætor in danda hereditate, vel bonorum possessione non separat suum ab emancipato: Et ideo si post emancipationem filius exheredatus adoptetur, non rumpet testamentum, nec quasi præteritus petet bonorum possessionem contra tabul. quia invenitur jure exheredatus: nec quidquam refert, hic filius adoptetur in locum filii, an in locum nepotis: nam, quod est subtilissimum, commentum adoptionis sive fictio, non potest efficere, ut qui natura est filius, minus videatur esse filius: adoptio filii emancipati non potest efficere, ut is magis videatur esse filius lege quam natura: potius, non commentitius est filius, sed naturalis, & filius verus, etsi adoptetur in locum nepotis; filius est naturalis & verus potius, quam nepos adoptivus. Prævalent enim jura sanguinis, naturalia jura, & eleganter Papin. ait; *In omni fere jure sic observari, ut veri patris filius adoptivus nunquam intelligatur*: sic loqui solet Pap. ut in *l. 24. de excus. tut. & in l. in omni, de adop. in omni fere jure*. Et ait, fere, quoniam in potestatem redigitur, vocabulo adoptionis, vi adoptionis. Et subjicit recte, *veri patris filium, verum filium adoptivum non intelligi*, quod veritas sit fictione potior, *ne*, inquit, *veritas adumbretur imagine naturæ: veritas*: id est, jus naturæ: veritas suscipiendorum liberorum, ut Cic. loquitur *pro domo*, opponens eam adoptioni. Adoptio est jus civile: veritas est ejus naturæ. Adoptio est imago naturæ, & imitatio. Imago autem non debet aut potest naturæ, hoc est, veritati, offundere caliginem. Quamobrem prævalet natura: & hic semper dicitur pro vero filio magis, quam adoptivo: atque ita pro exheredato habetur, nec rumpit testamentum: nam invenitur jure exheredatus. Et hoc est, quod ait in prima parte hujus l. Et notandum, citari hunc locum ab Ulpiano in eandem rem, in *l. non putavit, §. si quis emancipatus, de bon. poss. cont. tabul.* Verum, quid si quis institutus sit, & postea adoptatus, an adoptione rumpitur testamentum, quasi agnatione sui heredis? Et dicemus multo minus rumpi: imo hoc casu non constituemus differentiam inter extraneum & filium emancipatum: valet enim institutio in utriusque persona: nam in utroque adoptio non infirmat testamentum, in quo adoptatus invenitur institutus; valet enim institutio utriusque personæ, non exheredatio. Et ita proponitur in *l. 8. h. t.* ita proponitur etiam *§. ult. hac l.* Species hæc est. Extraneum in testamento heredem scripsi: deinde eum adoptavi in locum nepotis, quasi natum ex meo filio: nondum est mihi suus, quia eum præcedit filius, sed si præmoriatur filius, mihi fiet suus, qui adoptatus est loco nepotis: mihi, inquam, fiet suus successione in locum filii ex l. Velleja. an successione rumpet testamentum? minime: non quæro, an adoptione, quia non hæc per se ei suitatem tribuit, sed successio facit suum, sed an rumpet testamentum? minime, quia invenitur institutus, ergo non est præteritus. Et hoc est, quod ait in *§. ult. hac l.*

Ad L. LXXV. de Hered. Instit.

Si filius substituatur ei a quo præteritus est: non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem: quoniam & quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.

IN hac l. vulgo dicitur ab interpretibus, (qui non loquuntur accurate) non a juris auctoribus, non valere testamentum, id est, ipso jure nullum est, in quo filius suus est præteritus. Ego nollem, ut quis uteretur hac sententia his verbis, nam est plerumque falsa: fallit plerumque: vera enim est uno tantum casu, si filius sit præteritus ab omnibus gradibus heredum, ab omni parte testamenti. Intestatus est is, qui filium suum præteriit, ab omni parte testamenti scilicet: aliter ita concipienda est illa sententia: non valet is gradus, cave dicas pars testamenti, in qua filius suus est præteritus, ut in *l. 14. §. quod vulgo, de lib. & post.* nam si exempli gratia, filius sit præteritus a primo gradu alio herede instituto ex asse, & secundo gradu sit substitutus instituto, vel in secundo gradu alio substituto sit exheredatus, vitiatur in primo gradu. Si primo gradu herede instituto ex asse, & filio, nec instituto, nec exheredato, & secundo gradu filius sit substitutus, vel si alio substituto sit exheredatus, rumpitur tantum primus gradus præteritionis, & tantum incipit testamentum a secundo gradu, *l. 3. §. ult. de lib. & post.* Et ita Papin. ait in hac l. si filius sit præteritus primo gradu, & substitutus secundo, quia testamentum valet, quod intelligatur incipere a secundo gradu. Ait igitur, eum succedere ex testamento. Vitiatur enim tantum primus gradus. Idem erit, si a secundo gradu sit exheredatus: nam testamentum incipit a secundo gradu, nec succedet filius ullo jure, nisi instituta querela inofficiosi probaverit, se injuste & immerito exheredatum.

Ad L. XXXXI. de Bon. libert.

Si libertus patrono, quod ad debitam portionem attinet, satisfaciat, invito tamen aliquid extorquere conetur, quid statuendum est, quæritur? Quid enim, si ex parte debita instituto, decem præterea legentur, & rogetur servum proprium, qui sit decem vel minoris pretii, manumittere? iniquum est & legatum velle percipere, & libertatem servo non dare: sed parte debita accepta, & legato temperare, & libertatem imponere non cogi, ne servum forte de se male meritum cogatur manumittere. Quid ergo si solo eodem herede instituto idem libertus perierit? si substitutum habebit, æque decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione, cetera

pars ad substitutum perveniat, ita ut si forte servus redimi potuisset, praestaretur libertas, cessante vero substitutione patronum hereditatem liberti amplectentem Prætor, qui de fideicommisso cognoscit, libertatem servo eum imponere cogat.

HÆc lex est facie aperta, sed sensibus abstrusis, ideo omnino eget interpretatione. Sciendum est patrono præterito in testamento a liberto, vel instituto ex minori parte, quam dimidia vel tertia bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, dari bonorum possessionem contra tabulas. Dimidiæ partis jure antiquo, tertiæ partis jure novo: nam portio legitima debita reverentiæ patroni, fuit olim semis omnium bonorum, hodie est triens, sive sit unus patronus, sive plures. Plures illi non sunt habituri amplius quam trientem, legitima est ea portio: sicut filii & liberi hodie sive sint plures, sive unus, habent trientem ejus, quod habituri erant ab intestato, trientem legitimæ portionis: nam legitima filii non proprie est legitima, sed triens legitimæ. Legitima est, quæ obvenit ab intestato unicuique ex liberis. Verum adjiciendum, patrono dari bonorum possessionem contra tabulas, quia non infirmantur omnino tabulæ, sicut infirmantur prorsus per bonorum possessionem contra tabulas, quæ competit liberis præteritis, quæ differentia notanda est, possessio bonorum, quæ competit patrono, rescindit testamentum pro parte dimidia, vel hodie pro parte tertia, quod omne locum habet, si libertus facto testamento sine liberis decesserit. Et notanda est alia differentia inter filium præteritum & patronum: nam patrono præterito datur bonorum possessio contra tabulas, vel contra heredem scriptum potius, qui adiit ex testamento, quam contra tabulas: neque enim datur ante aditam hereditatem: filio autem præterito datur bonorum possessio vere contra tabulas, contra lignum, ut ait *l. vulgo, de bon. possess. cont. tab.* etsi heres nondum adiisset hereditatem, etsi nemo ex eo testamento heres extitisset: quæ differentia ostenditur in *l. illud, de bon. poss. cont. tab. l. 3. §. ut patronus, & §. si patrono, hoc tit.* Secundum hæc, ut patrono satisfiat, testamento liberti est reliquenda tertia pars, & quidem sine onere ullo, idque secundum jus novum, sicut constat liberis esse relinquendam portionem legitimam sine onere ullo, ne testamentum rescindant ut inofficiosum, & patrem vel avum intestatum faciant. Quæ verba, *sine onere ullo*, latissime patent, id est, sine die, sine conditione, sine onere legati, fideicommissi, satisdationis, denique sine onere ullo, quia portionem legitimam, puram, & immunem esse oportet: & si ita satisfactum sit patrono testamento liberti, ei non datur bonorum possessio contra tabulas. Nihil vero refert, quo titulo detur patrono portio legitima quæ ei debetur jure patronatus: nihil refert, relinquam titulo institutionis vel legati, *l. 44. §. ult. hoc tit.* sicut ante Novellam Justin. nihil referebat, portio legitima relinqueretur liberis, illo aut h. tit. ad excludendam querelam *§. ult. Instit. de inoffic. test.* Hodie relinquenda est titulo institutionis. Cur? nam si non instituatur, exheredatur: alioquin ipso jure nullum est testamentum. Exheredatio autem nota quædam est, infamia & macula: non est filius temere notandus: ergo non tam affectatur titulus institutionis in Novella Justiniani, quam ratio quæritur non inurendæ infamiæ filio, quæ liberet ab infamia filium. Titulus institutionis est necessarius, ut liberetur ab infamia filius. Portionem debitam patrono fuisse olim semissem scriptum est in *Instit. de success. lib.* sed sunt hujus juris antiqui etiam pleraque vestigia in Digestis, quamquam conatus sit Tribonianus ea omnia abolere, qui pro dimidiæ partis, reposuit, partis in *l. 1. §. pen. si cui plusquam per leg. Falcid. & l. debitor §. 1. de pign. act. l. 1. & 43. hoc tit.* Idem etiam indicat Sueton. in Nerone, dum ait, *Neronem constituisse, ut de bonis libertorum pro semisse dodrans præstaretur*, id est, *solveretur patrono*. Nunc finge: patrono relicta est debita portio, & præterea sunt legata decem adjecto onere fideicommissi, ut scilicet servum proprium manumitteret, qui erat decem vel

A minoris pretii. Debita portio non potest onerari fideicommisso, *l. 45. hoc tit. & l. 28. de leg. 2.* Legatum quod patrono relictum est, potest onerari fideicommisso, id est, legatum quod relictum est præter debitam portionem. Quod mihi debes, non potes onerare: quod mihi benigne concedis, potes onerare: legatum igitur potest onerari fideicommisso. Verum distinguendum est: aut patronus agnovit legatum, aut repudiavit: si agnovit legatum, eo casu cogitur onus, quod ei impositum est, adimplere, hoc est, servum manumittere, maxime cum plus non sit in pretio servi, quam in quantitate legati, ut ponit Papinianus hoc loco. Hoc igitur legato percepto, per prætorem fideicommissarium, qui cognoscit de omnibus fideicommissis, omnino cogetur eum servum manumittere. Quod B si plus sit in pretio servi quam in summa legati, & legatum perceperit, cogeturne servum manumittere, qui longe pluris est? Et videtur cogi posse, ut servum manumittat, quia percipiendo legatum, quod quasi pro pretio servi ei relictum est ut eum manumittat, non pluris videtur æstimasse servum, licet sit pluris. Et hoc ita procedit, etiamsi legatum fit diminutum per legem Falcidiam, si sit divisum, ut ait lex *si debitor 45. §. in fideicommissaria, de fideic. libert.* id est, si divisum sit inter heredem & legatarium pro dodrante & quadrante, & legatarius dodrantem acceperit, non solidum legatum: nam etiam hoc casu, quia contentus fuit dodrante, eumque percepit, cogetur servum manumittere, quia non pluris eum fecisse videtur, quam sit in summa, quam sit summa dodrantis, *l. sed si non servus, ad leg. Falc.* C quod tamen non fuit sine controversia, non obtinuit nisi post multas controversias: nam ut indicat lex 6. *de fideic. libert.* quidam existimabant, eum, qui rogatus erat servum proprium manumittere, si ex legato dodrantem duntaxat percepisset propter legem Falcidiam, non compelli manumittere, si pluris sit servus, quam dodrans. Et profecto hujus sententiæ videtur fuisse Papinianus, dum posuit non minus esse in legato, quam in pretio servi: legata fuisse 10. & servum fuisse dignum 10. vel minoris: non ponit servum fuisse pluris. Ideo si sit pluris, subindicat legatarium non compelli eum manumittere, maxime si passus sit Falcidiam. Et fortasse in patrono hanc sententiam sequendam esse, non aliis, aut quod malo, etiam in patrona: nam vehementer placet sententia legis *si debitor 45. §. in fideicommissaria, de fideicomm. li-* D *bert.* qui §. est elegantissimus, & eum exponamus.

Initio proponit, si relicta fit fideicommissaria libertas a legatario servo legatarii, necesse esse, ut legatarius suum servum proprium manumittat, quamvis modicum ex legato consecutus fuerit, id est, quamvis lex Falcidia diminuerit legatum: & subjicit rationem: *pecuniarium enim fideicommissum si divisum fuerit, satis injuriam facit libertati, quam fideicommissario*. Legatarium in eo §. oportet accipere pro fideicommissario, ut sæpissime in jure legatum comprehendit fideicommissum, atque etiam tutoris dationem, & libertatis dationem comprehendit. In eo §. igitur legatum, id est, fideicommissum erat pecuniarium, id est, legaverat 10. ita ut legatarius servum proprium manumitteret. Finge: legatum divisum est per l. Falc. in dodrantem & quadrantem: atque ita E legatarius tantum accepit dodrantem. Hæc divisio injuriam facit legatario, quia minuit & abscindit legatum, quod ei quasi pro pretio servi relictum est, & quia minuit pretium servi. Rursus hæc divisio legis Falcid. injuriam facit libertati, hæc abscissio legati injuriam facit libertati, si legatarius non cogatur servum manumittere, qui pluris est, scil. quam quod legatarius ex legato percepit, quæ major est injuria? quæ minor? nam duabus injuriis propositis minor optanda est: sane major est injuria, quæ fit libertati, unde concludit rectissime, *satius esse eum, qui agnovit legatum, onerari*, id est, præstare libertatem fideicommissariam, quam libertatem intercidere, ut scilicet minor injuria eligatur: neque enim potes unam injuriam evitare, quin incidas in alteram:

ram: melius eſt igitur, ut fiat injuria fideicommiſſario, melius eſt offici legatario, quam libertati. Ratio h. l. etiam aptari poteſt ad alios multos caſus, ut ſcilicet minor injuria eligatur. Nunc videamus, quid ſit dicendum de altera parte diſtinctionis, ſi patronus legatum illud repudiaverit, ſi legato non obtemperaverit, an cogetur manumittere, qui ſpernit legatum? Et ait Papin. æquitatem poſtulare, ut non cogatur manumittere, licet legatum adæquet aut ſuperet pretium ſervi. Igitur non imputabitur ei, quod legatum ſpreverit, ut hoc ei imputato cogatur ſervum manumittere, *ne*, inquit, *ſervum de ſe male meritum cogatur manumittere*. Qui igitur contempſit legatum, exoneratur fideicommiſſaria libertate, & nihilominus retinebit portionem legitimam, quæ ei relicta eſt. Res ita ſe habet, ſed eſt contra jus. Verum, ne forte ſervum, ut ait, de ſe male meritum invitus manumittat, prætor fideicommiſſarius ita decernet, ut non manumittat, ſi legatum repudiaverit. Hoc igitur fiet non jure, ſed extra ordinem decreto prætoris. Nam regulariter, qui hereditatem vel legatum accipit ſine onere, & aliud legatum cum onere, agnita hereditate vel legato, quod eſt immune, & repudiato altero legato vel hereditate, nihilominus cogitur ſubire alterius legati onus, & debet aut omne commodum teſtamenti ſpernere, aut ſubire onus fideicommiſſi, quod oſtenditur in *l.5. de leg.2. & l. ſi legatario 22. de fideic. libert.* Sed in hac ſpecie aliter ſtatuitur decreto prætoris fideicommiſſarii favore patronatus. Verum ad hæc quærit Papin. omiſſa ſuperiori ſpecie quid ſit dicendum, ſi patronus ſit inſtitutus ſolus ex aſſe, & rogatus præſtare libertatem proprio ſervo? Et conſtat quod ſi patronus eam adierit hereditatem, ſi totam amplexus ſit per prætorem fideicommiſſarium, cogetur ſervum proprium manumittere, quia non eſt oneratus fideicommiſſo libertatis ſemis debitus verecundiæ patronali, ut loquitur lex *ſi patronus* 21. *C. de donat.* ſed alter ſemis, qui potuit onerari. Compellitur autem patronus hereditatem totam adire: nemo enim poteſt partem hereditatis adire, partem omittere, heredis inſtitutio eſt honor, *l. unica, §. in his itaque, C. de cad.* Quod exemplum pervenit etiam ab hereditate ad legatum: nam non licet etiam ſcindere legatum, & partem amplecti, partem repudiare, reſpuere, ſed totum amplecti oportet, aut toto abſtinere, totum reſpuere, *l.4. de leg.2.* Cogitur ergo patronus ex aſſe inſtitutus, aſſem amplecti totum. Sed addendum: maxime, ſi ſubſtitutum non habeat vulgarem, a quo poſſit ſuſtineri teſtamentum patrono illud deſtituente, reſpuente teſtamentum in totum, vel pro parte: nam ſi libertus ita ſcripſerit: *patronus heres eſto, & ſi heres non erit, heres ille eſto*: & patronus velit tantum partem debitam ex bonis retinere, alteram partem repudiare: hoc non poteſt jure, ſed decreto prætoris hoc ei concedetur. Igitur altera pars pertinebit ad ſubſtitutum cum onere ſervi manumittendi, qui eſt in dominio patroni, ſi eum poſſit redimere a patrono. Cum onere igitur redimendi ſervi & manumittendi: nam conſtitutione Severi legata relicta ab inteſtato debentur a ſubſtituto, niſi fuerit evidens diverſa voluntas, & ex multis colligitur, an quis ab herede legatum vel fideicommiſſum voluerit a ſubſtituto deberi, *l. licet, de legat.1. l. ſi Titius 61. §. ult. de legat.2.* Atque ita quidquid eſt proditum in hac lege, fit decreto prætoris fideicommiſſarii, non jure ipſo, & quod ſtatuitur in priori ſpecie, & in poſteriori. Hæc eſt ſententia legis, *l. ſi debitor §. in fideicommiſſaria*. Unum omiſimus, cavendum eſſe, ne nos fallant Baſil. namque ibi legit interpres: *Pecuniarum enim fideicommiſſum, ſi donatum fuerit*: ſed eſt mendum in verbo *donatum* & legendum, *ſi diviſum fuerit*. Alioqui in magnum errorem incideres, ut ex ſpecie legis aperte liquet.

Ad L. CXVII. de Verb. oblig.

Si centum homines quos ego heresve meus elegiſſet ſtipulatus, antequam eligerem duos heredes reliquero: numero dividitur ſtipulatio: diverſum erit; ſi jam electis hominibus ſucceſſerint.

SPecies hujus l. hæc eſt. Stipulatus ſum homines 100. *quos ego, hereſve meus elegiſſet*: niſi adjeciſſem, *quos ego hereſve meus*, ſecundum regulam communem juris, electio eſſet promiſſoris: nam ea non eſt ſtipulatoris, niſi eam ſibi reſervaverit: multum intereſt ſtipulator antequam elegerit vita deceſſerit, an poſtquam elegerit. Quæ diſtinctio ponitur in hac l. nam ſi antequam elegerit 100. homines, deceſſerit (erant enim ampliſſimæ familiæ ſervorum apud locupletes, erant plerumque pluſquam mille ſervi, ancillæve.) Si igitur antea deceſſerit, & exempli gratia, duos heredes reliquerit ex æquis partibus, ſtipulatio hæc dividitur inter heredes numero, non ſpecie, id eſt, ſinguli heredes eligunt & petunt 50. ſervos. Et hoc, ſi deceſſerim antequam elegerim: ſed ſi poſtquam elegi 100. ſervos diem ultimum obiero, heredes mei duo, qui ſunt ex æqualibus portionibus heredes, in ſingulis ſervis ſunt habituri partes pro indiviſo: nam pro diviſo habere in uno non poſſunt: homo enim non poteſt dividi: quas partes habebunt in hereditate mea, eaſdem habebunt in ſingulis ſervis, nec divident numero, ſed ſpecie, pro indiviſo tamen. Nobis eſt diviſio duplex. Diviſio pro diviſo, quæ eſt corporalis: & diviſio, pro indiviſo, quæ eſt, ut ita dicam, intellectualis. Et hoc eſt, quod ait Papin. in hac *l. diverſum erit, &c.* quia non numero dividetur ſtipulatio, ſed ſpecie. Ratio differentiæ ut intelligatur, ſciendum eſt, genera alia eſſe prima, & antiquiſſima, & generalia, veluti res, τὸ ὂν, quod Latine poſſum dicere, *id quod eſt*: alia eſſe ſpecialia, veluti homo. Generale genus eſt, quo univerſa comprehenduntur, veluti res, ut dixi. Speciale genus, veluti homo habet in ſe ſingulos: & dividitur nomen hominis in nationes, Gallos & Hiſpanos: in colores albos, rufos, atros: & in ſingulos, veluti Sempronium, Cajum, Lucium: habet igitur hoc nomen homo in ſe multos. Et quia multos continet, in genus cadit, ac videtur generale nomen, ſed quia ſub alio ſubjicitur, nempe ſub animali, in ſpeciem cadit, atque ita ſpeciale genus eſt, non generale. Proinde ſi ſtipuler 100. homines, quos ego elegero, hereſve meus, genera ſtipulor, generaliter, non ſpecialiter, illud, aut illum Titium aut Sempronium, vel quia incertos homines incerto nomine ſtipulor: omne vero genus incertum: generis autem ſtipulatio non niſi numero dividi poteſt, non corpore ſive ſpecie, cum generis nullum ſubſit corpus: genus enim non eſt, ſed intelligitur. Denique generis ſtipulatio, non niſi numero dividitur, & intellectu abſtrahitur. Ideoque ſi duos heredes reliquero ex æquis partibus, diviſio fit numero, non etiam ſingulorum ſervorum, ſingulis heredibus partes dimidiæ debentur, homines 50. atque ita cum ſervi certi non ſint, id eſt, cum nondum electi ſint, ſi vis dividere ſtipulationem inter heredes, numero dividas neceſſe eſt. Ergo ſinguli heredes eligent & petent 50. Sed ſi jam elegero, ego qui ſtipulatus ſum, puta ſi elegero Stichum & Pamphilum, & alios uſque ad 100. in ſingulis heredes mei habituri ſunt partes pro indiviſo, partes ſcil. eaſdem quas habuerunt in hereditate mea: atque ita diviſio fiet ſpecie non numero: nec enim ex illis, quos elegi unus feret 50. & alter 50. ſed ſinguli ex ſingulis partem hereditariam pro indiviſo ferent: quæ eſt ſententia Papinian. & confirmatur *l. in ſtipulationibus 54. h. t. l. cum Stichus, de ſolut.* Quæ tamen, ut jam dudum docui, non caret mendo: nam negatio una, quæ abundat initio *l. in D. Flor.* eſt in eadem lege reponenda alio loco: alioqui falſa eſſet lex & mutila, quæ ita emendata, integra & ſincera erit. Species eſt talis. Servus communis ſtipulatus eſt Stichum & Pamphilum: quæro, quemadmodum dividatur hæc ſtipulatio inter dominos ſingulorum, an unus ferat Stichum, alter Pamphylum? minime, ſed ſingulorum ſervorum partes dimidiæ ſingulis dominis debebuntur, ſi

quidem

quidem ſunt domini ex æquis partibus, quia ſervus communis ſtipulatus eſt ſpecies certas, ſive individua. Et ita ait *d. l. cum Stichus*: *cum Stichus & Pamphilus communi ſervo promiſſi ſunt, non alteri Stichus, alteri Pamphilus ſolvi poteſt*. Et ita legendum eſt. Florentiæ legitur, *non alteri Stichus, alteri Pamphilus ſolvi non poteſt*, poſterior negatio eſt transferenda in ſequentem locum. Illo igitur caſu non ſolvitur alteri Stichus, alteri Pamphilus, ſed ſingulis ſingulorum ſolvuntur partes dimidiæ. Diverſum eſt in ſpecie ſequenti, *idemque non eſt, &c.* Et ait, idem non eſſe dicendum, ut fiat diviſio ſpecie ſive corpore, ſed eſſe potius dicendum diviſionem fieri numero inter dominos, ſi ſervus ſtipulatus ſit duos Stichos, vel duos Pamphilos: nam adjectio illa numeri, facit ut dividatur numero ſtipulatio, quia diviſio hæc eſt commodior tum ſtipulatori, tum promiſſori, & ea utimur ſemper in re difficiliori, ſi locum habere poſſit. Itaque Stichum habet unus, alter Pamphilum, nec ulla erit in ſingulis communio pro indiviſo. Idem erit ſi ſervus communis ſtipulatus ſit 10. homines: nam diviſio etiam fiet numero inter dominos, uni debebuntur quinque, alteri quinque pro ſolido. Et hoc demonſtrat hac ratione elegantiſſima. Ambigua eſt oratio, ſi quis dicat 10. *homines, duos Pamphilos*. Cur? quia dupliciter accipi poteſt: ambigua eſt igitur oratio: nam utriuſque rei dimidium poteſt duobus modis intelligi, vel dimidium numero, vel dimidium ſpecie, & ambiguum eſt, quod duobus modis intelligi poteſt. Dimidium quum dicis, ambigue loqueris, quia dimidium duobus modis intelligitur. In ambiguis autem, quod eſt commodius ſequendum: hoc oſtendit etiam *d. l. cum Stichus*. Ad hoc notandum, in ambiguis ſequendum quod eſt commodius contrahentibus. Commodior eſt diviſio, quæ fit numero. Sane ſi 10. *denarios* ſervus communis ſtipulatus ſit, diviſio fiet numero: ſed & inde concludes, ergo diviſio etiam fiet numero, ſi 10. homines ſtipulatus ſit, quia eadem ambiguitas interveniet.

Ad L. LXXX. de Furt.

Si vendidero, neque tradidero ſervum, & is ſine culpa mea ſurripiatur: magis eſt ut mihi furti competat actio: & mea videtur intereſſe, quia dominium apud me fuit, vel quoniam ad præſtandas actiones teneor. Cum autem jure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, niſi noſtra interſit, competat, tamen ad æſtimationem corporis, ſi nihil amplius interſit, utilitas mea referenda eſt. Idque & in ſtatuliberis, & in legato ſub conditione relicto probatur. Alioqui diverſum probantibus ſtatui facile quantitas non poteſt. Quia itaque tunc ſola utilitas æſtimationem facit, cum ceſſante dominio furti actio naſcitur, in iſtis cauſis ad æſtimationem corporis furti actio referri non poteſt.

CErtum eſt in jure, poſt perfectam venditionem, (perficitur autem ſolo conſenſu etiam ſine numeratione prætii, ſine traditione rei, ſine ſtipulatione, ſine ſcriptura) ante traditionem rei periculum pertinere ad emptorem, quamvis nondum ſit dominus: nam non fit dominus antequam res tradita ſit: periculum, inquam, pertinet ad emptorem, ſi homo quem emerit, interim fato ſuo interierit. Periculum rei ad emptorem pertinet, ut legitur recte in *l. eum qui, hoc tit.* non periculum pretii: nec enim ſolvet pretium: aut ſi ſolvit, repetet, ut oſtendit *l. ſi fundus, loc.* quod eſt ex æquo & bono: nam regula juris repugnat, §. *cum autem, Inſtitut. de empt. & vendit.* Concludamus igitur, poſt perfectam venditionem & ante traditionem, periculum rei pertinere ad emptorem. Addendum: Venditor autem præſtat cuſtodiam & diligentiam, id eſt, venditor tenetur emptori, ſi res perierit dolo vel culpa venditoris, *l. 2. §. ult. cum l. ſeq. de per. & comm. rei vend.* ſi homo qui veniit, fugerit, aut ſurreptus ſit. Denique venditor præſtat dolum & culpam etiam leviſſimam, vel quod idem eſt, exactiſſimam diligentiam in re vendita cuſtodienda: caA ſum fortuitum, damnum fatale, vim divinam, vim majorem non præſtat niſi ex conventione: ſed & culpam non præſtat poſt moram emptoris: nam ſi moram adhibuerit emptor in re vendita accipienda, venditor poſtea culpam non præſtat, ſed dolum tantum, *d. l. illud ſciendum, de peric. & comm. rei vend.* nunc finge. Servum vendidi, nec tradidi: is mihi furto ſurreptus eſt ſine culpa mea, an teneor emptori? minime, niſi in hoc tantum, ut ei cedam actiones meas ad eum ſervum perſequendum, veluti vindicationem, & actionem ad exhibendum, & condictionem furtivam, quæ ſoli domino competit. Ego autem ſum dominus, quia nondum tradidi. Cedere etiam debeo emptori actionem furti, quod oſtenditur in *d. §. cum autem, Inſtit. de empt. & vend. l. quod ſæpe §. ſi res vendita, de cont. empt. l. ſi ea res, de actio. empt.* B *l. eum qui* 14. *hoc tit.* Cedere debeo actionem furti: nam ea mihi, non emptori competit. Cum res vendita ſubripitur ante traditionem, mihi competit jure dominii, mihi etiam competit eo jure, quod mea interſit eam rem furto eſſe ſublatam, propterea quod teneor emptori cedere actiones meas ad eam rem perſequendam. Hæc actio furti datur domino, etiamſi nihil amplius interſit: Datur etiam non domino, ſi modo ejus interſit rem non ſurripi. Ergo debeo cedere emptori actionem furti. Si autem ego præfeſtinarim, præoccuparim agere actione furti, debeo emolumentum ejus actionis præſtare emptori, ideſt, duplum vel quadruplum, quod ex ea actione conſecutus ſum: Nam hoc eſt perpetuum in jure, cui debeo cedere actionem, & id ei debeo cedere, quod ex ea conſecutus ſum, *d. leg.* 14. Sed obſtat C huic ſententiæ, ut videtur prima fronte, *lex venditor, in fi. de hered. vendit.* Species hæc eſt: Ego rem meam vendidi, & cum eam alius poſſideret, eam vindicavi, & abſtuli non rem, ſed litis æſtimationem, quod dolo deſiiſſet poſſidere. Quid debeo præſtare emptori? an pretium, an æſtimationem quam accepi? Minime: quia non debeo ei actionem, ſed rem: ergo nec ejus æſtimationem, nec emolumentum actionis: rem debui ei præſtare, aut quanti ejus rei intereſt emptori, vel finge: Rem meam vendidi, quam fur mihi ſurripuerat, & cum fure egi furti, & conſecutus ſum duplum, vel quadruplum: debeone præſtare duplum vel quadruplum emptori? minime. Emptoris petitio eſt rei non dupli: ergo falſum eſt quod ait l. 14. venditorem, cujus culpa res ſubrepta eſt ante traditionem, D teneri cedere actiones ſuas emptori, & debere præſtare duplum, quod conſecutus eſt actione furti. Sed res eſt facilis explicatu: nam ita eſt diſtinguendum. Aut res, quo tempore vendita fuit, erat furto ſubrepta, nec poſſidebatur a venditore, & hoc caſu venditor tenetur emptori præſtare rem, non pœnam furti, quam conſequutus eſt, quia rem debuit, non pœnam, non actionem furti. Aut res ſubrepta eſt poſt venditionem, ſine culpa venditoris, quo caſu venditor debuit ei cedere actionem, propterea quod culpa vacavit. Ergo etiam debet emolumentum actionis, id eſt, quod ex ea conſecutus fuerit, vel ſi abſque furto poſt venditionem alius eam rem poſſederit, ejus rei poſſeſſionem apprehenderit, ſine culpa venditoris, & cum eo egerit, ac litis æſtimationem conſecutus ſit, eam debet præſtare E emptori: nam cui debet actionem cedere, debet & æſtimationem ac emolumentum ejus actionis, ut oſtendit *d. l. venditor, in fi.* Et ita aliud eſt ſi quis vendiderit rem quam non poſſidebat: aliud ſi vendiderit rem quam poſſidebat, & poſt venditionem poſſidere deſierit, poſſeſſionem rei amiſerit.

Expoſuimus initium l. 80. exponamus nunc cetera. Papinianus in §. 1. ait, *Quum autem jure dominii defertur, &c.* Eſt elegantiſſimus §. & quem qui non bene tenet, nunquam explicabit bene quæſtionem de eo, quod intereſt: nam habet præcipuum aliquid, quod proficit plurimum elucidandæ ejus materiæ cauſa. Sciendum eſt actionem furti dari non tantum domino, ſed etiam non domino, ſi ejus interſit rem ſubripi: domino

autem

autem dari jure dominii solo, id est, etiamsi nihil amplius ejus intersit. Et exemplum proponitur in hoc §. in statulibero, qui si subripiatur, heredi furti actio competit jure dominii, quandoquidem interim est dominus servi legati, licet mox mutaturus sit dominium existente conditione legati, licet mox statuliber sit perventurus ad libertatem. Idemque est in servo legato sub conditione: nam & hic si subripiatur heredi, ei competit actio furti, quia interim est dominus servi. His exemplis utitur, ut apparet ex his verbis, *idque & in statuliberis, & in legato, &c. Idque* non *idem*, ut in vulgaribus libris: proponitur enim exemplum. Ergo actio furti datur domino, etiamsi ejus nihil amplius intersit: non domino non datur, nisi ejus intersit, puta quod possit ei culpa a domino imputari, quod non bene rem custodierit, nam furtum plerumque culpæ, aut negligentiæ annumeratur. Est & alia differentia hac in re inter dominum: nam si dominus agat furti, quamvis ejus nihil amplius intersit, quam quod dominium apud eum fuit, quo casu actio furti in id quod interest: nam in omni actione furti habetur ratio quodammodo ejus, quod interest; actione, inquam, furti agente domino cujus nihil amplius interest, quod deducitur in eam actionem refertur ad verum pretium rei, idque duplatur vel quadruplatur, & tanti interesse intelligitur, quanti res est: tanti autem res esse censetur, quanti venire potest, *l. si quis uxori. §. pen. in aliis libris est*, *§. ultimus*, *hoc tit.* Et ita sæpissime evenit, ut id quod interest, non egrediatur rei pretium, *l. 1. in pr. de action. emp. l. 1. C. de his*, *qui a non domin.* si modo in ea lege deleatur hic articulus distinctivus, *vel*, ex Basil. quod perspicue rectum est: nam hæc est species: ego servum alienum manumisi, quasi meum: nulla est libertas: nam domino licet servum suum vindicare. Finge, dominum malle pretium petere, id est, quanti sua interest, nec revocare libertatem vindicando servum, an audietur? & lex ait, sæpissime esse constitutum, ut manumissor ille pretium domino dependat, si malit quanti sua interest; ubi recte Thalelæus Græcorum doctissimus, & alii interpretes, *nota*, inquit, *pretium appellari ab Imperatore*, *quod postea appellatur id, quod interest*. Accurs. retulit, quosdam ita definire id quod interest, *singulare rei pretium*, falsa est definitio, quia generalis non est, sed quandoque est vera, id est quibusdam casibus. Id quod interest, nihil aliud est, quam pretium rei. In id quod interest, nihil aliud venit, quam pretium rei. Velim etiam in illa definitione, ut mutes verbum *singulare*, & ponas, *verum rei pretium*. Quibusdam igitur casibus, non omnibus. Igitur non erit definitio nisi ex parte vera. Adnotatio erit potius verissima. Vera definitio hæc est. *Id quod interest*, *est utilitas*, *quam haberem nisi mihi damnum datum vel lucrum interceptum fuisset*. In casu proposito nihil etiam aliud est id quod interest, quam verum rei pretium: Idque duplatur vel quadruplatur: ut si res sit 100. fur damnetur in quadrigenta, si sit manifestus, vel in ducenta, si non sit manifestus, & hoc amplius tenetur in 100. rei nomine: nam extra pœnam est rei persecutio, & pœna actionis furti est mera pœna, non est pœna commixta rei persecutioni. Domino igitur agente furti, cujus nihil amplius interest, quam quod dominus est, revocabitur æstimatio ejus quod interest ad verum pretium rei, alioqui non posset iniri ratio ejus, quod interest, quando extra pretium rei amplius nihil ejus interest. Et secundum hunc locum est accipienda lex *in furti actione*, *hoc tit.* quæ vexat plurimos, & ei similis lex 2. §. *in hac actione*, *vi bonorum rapt.* lex *ait in actione furti non quod interest*, *sed verum rei pretium duplatur*, *aut quadruplatur*. Primum separat id, quod interest, a rei pretio, deinde negat in actione furti duplari id quod interest. Utrumque est falsum; nam in hac causa rei pretium, & id quod interest, possis appellare, ut demonstravimus. Falsissimum etiam, in actione furti non duplari id quod interest. Sunt loci innumeri, quibus ostenditur, id quod interest duplari, & in actione furti, & in actione vi bonorum raptorum. Quid quæso duplatur? sim-

A plum. Quid est simplum? Id quod venit in condictionem furtivam, quæ est in simplum, id est, rem solam persequitur. Quid venit in condictionem furtivam? id quod agentis interest, *l. 3. de cond. furt.* Ergo id quod interest agentis in actione furti duplatur, & verum rei pretium, quia amplius non interest. Quemadmodum igitur accipienda est *d. lex*, *in furti actione*, *non id quod interest*, *sed verum rei pretium duplatur*, *aut quadruplatur*. Id quod interest, vocat id, quod excedit rei pretium, cui res, aut verum rei pretium non annumeratur, quod extra rei pretium spectatur. Quod si nullum existat tale, veluti domino agente, cujus nihil amplius interest, necessario id quod interest fine pretii continetur, nec eum finem egredi potest. Et ita id est explicandum, quod non videatur proprie interesse, nisi si quid pluris intersit,
B quam res sit. Et hæc si dominus agat furti: si non dominus agat, æstimatio ejus quod interest, quæ fit in actione furti, non revocatur ad pretium rei, quæ non est in dominio actoris, sed revocatur ad alterius utilitatis rationem, veluti possessionis, quæ fuit apud non dominum, vel detentionis, vel ususfructus, vel usus, vel pignoris: nam creditori surrepto pignore datur actio furti tam adversus dominum, quam extraneum, quia maxime interest creditoris pignori incumbere, sive debitor solvendo sit, sive non, quod plus cautionis sit in re quam in persona. Et hoc ipso libro de creditore scripsisse Papinian. refert Ulpianus *l. 12. §. ult. h. t. Utilitas*, id est, id quod interest, his verbis utitur Papinian. æstimandi ejus quod interest gratia. Quod sequitur est apertius.

C

Ad §. Si ad exhib.

Si ad exhibendum egissem, optaturus servum mihi legatum, & unus ex familia servus subreptus; heres furti habebit actionem: ejus interest: nihil enim refert, cum præstari custodia debeat.

SCiendum est, actionem ad exhibendum dari vindicaturo, quia non possum vindicare nisi rem præsentem: exhiberi igitur eam mihi prius necesse est, ut vindicem, ut *l. 2. §. ult. de crim. expil. hered. hereditatem vindicaturus exhiberi desiderat*, id est, agit formula ad exhib. idemque est in *l. 3. §. si ipse*, *de tab. exhib. l. 3. §. est autem*, *ad exhib.* Addendum eandem actionem exhibitoriam, actionem ad exhib. ut loquitur in lib. Inst. 2.
D dari optaturo servum, quoniam e multis servis non possum optare, nisi omnes mihi exhibeantur, & eum quem optavero, vindicaturus sum. Finge: habebam amplissimam familiam servorum, & tibi legavi optionem servi unius: dabitur tibi actio adversus heredem, ut omnem familiam, omnes servos meos exhibeat, qui fuerunt mei mortis tempore, atque ita optaturo dabitur actio ad exhibendum, quia & vindicaturus est eum, quem optaveris. Et hoc ostenditur in *l. 3. §. item si optarem*, *ad exhib. l. 18. in princ. famil. ercisc.* Nunc finge: Legata est mihi servi optio, egi cum herede, ut exhiberet omnes servos, totam familiam, & interim unus servus subreptus est negligentia heredis. Cui dabitur actio? heredi, non jure dominii solo, quia dominus fuit, sed etiam quia extra causam dominii ejus interest, servum
E non subripi, propterea quod custodiam & diligentiam præstare debet in servo legato, in servanda re legata, in servanda tota familia, si ex ea unius servi optio relicta sit, & si negligens fuerit tenetur eo nomine legatario, *l. cum res legata §. culpa*, *de leg. 1.*

Ad §. cum raptor.

Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est. Is autem cujus dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum.

DIcunt hunc §. esse facillimum, sed multa præclara continet, & in hac l. magni facio eum §. Intellexi-
mus

mus sup. heredem, a quo legata est servi optio, si cum eo egerit legatarius ad exhibendum omnem familiam, puta ut exhiberet universam familiam defuncti, eaque exhibita, antequam legatarius eligeret quem mallet, interim unus ex ea familia servus subreptus sit, heredi competere actionem furti, si subreptus sit negligentia ejus: ut plurimum furtum adnumeratur negligentiæ domini: diligenti patrifa. non fit furtum: rapina, vi majori annumeratur. Ideo autem ei competit actio furti, quia ejus maxime interest, nullum servum subripi, quia plerunque ei debet præstare custodiam, & diligentiam in conservanda omni familia. Ergo tenetur culpæ nomine etiam levissimæ, quia plenam diligentiam præstare debet, & semper legatarius illius negligentiæ imputabit furtum, nihil autem refert, inquit, cur præstari custodia debeat, ut competat actio furti, sive præstare debeat ex causa legati, sive ex qua alia causa ei, qui custodiam non præstitit, competit actio furti. Dixi & præmonui hanc l. esse quidem facilem figura verborum, sed sensum esse abstrusum & reconditum, nec scio an vulgo sint nota, quæ sub hoc §. continentur. *Cum raptor*, inquit, *omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est*. Raptor omnimodo furtum facit, quippe cum sit & dicatur fur improbus, *l. si cum exceptione, §. qui vim, quod met. caus. l.2. §. etiam, vi bon. rap. & eod. tit. Inst.* & fur atrocior, *l.1. de expil. & effract.* Sic autem argumentatur Pap. Raptor omnimodo furtum facit, ergo fur manifestus existimandus est. Et adjiciamus, est fur manifestus, ergo tenetur actione furti manifesti, quæ actio est in quadruplum, & præterea perpetua, & mere pœnalis, non mixta, nec hoc casu necessaria est actio vi bonorum raptorum: ne existimemus unquam titulum vi bonorum raptorum ad quemlibet raptorem pertinere. Ad raptorem manifestum proprie non pertinet, sed comprehenditur is sub actione furti manifesti, quæ longe est gravior: actio vi bonorum rap. est levior: est quidem in quadruplum, sed est mixta, non mere pœnalis, quia in quadruplo inest rei persecutio. Ac præterea actio vi bonorum raptorum est annalis, non perpetua, & utraque est prætoria: ideoque prætor, qui sub actione furti manifesti comprehenderat raptorem manifestum, furem improbum, non putavit eum comprehendendum, vel sub leviori actione vi bonorum raptorum: sed si quis malit in raptorem manifestum experiri actione vi bonorum raptorum, sane non prohibetur. Idque indicat §. 1. *Inst. vi bon. rapt. sive in delicto*, inquit, *comprehendatur*, id est, sive sit fur manifestus, sive non: sed voluntas adversarii actoris hoc facit, ut agatur cum fure manifesto vi bon. rap. non edictum prætoris, quia hoc nihil pertinet ad casum furti manifesti, sed litigatori licet esse clementiori, quam sit edictum prætoris, quia etiam litigatori licet omittere actionem furti manifesti, & potest actor agere furti nec manifesti: nam ita dicere videor: volo furem nec manifestum furem esse, qui manifestus est, & volo esse contentus duplo, nec desidero quadruplum, ut in *l.pen. §.1. ff. quand. appell. sit*. Alia sunt tempora appellationis in causa propria, alia in causa aliena. In causa propria observabo tempora, quæ observantur in causa aliena si volo. Et similiter licet vulgo dicatur, neminem posse condicere rem suam, tamen potest condicere dicens, se velle rem suam alienam videri: & similiter se velle furtum nec manifestum, manifestum videri. Sed cum tam furti manifesti, quam vi bonorum raptorum actio sit prætoria, prætor voluit furtum manifestum sub illa tantum comprehendere, non sub ista, quæ pertinet tantum ad rapt. non manifestum: nec enim omnis raptor manifestus est. Plerumque est manifestus. Et raptor ita demum fur manifestus intelligitur, si solus vel coactis hominib. armatis, vel inermib. palam, non clam, ut fur simplex, eripiat & extorqueat alteri rem suam præsenti & resistenti, vel reclamanti: nam quod me præsente aufers palam, nihil veritus præsentiam, clamorem, quiritationem meam, sane manifesto rapis: sed non est satis, ut videaris manifesto rapere, si videam te subripere coactis hominib. sed necesse etiam est, ut acclamem, inclamem: quid agis? quo te proripis cum re mea? nam

A etiam qui visus est rem auferens clam, dicitur fur manifestus, *§. furtorum, Inst. de obligat. quæ ex delicto*, in Basil. ad *l.52. §.ult. h. t.* secundum Digest. Flor. dicitur, *eum, qui rapuit ex domo aliena nemine cernente, non teneri furti manifesti, qui a nemine visus* est, *inquiunt*. Et rectissime Servius in illum locum Virgil. *Non ego te vidi*: manifesti, inquit, furti illum arguit, dum, inquit, *vidi*: sed non satis est videre, nisi etiam acclamaveris; oportet inclamare. Ideoque sequitur: *Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille*. Et ita in *l.7. §. ult. h. t.* si furem rem tuam subripientem vidisses, & ad comprehendendum eum accurrisses cum clamore, scil. cum testificatione, & ille te acclamante & accurrente abjecto furto aufugerit, nihilominus est fur manifestus, licet eum non comprehenderis. Et ita etiam ex 12. tabul. furem nocturnum non licebat occidere: nisi ei qui
B cum clamore id testificatus fuisset: furem autem interdiarium, qui se telo defendisset, non licebat occidere, nisi etiam ei qui cum clamore testatus fuisset, *l.4. ad leg. Aquil.* alioquin præsumeretur cæsus dolo malo potius: clamor & quiritatio illa liberat suspicione, tollit præsumptionem hanc doli. Nocturnum licet occidere: nocturnus fur est pejor, quam interdiarius, & a Comicis dicitur *dormitator*, quod dormitet die, nocte furetur. Intelligimus quando raptor pro fure manifesto habeatur. Videamus modo quid sit dicendum, si raptor ad rapiendum homines collegit, qua ex re sumitur certa conjectura, voluisse eum rapere, non furari clam, & ex domo, in qua putabat esse aliquos, rapuerit aliquid, in qua tamen erat nemo, si rapuit nemine cernente, reclamante, qua actione tenetur? Hoc casu competit proprie actio vi bonorum rapto-
C rum, quia non tenetur furti manifesti, cum neque visus sit, neque deprehensus, neque acclamatus, & actio furti nec manifesti est levior, nempe in duplum tantum, & civilis; furti manifesti est prætoria, nec manifesti civilis ex 12. tab. sed si furto nec manifesto adjunctum sit consilium rapiendi, quoniam hic est plus, quam fur nec manifestus, quia rapiendi consilium habet, prætori visum est, non sufficere hoc casu civilem actionem in duplum furti non manifesti: qua de causa dedit actionem vi bonorum raptorum in quadruplum, si raptor esset nec manifestus. Et hoc est, quod ait §.1. *Instit. vi bon. rap.* etiam si raptor non deprehendatur, competere actionem vi bonorum raptorum, quia non sufficere visa est civilis actio in raptorem nec manifestum, data a prætore actione vi bonorum raptorum, longe graviori, quam civili: non
D abolevit prætor, nec potuit abolere civilem, sed introduxit graviorem. Ideoque licet mihi hoc casu, si velim agere in raptorem, qui rapuit coactis hominibus, neque visus est, neque deprehensus, licet, inquam, agere civili actione furti nec manifesti, ac licet mihi agere in eundem vi bonorum raptorum, sed non in solidum, sed in aliud duplum, cui tamen inest rei persecutio: sed si prius egero actione vi bonorum raptorum, tollitur civilis, quia major actio tollit minorem. Et hoc ostendit *l. 1. vi bon. rapt. l. si quis egerit, hoc tit.* ac memoria retinendum est, semper agi in jure de concursu actionis furti nec manifesti cum actione vi bonorum raptorum: quia ad eum casum proprie pertinet actio vi bonorum raptorum, si raptor non fuerit deprehensus, si fuerit nec manifestus, si rapuerit in domo, in qua nemo erat: nunquam tractatur in jure
E de concursu actionis vi bonorum raptorum cum actione furti manifesti, quia ad illum casum nihil pertinet actio vi bonorum raptorum. Etiam illud adjiciendum est, in *d. l.52. § ult. hoc tit.* ostendi actione vi bonorum raptorum teneri eum, qui ex domo rapuit, in qua nemo erat, nemine cernente, nemine acclamante, & eum etiam teneri furti nec manifesti, nec quicquam aliud continetur eo §. Non hoc vult, hoc uno facto, quod quis rapuerit ex domo, in qua nemo erat nemine acclamante & cernente, existentibus duabus actionibus de bonis raptis, & furti nec manifesti, alia aliam consumi, furti quidem nec manifesti, si prius actum sit vi bonorum rapt. vi autem bonorum raptorum, si prius furti nec manifesti actum fuerit: hoc frustra colligitur:

& ma-

& male vulgo legitur hoc modo: *si quis ex domo, in qua nemo erat, &c. furti non manifesti, videlicet si nemo eum deprehenderit tollenda*, ac si diceret prius actum fuisse vi bonorum raptorum. Et ideo sublatam esse furti actionem, sed non dicit qua actum sit, sed utramque superesse declarat, & essent supervacanea verba, *si nemo eum deprehenderit*: Et recte Flor. *si nemo eum deprehenderit tollentem*, duplicem competere actionem. Græci legunt *tollenda*, pro tollentem. Subjicit in hoc §. Papin. *eum cujus dolo raptum est, teneri vi bonorum raptorum, non furti*, id est, eum, cujus dolo rapuit alter, *l.2. §.si quis non homines, vi bon. rapt.* quod non obtinet in actione furti, quæ datur in eum, qui rem contrectavit. Is autem, cujus ope, consilio, dolo, furtum fecit alter, non tenetur furti vel manifesti, vel nec manifesti, sed propria actione ex 12. tab. tenetur actione hac, *ope, consilio tuo furtum factum esse ajo*, quæ formula est in *l.si servus servum, §.si quis, ad leg. Aquil.* Et est in duplum, *l. ult. C. de nox. act.* Hinc igitur eliciemus elegantissimam sententiam, eamque enodabimus aliis verbis magis perspicue. Raptor qui deprehensus est, tenetur furti manifesti, non vi bonorum raptorum ex edicto, quæ est prima pars §. nisi actor leviori actione uti velit. Ex posteriori eliciemus: Is cujus dolo alter rapuit, tenetur vi bon. rapt. non furti: & verum est omne quod diximus, quodque palam ait Pap. vi bon. rapt. teneri non tantum eum, qui rapit, sed etiam eum, cujus dolo quis rapuerit. Id confirmatur *d. l.2. §.si quis, vi bon. rapt.* qui §. neminem non vexaturus est, si velit diligenter examinare, & ideo omnino explicandus, & non potest explicari, nisi prius exponamus, quod est in *d.l.2. §. dolo*. Verba edicti quo datur actio vi bon. rapt. hæc sunt: *si cui dolo malo hominibus coactis damni, &c.* De damno, ait generaliter, & exigit, ut coacti sint homines, ut collecti sint homines ad damnum inferendum alteri. Idem non exigit in secunda clausula, *sive cujus bona rapta esse dicentur*: nam non est necesse repetere collectis hominib. constat id ex *d. l.2. §.item si*. Nunc ait in *d. §. dolo videri facere non tantum eum, qui rapit, sed etiam eum, qui præcedente consilio homines ad rapiendum collegit.* Videtur perversus esse ordo verborum: nam sic debuit ponere, *non tantum, qui coegit homines ad rapiendum, & rapuit, vel hominibus a se non collectis, sed ab alio*: sed nulla est perversitas in collocatione verborum, propterea quod edictum dicit: *Si cujus bona rapta esse dicentur*, nec adjicit, *collectis hominibus ab alio*: ergo ex edicto tenetur, qui rapuit, vel solus, vel collectis hominibus ab alio, & ita concludit in isto §. ideoq; quærebatur, quid si ipse collegisset homines ad rapiendum, an erit locus huic actioni? Et multo magis erit, ac si dixisset, *non tantum locum esse huic actioni in eum, qui rapit, sed multo magis in eum, qui coegit, qui collegit ipse, & rapuit.* Et ita in *l. non defendere 52. de reg. jur. non defendere litem videtur non tantum, qui latitat, sed qui præsens negat se defendere*: Nulla est etiam ibi trajectio verborum: nam respiciendum est ad edictum, & ad ordinem, quo fit missio in possessionem bonorum. Edictum loquitur de latitante tantum, sed quid si non latitet, sed neget? & multo magis fiet missio adversus eum. Ita & in *d.l.2. §. si quis non homines*, ostenditur actione vi bonorum raptorum teneri non tantum eum, qui coegit homines ad rapiendum, si quid rapuit, sed etiam eum, qui coactus est, ab eo ad rapiendum si modo quid rapuit. Deinde quæritur, quid sit dicendum, ut verba præ se ferunt, si quis rapuerit, non hominibus a se coactis, sed ab alio? Et ait, *melius esse, ut hæc omnia contineantur, &c.* Id est, vi bonorum raptorum teneri eum, qui rapuit, etiamsi usus sit hominibus coactis ab aliis, non a se: quod frustra adnotatur, cum id paulo ante dixerit in *§. dolo*: neo sane hic est sensus hujus versic. & recte Græci ita accipiunt hunc locum, ut teneatur etiam vi bonorum raptorum is, cujus dolo alter rapuit, etiamsi ipse homines non coegerit, sed aliquid callide admiserit, ut ait in *§. doli mali*: quod congruit omnino cum loco Papiniani, qui vult, vi bonorum raptorum teneri eum, cujus dolo raptum est, hoc est, cujus dolo rapuit alter, teneri inquam vi bonorum raptorum, non furti.

Ad §. penult.

Si Titius, cujus nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat: ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget (&) ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabis: electo Titio, non inique per doli exceptionem, uti præstetur ei furtiva condictio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio, furti actio evanescit, quia debitor liberatur.

EX libro 12. quæstionum Papin. restat una quæstio, quæ tractatur in *§. pen. & ult. l.80. de furt.* Ea est de falso procuratore, qui pecuniæ furtum fecit, quam ei debitor solvit quasi vero procuratori creditoris. Quid vocat Papin. falsum procuratorem? non dicit simpliciter tantum eum esse falsum, qui procurator non est, quive mandatum non habet, sicut in tit. *quod falso tut.* generaliter dicitur falsus tutor, qui tutor non est, *l. Paulus 221. de verb. significat.* non sic accipiendus est hoc loco falsus procurator: alioquin is, qui bona fide gerit aliena negotia sine mandato, vel qui per errorem gerit, existimans se procuratorem, cum non sit, falsus procurator esset: quod vix quisquam admiserit. Est quidem non verus procurator, nec tamen ideo falsus: nam ut inter doctum & indoctum potest esse medius, non doctus, non indoctus, nec enim sequitur eum indoctum esse, qui doctus non sit: ita inter verum & falsum procuratorem est non verus, non falsus, nec quicunque non verus procurator est, continuo falsus existimari debet. Falsus procurator est, qui simulat, fingit, asseverat falsa, qui mentitur se esse procuratorem, *l. si is, qui simulabat 77. hoc tit. l. si quis servo, de solut.* vel exempli gratia, qui imponit sibi nomen veri procuratoris, quem dominus habet, sicut falsus creditor est, qui simulat se creditorem, *l. falsus, in princip. hoc tit.* vel etiam, qui assumit nomen creditoris, heredisve ejus. Simulatio est species falsi, & hoc distat a dissimulatione: nam dissimulatio est stellionatus, non falsitas: est dolus malus, non falsitas, *l.3. de crim. stellion.* Et ita recte Papinian. hoc loco ait, *falsum procuratorem furtum facere accipiendo pecuniam nomine creditoris, non tantum si asseveret se esse procuratorem verbo tenus, sed etiam, si* (quod & aliud genus est simulationis) *veri procuratoris, quem creditor habet, nomine adsumpto, debitorem alienum circumvenerit.* Sic habent omnes libri. Græci ad *l.18. de condict. fur.* legunt, *si debitorem alienum convenerit.* Multa scribunt de significatione ejus verbi, quæ licet legere, male autem legunt, *convenerit*, sicut in *l.1. ad leg. Cornel. de sicar.* scriptum male Florentiæ, *qui quid fecit quo innocens conveniretur, condemnatur*; scribendum *circumveniretur*, ut *l.3. §. item, eod. tit.* Et adjicit hoc loco Papinian. eum etiam furtum facere pecuniæ, quam accepit assumpto falso nomine heredis creditoris. Hic est falsus creditor, ille falsus procurator: uterque falsarius: an etiam uterque fur? notandum valde, falsum procuratorem, qui nomine creditoris pecuniam accipit a debitore, non statim furem existimandum esse, esse quidem falsarium. Falsarius est, quicunque nomen alienum assumit, vel usurpat, vel alienas imagines (*le cachet d'autruy*) quæ sunt pro nomine: non igitur omnis falsus procurator fur est, quod ita demonstro. Finge: debitor falso procuratori solvit pecuniam non obsignatam, quod confirmatur *l. die sponsal. §. ult. depos.* pecunia non obsignata est argumentum translati dominii in accipientem: hoc est, qui solvit pecuniam non obsignatam falso procuratori, videtur ea mente solvere, ut fiat accipientis, ut ea is qui accipit, utatur, ac deinde eandem vel tantundem creditori reddat. Et hoc casu non potest videri furtum factum hujus pecuniæ, cujus dominus sit, *l. falsus, §.1. hoc tit.* Repugnat enim dominum pecuniæ fieri, & ejusdem pecuniæ nomine furti teneri: Furti tenetur is duntaxat, qui non dominus est. At si debitor falso procuratori solverit

verit pecuniam forte obſignatam, vel obſeratam, ut eam ipſam pecuniam, ſcil. perferret ad creditorem, neque reſeraret loculos, & eam ipſe procurator retinuerit, interceperit lucrandi animo, furtum facit proculdubio, nec pecunia ejus fit, *d. l. falſus* §. 1. Non eſt igitur falſus procurator fur, niſi perperam acceperit, ut Pap. loquitur in hoc §. *perperam accipere*, eſt, *intercipere*, hoc eſt, ea mente pecuniam accipere, ut eam lucrifaciat invito domino, Alias, *perperam*, eſt *per errorem*, ſæpe *in tit. de cond. ind.* hoc loco, eſt *per fraudem*, & *dolo malo*, ſive *per furandi conſilium*, ut in *tit. de jurejur. perperam jurare*, id eſt, *pejerare*. Verum ſi falſus procurator perperam acceperit pecuniam nomine creditoris, furtum facit ejus pecuniæ, ſi nec dominus, nec creditor ratum habuerit, quod is geſſit. Debitor non liberatur ipſo jure, ſed ſi conveniatur, poterit liberari per exceptionem doli mali, ſi modo paratus ſit creditori actionem furtivam cedere adverſum falſum procuratorem, qui perperam accepta pecunia tenetur furti nec manifeſti in duplum, *l. ſi falſus, C. de furt.* Hoc caſu debitor, qui ei ſolvit perperam accipienti, non liberatur ipſo jure, ſed ſi conventus fuerit, poterit liberari per exceptionem doli mali, ſi modo creditori paratus ſit cedere actionem furti adverſus falſum procuratorem, *l. cum quis* 38. §. 1. *de ſolut.* Et hoc genere, ſi liberatus fuit, evaneſcunt actiones furti, hoc eſt, debitori competere deſinunt adverſus falſum procuratorem. Quod ſi creditor ratum habuerit, quod ille falſus procurator geſſit, non tenetur debitori actione furti, vel condictione furtiva, ergo liberatur, cum ratihabitio mandato comparetur, & nihil amplius quicquam interſit debitoris, qui liberatus eſt. Et hoc, ſi falſus procurator furtum fecit, hoc eſt, ſi perperam acceperit pecuniam. Quid ſi recte acceperit? puta dominio pecuniæ in eum tranſlato forte non obſignatæ? Conſtat, creditore ratum habente, debitori nullam competere actionem adverſus procuratorem: creditore autem ratum non habente, falſus procurator tenetur debitori qui ſolvit, non condictione furtiva, ſed tenetur condictione ob rem dati, vel condictione indebiti. Una dat condictionem indebiti, *l. creditoris, C. de cond. ind.* altera dat condictionem ob rem dati, *l. ſi procuratori, de cond. cauſa data*. Nec ſunt hæ contrariæ, ſed concurrunt ut plurimum hæ duæ condictiones ob rem dati, & indebiti, *l. creditoris, C. de cond. ind.* ut verbi gratia, quæ dantur conditionis implendæ cauſa, ſi dandi nulla cauſa fuerit, vel quaſi indebita, vel quaſi ſine cauſa data condicuntur, *l. ult. de cond. ind. l. 3. §. ſi quis quaſi, de cond. cauſ. dat.* Et, ut recte Stephan. ait, non tantum hæ condictiones concurrunt cum condictione furtiva: nam condictio furtiva eſt de re tantum noſtra: Condictio ob rem dati de re, quæ noſtra fuit, non eſt, ut & condictio indebiti de re, quæ noſtra fuit, & nunc non eſt: condictio furtiva datur domino in non dominum. Illæ autem dantur in dominum: non poſſunt igitur concurrere cum condictione furt. Et hæc quidem, ſi debita fuerit pecunia, quæ falſo procuratori ſoluta ſit. Quod ſi indebita fuerit, & ſoluta ſit per errorem quis tenetur condictione? & qua condictione? Hoc etiam explicat Papin. hoc loco, *& primum indiſtincte falſus procurator, qui perperam accepit indebitam pecuniam, ei, qui ſolvit, tenetur condictione furtiva*. *Indiſtincte*, id eſt, ſive is, cujus nomine indebitum ſolutum eſt, ratum habuerit, ſive non: ſed alia in re multum intereſt, num is ratum habuerit, necne: nam ſi ratum habuerit is, cujus nomine indebita pecunia ſoluta eſt, ipſe tenetur condictione indebiti, perinde ac ſi ei ſoluta fuiſſet, quia ratihabitio comparatur mandato, verum per exception. doli, non ſine except. non ergo officio judicis, ut in ſpecie §. *ult.* quia condictio indebiti eſt ſtricta, & in ſtrictis judiciis vix quicquam obtinemus officio judicis, non oppoſita exceptione. Per exceptionem igitur doli mali, is, cujus nomine indebita pecunia ſoluta eſt, ſi ratum habuerit, & conveniatur condictione indebiti, conſequetur, ut ei actor cedat condictionem furtivam adverſus falſum procuratorem: habet etiam ſuo nomine ſine ceſſione actionem negotiorum geſtorum ut procurator falſus ei reddat, quod exegit, quia ratihabitio ejus negotium fecit, qui ab initio non fuit ejus, *l. ſi pupilli* §. *item quæritur, de negot. geſtis*. Habet igitur ſuo nomine negotiorum geſtorum propter ratihabitionem, & hodie magis quam antea: nam omnibus ſublatis diſtinctionibus hodie conſtitut. Juſtin. ratihabitio comparatur mandato, habet & alieno nomine, hoc eſt, ex ceſſione condictionem furtivam, & melior eſt condictio furtiva, quam negotiorum geſtorum duplici ratione, quoniam condictione furtiva tenetur reus etiam re ſuo fato perempta, ſive peritura fuerit apud actorem, ſive non, indiſtincte. Qua de cauſa condictio furtiva oneri eſt furi, alioqui ſatis eſſet ad rei perſecutionem rei vindicatio, ſed præter hanc etiam tenetur condictione furtiva, qua oneretur magis. Idem non obſervatur in actione negotiorum geſtorum. Denique in illa æſtimatio rei fit illius temporis, quo res unquam fuit plurimi, quod arbitrium judicis non admitteret in actione negotiorum geſtorum, eſt enim melior actio & levior. Et hæc, ſi is, cujus nomine indebita pecunia ſoluta eſt falſo procur. ratum habuerit. Quid ſi ratum non habuerit? Et placet hoc caſu eum non teneri ei, qui ſolvit, ſed falſum procur. teneri condictione indebiti, ſi furtum non fecerit, id eſt, ſi recte acceperit, ſi furtum fecerit, teneri condictione furtiva, & actione furti, *l. ſi indebitum, ratam rem hab.*

Ad §. ult. L. LXXX. de Furt.

Qui rem Titii agebat, ejus nomine falſo procuratori creditoris ſolvit, & Titius ratum habuit: non naſcitur ei furti actio, quæ ſtatim cum pecunia ſoluta eſt, ei qui dedit nata eſt, cum Titii nummorum dominium non fuerit, neque poſſeſſio: ſed condictionem indebiti quidem Titius habebit: furtivam autem, qui pecuniam dedit, quæ ſi negotiorum geſtorum actione Titius conveniri cœperit, arbitrio judicis ei præſtabitur.

NEgotiorum geſtor, vel procurator meus ſolvit procuratori falſo creditoris mei perperam accipienti, & ratum habui, *an habeo actionem furti, an condictionem furtivam adverſus falſum procuratorem?* minine: optima ratione, quia hujus pecuniæ, quam ſolvit procurator meus vel negotiorum geſtor, neque dominium, neque poſſeſſio apud me fuit, & condictio furtiva competit ſoli domino jure dominii. Actio autem furti jure poſſeſſionis competit. Huic rationi ſimilis eſt in *l. ſi gratuitam*, §. *ult. de præſcript. verb.* Notandum quod dico, condictionem furtivam dari jure dominii, actionem furti, jure poſſeſſionis: nam quod dicitur initio, *hoc tit.* jure dominii competere actionem furti, ita demum verum eſt, ſi fuerit dominus & poſſeſſor, nam ſolius poſſeſſionis furtum fit, *l. 1. §. Scævola, ſi quis teſtam. liber.* Quid eſt furtum? Interverſio poſſeſſionis: interverſio rei, *d. §. Scævola*, ſi ejuſdem rei fuerit dominus & poſſeſſor: & hac ratione hereditati antequam adeatur, id eſt, jacenti furtum non fit, ſed agitur expilatæ hereditatis, quia hereditas jacens habetur quidem pro domina, ſed non pro poſſeſſore, quia poſſeſſio eſt facti & animi. Quidquid facit corpus eſt, hereditas non eſt corpus: ergo non facit, quia poſſidere, facere eſt, atque adeo non poſſidet. Item poſſeſſio eſt animi: hereditas eſt jus inanime: ergo poſſeſſio nullo modo in hereditatem cadit, quia neque facto, neque animo ab ea poſſeſſio obtineri poteſt: facile intelligitur eſſe domina, quoniam ibi facto vel animo non eſt opus, non ita intelligitur poſſeſtrix, ut Marc. Tull. loquutus eſt. Ergo ſi procurator meus ſolverit falſo procuratori, & ratum habuero, non habeo actionem furti, habeo quidem condictionem indebiti, ſi indebitum ſolverit propter ratihabitionem, perinde atque ſi ego ſolviſſem. Geſtor autem procurator meus proculdubio habet actionem furti & condictionem furtivam adverſus falſum procuratorem: nam ei furtum factum eſt, non mihi: adverſus me habet actio-

nem negotiorum gestorum, ut recipiat id, quod solvit meo nomine, quia ratum habui: sed si mecum agat negotiorum gestorum, officio judicis, etiam non opposita exceptione doli mali, consequar, ut mihi cedat condictionem furtivam adversus falsum procuratorem. In superiori specie non consequar, nisi per exceptionem doli mali, quia condictio indebiti est stricta. Et inde notanda est differentia inter stricta & bonæ fidei judicia. In strictis actor cedit reo actiones, ubi æquitas id postulat beneficio exceptionis doli mali, quod eleganter demonstrat §. *ul.* collatus cum §. *pen.* ceditur actio furti reo, ceditur tantum condictio furtiva, quia scilicet ei, qui solvit, desiit competere actio furti, ut recte Græci, & solutionem ratam habenti, *hoc est*, desiit ejus interesse, cum res ei non sit peritura. Et ne quis objiciat, actionem furti competere jure dominii, si idem sit dominus & possessor, si possideat, addendum, jure dominii etiam competere actionem furti domino, qui non possedit rem, cum subriperetur, videlicet si alii possidenti res subrepta sit, nam si possessionis furtum fit, & rei quoque: rei autem solius furtum non fit. Re bonæ fidei possessori subrepta, tam ei, quam domino datur actio furti ejusdem rei nomine, possessori quanti interest, domino quanti ea res est, possessori causa possessionis, domino causa proprietatis, quasi possessori fit & domino non possessori; si possessionis furtum fit, & rei quoque. Rei solius furtum non fit, forte a nemine possessæ: nec alia ratione rei hereditariæ furtum non fit, quia licet hereditas sit interim, quum jacens est, pro domina, nullus tamen est possessor: sine possessore furtum non fit, sed si sit possessor rei hereditariæ, quamdiu jacet, hoc casu rei hereditariæ furtum fit, & heres, qui postea adit, recte furti agit, *l. hereditariæ, & seq. de furt.* alias rei hereditariæ non possessæ non fit furtum, ut dicitur in *l.* 1. §. 1. *si quis testamen.* quia hereditati furtum facit nondum possessæ. Ea verba referuntur ad factum magis, quam ad jus, quia jure rei hereditariæ non possessæ furtum non fit, sicut quum dicimus, servum aliquid debere: his verbis factum potius demonstramus, quam jus, quia servus jure civili non obligatur, *l. nec servus, de pecul.* Ergo verba non semper sunt secundum jus accipienda. Veteres quidem Jurisconsulti existimabant, rei hereditariæ furtum fieri etiam non possessæ: sed contraria sententia obtinuit, Sext. Ælii Man. Marci Bruti. Marc. Tullius ad Trebatium ait, se magis assentiri Scævolæ & Trebatio, ut rei hereditariæ furtum non fiat ante aditam hereditatem, *l.* 1. §. *Scævola, si quis testam. liber.* Adhibita hac explicatione pro certo constituamus, solius possessionis furtum fieri, hoc est, ejus rei, quæ possidetur ab alio, sive sit dominus, sive non sit dominus: furtum esse interversionem possessionis: rei a nemine possessæ furtum non fieri.

JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIUS
In Lib. XIII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIX. Ex quibus caus. maj.

Denique si emptor prius, quam per usum sibi adquireret, ab hostibus captus sit: placet interruptam possessionem postliminio non restitui: quia hæc sine possessione non constitit: possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

L. XX. *Nec utilem actionem ei tribui oportet, cum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.*

SCIENDUM est ex hoc edicto etiam majoribus 25. annis subveniri per restitutionem in integrum absentibus reipublic. causa, & deinde reversis, vel captis ab hostibus, si quid interim suæ rei,

A amiserint, dum absunt, ut si res eorum interim usucapta fuerit: nam rescissa usucapione reversis datur pristina actio in rem, hoc est, utilis vindicatio in rem. Omnis actio restitutoria est utilis, omnis actio extincta jure civili, quæ æquitate prætoria restituitur, est utilis, non directa. Idem est effectus utriusque, sed non promiscuus usus, *l. actio, de neg. gest.* ut actionis mandati, & negotiorum gestorum est idem effectus. Ratihabitionis, & mandati idem est effectus; sed ex utroque non datur eadem actio: ex mandato datur mandati, ex ratihabitione, negotiorum gestorum: & multum interest, qua formula, & qua actione quis experiatur. Igitur si quis dum est apud hostes, res ejus usucapta sit pendente captivitate, ex hoc edicto rescindetur usucapio, & dabitur utilis vindicatio, quæ restitutoria est, & fictitia. Idem erit si legatum sibi B delatum vel hereditatem propter absentiam vel captivitatem adeptus non fuerit: Nam reverso præstabitur legatum restituta actione ex testamento, perinde ac si lucro illo non decidisset. Ergo non tantum eis succurritur, qui damnum fecerunt, sed qui lucrum non fecerunt, *l. & sive quis, l. si quis, h.t.* Loquimur de lucro, quod obvenit sine damno alterius, quale est legatum: aliud est lucrum, quod obvenit cum damno alterius, ut si usucepero rem alienam. Usucapio est lucrum, quod ex l. 12. tab. propter commune bonorum obvenit ex damno alterius, vel lucrum conjunctum cum detrimento alterius, ut in *l.* 18. *&* 19. *h.t.* Qui captus est ab hostibus, rem alienam bona fide emerat, necdum usuceperat: captivitate interrumpitur usucapio: ergo apud hostes non potuit implere usucapionem: an reversus jure postliminii recuperat interru- C ptam usucapionem, ut medio tempore fingatur implevisse usucapionem? minime: quia auxilium restitutionis non datur lucrifaciendi causa cum damno alterius, *l. ait prætor*, §. 1. *& l. 19. h. t.* Quod cum superior lex docuisset postliminio non restitui interruptam usucapionem, subjicit nec beneficio hujus edicti: quia ex hoc edicto reversi restituuntur dominio suo vel lucro, quod obvenit sine damno alterius. Ea autem ratione postliminio non restituitur interrupta usucapio, quia usucapio sine possessione non procedit. Usucapio est acquisitio per possessionem. Possessio autem plurimum facti habet. Causa autem facti, id est, factum non continetur postliminio. Postliminio jure omnia restituuntur, perinde ac si reversus ea nunquam amisisset. At postliminium non potest efficere, ut videaris fecisse, quod non fecisti, vel usucepisse, quod D non usucepisti, *l. in bello, §. facti, de cap. & postl. revers.* Facti causæ postliminio infectæ fieri non possunt, scilicet ut non possederit, qui possedit. Adjicitur in hac l. 20. non tribui etiam reverso utilem actionem ex hoc edicto, quasi usuceperit. Utilis actio est, quæ fingit usucepisse eum, qui non usucepit, ut Publiciana. Et breviter omnis fictitia, rescissoria, restitutoria actio utilis est, non directa. Ratio est, quod iniquissimum sit, & contra mentem edicti, quod ex æquitate proficiscitur, domino auferre, quod usus non abstulit. Et subjicit rationem rationis Papin. *nec enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.* Alter non intelligitur amisisse puta dominus, quod ei non est ablatum. Aliud est rem amittere, & rem ei non esse ablatam. Ergo dominus non intelligitur amisisse, quod usus, nec alia ratio ei abstulit, ut in hac specie, rem amisit, si E usucapio eam abstulerit, vel eam pro derelicta habuerit, *l. falsus, §. qui alienum, de furt.* Nec obstat *l. si quis vi, §. differentia, de acq. poss.* Possessio nuda voluntate amittitur, si constituero me non possidere mihi, sed alii, vel si possessionem tradidero ea mente, ut mihi restitueretur: nam interim non videor possidere. Dominium nudo animo non amittitur, si dixero rem meam nolle meam esse, *l. jus agnationis, de pact.* Sed si voluntati accesserit abjectio rei, desino esse dominus ex titulo pro derelicto: quod hac ratione vel alio non est domino ablatum, id non fingitur amisisse; si nulla ratione amisit, ergo ei auferri non potest per causam hujus edicti, quæ æquitate mera sustinetur: recte itaque ait, nec utilem actionem id est, fictitiam in rem quasi usuceperit. Notandum est

ad hæc, reverso ab hostibus restitui possessionem jure postliminii, quam habuit, antequam caperetur ab hostibus, *l. ait prætor*, §. 1. *hoc tit.* nam non fingitur medio tempore possedisse, sed ei reverso restituitur eadem possessio, quam habuit, ac si captus non esset ab hostibus.

Ad L. ult. de Condit. inst.

Si filius sub conditione heres erit, & nepotes ex eo substituantur, cum non sufficit sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideramus nunquid intersit, quæ conditio fuerit adscripta, utrum quæ moriente filio impleri non potest, veluti si Alexandriam ierit, filius heres esto, isque Romæ decessit, an vero quæ potuit, etiam extremo vitæ momento impleri, veluti si Titio decem dederit, filius heres esto, quæ conditio nomine filii per alium impleri potest: nam superior quidem species conditionis admittit vivo filio nepotes ad hereditatem, qui si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus heres patri extiterit: argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est: quendam enim refert ita heredem institutum, si in Capitolium adscenderit, quod si non adscendisset, legatum ei datum, eumque antequam adscenderet mortem objisse, de quo respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse: altera vero species conditionis vivo filio, non admittit nepotes ad hereditatem, qui substituti si non essent, intestato avo heredes existerent: neque enim filius videretur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur, heredes fuissent instituti.

IN jure civili ratum hoc est: filium, qui est in potestate parentis, aut pure heredem esse instituendum, aut pure exheredandum, *l. 3. §. 1. de lib. & post. l. 4. in pr. de hered. instit.* Sub conditione non instituitur recte, quæ sit in casu, id est, quæ conferatur in fortunam: sub eadem conditione etiam non exheredatur recte, vel si ita exheredatur, aut instituitur, nullum est testamentum, quia pro præterito habetur. Sane si deficiat conditio, invenitur præteritus: præteritio autem filii, vitiat testamentum ipso jure. De filio loquor tantum: nam filia, nepos & ceteri liberi possunt institui sub conditione, *l. 4. in pr. l. 6. §. 1. de hered. inst. l. 1. §. sciendum, de suis & legit.* Cur filium ita separamus a ceteris? quia ceteri præteriri possunt, id est, præteriti non infirmant testamentum jure civili, ut constat ex *Instit. tit. de exhered. lib. & l. ult. C. de lib. præt.* Hodie tamen omnium liberorum par conditio est, nulli prætereundi silentio, omnes sunt vel instituendi pure, vel exheredandi pure, alioqui corruit testamentum. Ea igitur differentia est ex jure civili antiquo, quod nostri auctores sequuntur, & spectant in Digestis, atque omnes Imperatores in C. nam primus, qui differentiam sustulit Justin. est. Videamus autem, an illa sententia de filio sit perpetuo vera. Et sciendum est, tria esse conditionum genera. Est potestativa, est casualis, est & mista conditio. Conditio potestativa est, quæ est in arbitrio & potestate heredis scripti, atque pendet ex voluntate ejus, veluti *si Capitolium ascenderit, si urbe exierit*. Casualis est, quæ in casu aliquo incerto consistit, vel quæ pendet ex casu & eventu, veluti, *si Titius Cos. factus fuerit*: hæc est in difficili, quia non impletur quandocunque volumus; hæc proprie moram inijcit institutioni & legato, etiamsi nolimus moram fieri nobis. Conditio autem potestativa est in facili. Conditio casualis impleri potest vivo testatore, potestativa post mortem, *l. 11. §. 1. de cond. & demonstr.* Quæ autem est mista conditio? vulgo accipiunt pro ambigua, quæ potest esse potestativa, & non esse, veluti, *si Alexandriam ierit*, fiet non potestativa, *si per hyemis injuriam iri non possit*: & erit *potestativa*, si imponatur ei, qui a primo milliario Alexandriæ agit, quia impletu facilis est & prompta. Item hæc conditio, *si Titio decem dederit* est potestativa, *si Titius præsens fuerit*: non est potestativa, *si Titius longinquo itinere peregrinetur*, & forte nesciatur ubi gentium degat, *l. 4. §. puto, de hered. instit.* Et fere, hoc notandum, nulla est conditio potestativa, quæ non possit non esse potestativa: qua ratione putem non alia ratione potestativas appellari promiscuas, *d. l. ultim.* quam quod possit esse potestativa, & non esse. Casuales autem appellari non promiscuas, quia quæ casualis est, non potest esse potestativa, veluti hæc est, *si fulserit cras*, nunquam non potest esse casualis: non est igitur promiscua: sed male vulgo mista conditio dicitur, quæ est promiscua, hoc est, quæ potest esse potestativa, & non esse: nam non ideo mista est: mista est, cujus eventus partim pendet ex voluntate, partim ex casu, *l. un. §. sin autem, C. de caduc. toll. l. ult. C. de necess. serv.* veluti hæc conditio, *si Titio reverso postliminio decem dederit*, partim est casualis, partim potestativa: vel hæc conditio, *si Titio consule Capitolium ascenderit, heres esto*. Videamus, quæ in jure sit inter has conditiones differentia, & ita statuamus. Si filiusfamilias a patre heres instituatur sub conditione casuali, testamentum est nullius momenti, *l. Lucius, de condit. & demonst. l. 15. hoc tit.* nisi sc. in defectum ejus conditionis, hoc est, sub contraria conditione exheredetur a coheredibus suis, aut substitutis, *l. jam dubitari, de hered. instit. l. 4. C. de instit. & substitut.* Alioqui deficiente conditione institutionis, si sub contraria non sit exheredatus, invenietur præteritus, quæ res testamentum vitiat ipso jure. Qui filium igitur heredem instituit sub conditione casuali, magis eum præterire, quam instituere videtur: neque igitur eum instituit, neque exheredat, & non institutus non potest esse heres ex testamento, & rursus non exheredatus non potest repelli ab hereditate. Ille igitur filius præteritus heres existit ab intestato, non ex testamento, quod nullum est: & idem erit, si filius instituatur sub conditione mista, eadem ratione, quia deficiente parte casuali invenitur præteritus. Nunc de potestativa ita constituas: si filiusfam. ita a patre instituatur sub conditione potestativa, testamentum valet, quasi sub conditione contraria exheredatus fuerit: nam hoc ineptum esset, eum exheredari sub contraria conditione, cum in potestate ejus sit an heres sit & conditio potestativa pro pura haberi debet, *l. 1. §. 1. qui sub condit. si quis omiss. cau. test.* Et præterea, si non impleatur conditio potestativa, non deficit proprie, sed omitti videtur, *l. libertus, §. existimo, de bon. lib.* ut merito filio imputari possit, quod eam omiserit. Item filius non parendo conditioni potestativæ, patrem intestatum non facit: & ideo coheres ejus, si quem habet, statim adire potest hereditatem, etiamsi filius nondum conditioni paruerit, non expectato filio: nam eum duntaxat, expectat, qui patrem intestatum facere potest, qui testamentum infirmare potest, *l. 4. §. 1. de hered. inst.* non existente autem conditione casuali, filius patrem intestatum facit, id est, infirmat testamentum, quasi præteritus: imo statim ob eam causam, quod magis præteritus intelligitur, quam institutus, ac propterea coheres ejus etiam statim pendente conditione casuali repellitur a successione testamentaria. Ad hæc notandum est, conditionem potestativam omissam intelligi, vel mortuo demum filio, & substitutum admitti, vel coheredi adcrescere portionem filii post mortem ejus, vel omissam videri vivo filio: nam duo sunt genera conditionis potestativæ: est quæ impleri non potest ultimo vitæ momento, hoc est, mortis proximæ tempore. Certum est nunquam impletum iri, veluti, *si Alexandriam ierit*: constat enim morienti Romæ non esse integrum Alexandriam ire. Alia est conditio potestativa, quæ potest impleri eo tempore, hoc est, ultimo vitæ momento, veluti, *si decem dederit*: nam hæc conditio, moriente filio impleri potest per alium. Ita ergo definiamus: si prior potestativa conditio adscripta sit filio, quæ non possit impleri ultimo vitæ momento, filius patri ab intestato heres fuisse intelligitur in ipso momento moriendi, quo certum esse cœpit jam amplius conditionem non posse impleri. Eo igitur momento filius patri ab intestato heres fuisse intelligitur, & hereditatem transmitti ad

suos,

ſuos, ſi ſubſtitutum non habuit, *l. ſi filius, de lib. & poſt* Sed ſi poſterior condictio, quæ poteſt impleri ultimo vitæ momento, impoſita ſit, nec impleta, filius poſtea mortuus, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato patri heres fuiſſe præſumitur: non eſt ex teſtamento, qui non implevit conditionem: non ab inteſtato, quia pependit cauſa teſtamenti, quandiu vixit propter incertum conditionis, nec ultimo vitæ momento impleri potuit, & pendente cauſa teſtati, ceſſat cauſa inteſtati. Denique neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heres intelligitur, ſed vocatur ſubſtitutus filii vel coheres jure adcreſcendi, vel his deficientibus vocatur ſuus vel agnatus, quod omne rurſus oſtendi poteſt manifeſtius hoc modo. Prior ſpecies conditionis vivo filio, ſed morti proximo admittit ſubſtitutum: nam conditio intelligitur defeciſſe in ipſo mortis articulo, quia tempus moriendi ſemper in jure deputatur vitæ, non morti computatur: vivo igitur filio deficit conditio, igitur admittitur ſubſtitutus. Et Pap. hic oſtendit propoſito ſimili exemplo ex libr. Ser. Sulp. quod eſt elegantiſſimum. Heredem inſtitui ſub conditione, *ſi Capitolium aſcendat*, conditio eſt poteſtativa, quæ non poteſt impleri ultimo vitæ ſpiritu, & ſi Capitolium non aſcenderet, ei legavit 100. mortuus eſt omiſſa hereditate non impleta conditione, an tranſmittit legatum ad heredem? ſic ſane, quia dies legati ceſſiſſe intelligitur eo vivo, propterea quod eo adhuc vivo certum eſſe cœpit, conditionem impleri non poſſe: quod ſi non poſſit, in eum caſum voluit ei legatum præſtari. Et ita Pap. refert hanc ſententiam, dum ait, *morte defeciſſe conditionem*. Utrumq; ait improprie: nam non morte defecit, ſed eo moriente, & non defecit potius, quam omiſſa eſt, ut ſi fuerit poſterior conditio poteſtativa, quæ poſſit impleri ultimo vitæ momento, mortuo dein filio admittit ſubſtitutum vel coheredem, vel ſuum, Item poſterior ſpecies conditionis, *ſi filius inſtitutus ſit ſub conditione poteſtativa*, quæ poſſit impleri ultimo vitæ momento, & nepos ei fuerit ſubſtitutus, ſola contraria conditione poſt mortem filii ſubſtitutus nepos vocatur ad hereditatem, non ante mortem: ſi ſubſtitutus non fuerit nepos, nec alius quiſquam, nepos vocatur ad legitimam ſucceſſionem avi, hereditatem avi, id eſt, ab inteſtato, quaſi ſuus, quia filius eum non præceſſit eo tempore, quo delata eſt hereditas avi: Jam enim erat mortuus filius, & ſuus eſt, quem alius non præcedit: eſt certiſſima hæc definitio, ſuum heredem eſſe meum, qui eſt ex liberis defuncti, & quem nemo præcedit delatæ hereditatis tempore: ea propter in hoc caſu filius non videtur obſtitiſſe nepoti, quamvis avo intelligitur eſſe ſuus heres, quia quo tempore delata eſt hereditas avi nepoti, filius non erat in rerum natura, id eſt, nepotem nemo præcedebat. Et Papinianus ponit ſimilem caſum his verbis, *quemadmodum ſi exheredato eodem filio &c.* Qui verſus, crux eſt juris ſtudioſorum: nemo non fuit diligens in exquirenda ejus verſus ſententia, & fruſtra: nam, ut oſtendi jampridem labes facta eſt in Digeſtis tribus aut quatuor locis, maxime in fine titulorum aut librorum, ut labes eſt facta in *tit. de bon. damnat.* & alia in *tit. de interd. & releg.* & alia *in fine libri* 41. ubi deſideratur titulus, *communia de uſucapionib.* ut indicat index Digeſtor. Et hoc etiam loco labes facta eſt: nam eſt imperfectus hic verſus, & ſunt ejus verba contorta: nam ut in *l. 1. §. ſciendum, de ſuis & legit. heredib.* conjunguntur duo caſus, quibus filius non obſtat nepoti in jure ſui: ita etiam Papin. hoc loco eoſdem caſus voluit conjungere, & legendum, *quemadmodum ſi exhederato eodem filio, nepotes cum filius moreretur fuiſſent, et heredes inſtituti poſtea repudiaſſent*. Et caſus hic eſt: filium exheredavit, nepotem prætermiſit, nec vero debuit eum inſtituere, vel exheredare, quia non erat ſuus præcedente filio: recte igitur filium exheredavit, nepotem prætermiſit, & extraneum ſcripſit: filius mortuus eſt deliberante extraneo herede ſcripto: nondum igitur exheredatione conſiſtente, quia ante hereditatem non valet exheredatio; mortuus eſt ſuus filius deliberante ſcripto, atque adeo exheredatione nondum obtinente: poſt mortem filii heres ſcriptus repudiavit, nepos erit ſuus heres

A avo ab inteſtato, nec videbitur filius ei obſtitiſſe, quia tempore delatæ hereditatis avi filius non fuit in rebus humanis, id eſt, quia in ea hereditate filius eum non præceſſit unquam. Et ita duos proponit caſus, quibus filius non obſtat nepoti in jure ſui, *l. ſi quis, de injuſt. rupt. §. in ea cauſa, Inſt. de hereditatibus quæ ab inteſt. defer. l. ſcripto, unde liberi.* vide *d. l. 1. §. ſciendum.*

Ad L. XIV. de Bonor. poſſeſſ.

Cum quidam propinquus falſum teſtamentum accuſaret, ac poſt longum ſpatium temporis probaſſet: licet dies ei petendæ poſſeſſionis, quam forte certus accuſationis petere debuit, ceſſiſſe videtur: attamen quia hoc propoſito accuſationem inſtruit, ut ſuum jus ſibi ſervet, agnoviſſe ſucceſſionem non immerito videbitur.

B Cum quidam propinquus, id eſt, agnatus, ut illo loco Horatii,

—— *& ad ſanos abeat tutela propinquos.*

nam cognati ad tutelam vel curam non vocantur, & in ſpecie hujus legis inferimus agnatum appellari propinquum, quia vocatur ad hereditatem. Species hæc eſt. Quidam agnatus teſtamentum agnati, quo extraneum heredem ſcripſerat, falſum eſſe dixit inſtituta accuſatione adverſus heredem ſcriptum ex *l. Corn. teſtamentaria*, & poſt longum tempus probavit eſſe falſum teſtamentum, puta poſt decennium: certe poſt tempus intra quod petere debuit bonorum poſſeſſionem, puta intra 100. dies: (liberi & parentes petunt bon. poſſeſſ. intra annum: agnati intra 100. dies) Igitur poſt longum tempus obtinuit
C agnatum inteſtatum fuiſſe, neque tamen petiit bonorum poſſeſſionem ab inteſtato intra 100. diem, ut oportuit ex edicto prætoris, quam diu traxit accuſationem, nec ea pendente petiit bonorum poſſeſſionem unde legitimi: Quæritur, *an ei ceſſerit tempus petendæ bonorum poſſeſſionis, an ei ceſſerint 100. dies conſtituti ad bonorum poſſeſſionem?* atque ita an tempore ſit excluſus a bonorum poſſeſſione unde legitimi, an petenti eam obſtet clauſula, quæ ponebat ceſſiſſe ei tempus, ſi certus accuſationis fuit, id eſt, ſi certo ſcivit falſum eſſe teſtamentum. *Et certus accuſationis*, inquit: certo accuſationis procedunt tempora: ergo debuit bonorum poſſeſſionem petere, cui de jure ſuo liquido conſtabat, ſi incertus fuit accuſationis, ſi dubitavit de jure teſtamenti, non potuit recte petere bonorum poſſeſſionem, ſicut nec adire,
D *l. cum falſum, de acqui. hered. l. 3. ad l. Corn. de falſ.* Certum, ſcientemque adire oportet, aut bonorum poſſeſ. amplecti, non incertum juris ſui, alioqui adeundo nihil agit, & incerto accuſationis non procedunt tempora bonorum poſſeſſ. & ſtatim atque ei conſtiterit falſum eſſe teſtamentum, etiamſi poſt diuturnum tempus conſtiterit, erit ei integrum petere bonorum poſſeſſ. unde legitimi quaſi inteſtati agnati: nam certo accuſationis tantum cedunt tempora. Accurſ. & alii, tentant certo accuſationis non cedere tempora, ſi inſtituerit accuſationem falſi teſtamenti: id eſt, quandiu accuſat teſtamentum falſi, non cedunt ei tempora petendæ bon. poſſ. ab inteſtato. Hæc eſt vulgaris ſententia omnium ad hanc legem. Movetur Accurſ. hac ratione, quia certo, inquit, accuſationis non cedunt tempora, quoniam eam
E non potuit petere, ſane ſi non potuit eam petere, non cedunt ei tempora. Ergo ea tempora ſunt utilia, quibus ſcierit potueritque ſcire ſibi competere bonorum poſſeſſionem, ut in cretionibus, & quibus potuerit petere. At nego eum non potuiſſe petere, cum, ut Papin. ait, debuerit petere: ſi debuit, & potuit: quam autem potuit petere, nec petiit, tempore amiſit, id eſt, omiſit: nam omittere proprie eſt tempore excludi, ſcriptum tempore ſubmoveri. Movetur etiam Accurſius, & quidem rationabilius, *l. contra, C. de inof. teſt.* Sciendum eſt querelam inofficioſi teſtam. quæ datur liberis exhederatis extingui quinquennio: nam aut intra quinquennium eſt conſtituenda, aut non poteſt, *l. 2. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit.* facultas accuſandi teſtamenti paterni, quaſi impii coercetur

cetur brevitate temporis. Finge: egisti querela injusti testamenti, quod desint in testam. solemnia, sive etiam egisti inofficiosi: duas querelas intentasti sibi admodum adversas: nam si injustum est testam. non valet: si inofficiosum valet, sed agitur ut rescindatur. Utramque tamen querelam instituisti, injusti testamenti, & inofficiosi. Ex una velle consequi quod te contingit videris, *l. 1. §. qui autem, quod legat.* ut fit hodie frequenter, quoties diversæ actiones ejusdem rei nomine intentantur. Dixisti injustum esse testamentum, & inofficiosum, licet esset justum, & priorem querelam tantum executus es, lis tracta est in septennium, nec obtinuisti: quæritur an amiseris querelam inoffic. testamenti, an postea exequenti tibi alteram querelam obstet præscriptio quinquennii? Et ait *d. l. contra*, non obstare, quia non cessantibus præscriptio objici non potest, tu non cessasti, cum interim querelam de injusto testamento persecutus fueris. Ergo præscriptio temporis tibi non obstat, postea persequenti querelam inofficiosi testamenti. Præscriptiones sunt cessantium, castigationes seu reprehensiones, non etiam non cessantium. Finge, habeo actionem temporalem, veluti redhibitoriam, aut quanto minoris, nec eam intendo intra tempus constitutum sed ea de re litigo cum compromissario, nec quicquam perficio, an post tempus actionis erit mihi actio integra? Et sane erit, quia interim non cessavi, *Novell. 63.* Unde colligit Accurs. etiam te, qui dixisti falsum testamentum agnati, atque ita non cessasti, non debere repelli præscriptione temporis a bonorum possessione unde legitimi, quia non cessasti, & quia etiamsi bona persecutus non fueris, tamen hac mente dixisti falsum esse testamentum, ut ea postea persequereris: ergo tibi non cesserunt tempora. Non est difficile respondere. In specie *l. contra*, tu egisti querela injusti & inofficiosi, & executus es priorem, posteriorem ergo querelam non omisisti, quia eam inchoasti, cum priore egisti igitur in *d. l. querela inoffi.* quia eam non omisisti. In hac specie non petiisti bonorum possessionem, ergo eam omisisti tempore, nec tibi est integrum eam petere tempore excluso. Verum non deest aliud remedium: quia etiam hoc ipso, quod accusationem falsi instituisti, juris tui conservandi causa, videris successionem agnovisse animo: ad te igitur intelligitur pervenisse hereditas agnati, quia accusando testamentum falsi, videris successionem agnovisse. Quid autem est agnoscere successionem? Pro herede gerere, qui unus est modus acquirendæ hereditatis, *l. gerit, de acq. hered.* Gerit pro herede, qui agnoscit animo successionem, licet nihil attingat. Non dicit Papinianus te bonorum possessorem fieri, quia tempora bonorum possessionis præterierunt, sed dicit te successionem agnovisse: non dicit bonorum possessionem, sed successionem: igitur heres es, non bonorum possessor, vel es, vel fieri potes. Bonorum possessio nisi petita vel data sit, non acquiritur: aut est petenda, aut a prætore sciente non petenti danda, *l. servus, hoc tit.* Excipitur municipium, cui acquiritur bonorum possessio etiam sine petitione vel datione, ipso jure, *l. 3. §. a municipalibus, hoc tit.* Et hodie etiam ex novissimis Constitutionibus ad acquirendam bonorum possessionem sufficit nuda voluntas, id est, quælibet testatio, sive quodlibet indicium amplectendæ bonorum possessionis, *l. ult. §. non utitur, de curat. fur. §. ult. Inst. de bon. possess.* Hodie igitur videtur bon. posses. agnovisse. Quem volunt esse sensum hujus legis, verum is esse non potest, cum nondum exiissent Constitutiones, quæ quamlibet agnitionem bon. posses. admittunt. Verus sensus hic est: agnatum, qui dixit testamentum agnati falsum, nec obtinuit intra tempora, sed postea, repelli a bonorum possessione unde legitimi: non repelli ab hereditate, quemadmodum dicendo testamentum falsum, videtur se pro herede gessisse ab intestato, cum non alio fine dixerit, quam ut hereditatem sibi reservaret legitimam.

Ad L. XXI. de Leg. præst.

Si portio hereditatis quam excepta persona beneficio legis habere potuit, repudietur; pro ea quoque parte filius, qui bonorum possessionem accepit, non aliis quam exceptis personis legata præstabit.

Notandum est, magnam esse differentiam inter querelam inofficiosi testamenti, & bonorum possessionem contra tabulas: nam querela inofficiosi testamenti datur immerito exheredatis suis, sive emancipatis, sive sint emancipati, sive in potestate, & necessaria est utriusque, alioqui non pervenirent ad hereditatem. Datur etiam parentibus exheredatis, & necessaria est, ut ad bona veniant. Bonorum autem possessio contra tab. datur liberis silentio præteritis: & emancipatis est necessaria, suis autem non est necessaria: quamvis enim sui præteriti eam petere possint, tamen necessaria non est, quia mero jure ab intestato heredes sunt, *l. pen. §. legata, tit. prox. supr.* Datur etiam bonorum possessio contra tabulas parentibus, sed non semper: nam iis tantum datur, qui filium vel nepotem emanciparunt & manumiserunt, id est, qui in emancipando contraxerunt fiduciam, in tit. *si quis a parente manum.* Datur etiam patronis quibusdam bonorum possessio contra tabulas, non tamen unquam querela datur patronis. Addendum est etiam, querela inofficiosi testamenti dari contra heredem scriptum, qui adiit hereditatem, nec enim ante aditam hereditatem nascitur querela. Bonorum possessio contra tabulas datur contra testamentum, etiamsi heres scriptus non adierit. Et hoc est, quod dicitur bonorum possessionem contra tabulas dari contra lignum, *l. quod vulgo, supr. tit. prox.* Querela inofficiosi testamenti, alias in totum rescindit testamentum, alias pro parte: in totum, si scriptus sit extraneus: in partem, si scriptus frater fratris exheredati, qui agit querela, *l. Papin. §. sed neque, de inoffic. test.* Bonorum possessio contra tabulas, semper rescindit testamentum: & si frater præteriti sit heres institutus, præteritus instituto fratre committit edictum, id est, aperit ei viam ad petendam bonorum possessionem contra tabulas, & sic infirmat totum testamentum. Item querela inofficiosi testamenti patrem facit intestatum, *l. 6. §. pen. l. mater, de inoffic. test.* Bonorum possessio contra tabulas testatorem non facit intestatum ipso jure, licet jure prætorio testamentum rescindatur, *l. 1. hoc tit. l. ut liberis, C. de collat.* Sed non ideo sequitur, testatorem fieri intestatum ipso jure, id est, civili, nec etiam prætorio, ut in *l. pen. §. pen. §. sed quemadm. supra tit. prox.* ostenditur quamvis obscure. Finge: Duo sunt fratres, unus exheredatus, alter præteritus, si præteritus sit suus, testamentum nullum est ipso jure, ergo uterque etiam exheredatus succedet ab intestato: sed si præteritus sit emancipatus, licet acceperit bonorum possessionem contra tabulas, testamentum valet, si heres aliquis adierit ex testamento, & exheredato fratri non committitur edictum, *l. si post mortem, §. exheredati, tit. prox. supra*, id est, non potest venire exheredatus una cum fratre præterito ad bonorum possessionem contra tabulas, nec ad legitimam hereditatem ab intestato, quia testamentum valet ipso jure, licet rescissum sit jure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas. Ideoque necesse habet agere querela inofficiosi, scilicet adversus heredem scriptum qui adiit. Instituto tamen fratri committitur edictum, non exheredato. Ultima differentia hæc erit, si testamentum rescindatur per querelam inofficiosi, nihil in testamento scriptum valet secundum jus, quod obtinuit ante Novellam Justiniani, quæ vult solam institutionem rescindi ex causa exheredationis vel institutionis, quæ pro exheredatione habetur, ut si filius sit præteritus a matre: nam silentium matris est exheredatio, non silentium patris: sed si per bonorum possessionem contra tabulas testamentum rescindatur, secundæ tabulæ, id est, pupillares, & quæ in eis relicta sunt legata, non rescinduntur, *l. ex duobus, §. ult. de vulg. sub.* Legata quoque relicta primis tabulis his personis, quæ sunt exceptæ in hoc edicto *de leg. præst.* ut liberis & parentibus testatoris, vel quæ sunt relicta uxori, aut nurui testatoris, dotis nomine, ea prætor non rescindit. Bonorum possessio est ex edicto prætoris. Querela inofficiosi est ex jure civili: jus prætorium mitius est jure civili: hodie Justinianus

nus mitiorem fecit querelam inofficiosi: nam legata omnibus conservari voluit rescissa institutione sola, *Nov.* 115. Et hoc est, quod dicitur, ex causa exheredationis vel prætoris, quæ pro exheredatione habetur, sola institutio vitiatur, cetera firma manent, ut secundæ tabulæ, tutelæ, libertates, legata omnia & fideicom. quibuscunque personis relicta. Petita autem bonorum possessione contra tabulas, ex hoc edicto de legatis præstandis exceptis personis non tantum conservantur legata, sed etiam quæ instar legatorum habent, fideicom. & mortis causa donationes, *l.3. l.5. §. idem observatur*, *l. si filius h.t.* Conservantur enim portiones hereditatum, non ex hoc edicto: nam legati verbum non potest continere hereditatem, sed ex constitutione Divi Pii, ut si parentes vel liberi sint heredes scripti ex parte, ea pars eis conservetur, *l.5. §. sed & si portio, l.7. hoc tit. l. qui duos, in fine, de conjung. cum emancip. lib.* Exceptis igitur personis hæc omnia conservantur, sed quomodo? an omnino hæc omnia conservantur? minime: nam hæc quæ retulimus exceptis personis ita conservari intelligimus, ut nullo titulo plus ferant, quam virilem portionem, nec titulo institutionis, nec legati; Nam usque ad portionem virilem duntaxat parentes, & liberi tuendi sunt, ne plus habeant, quam præteriti, qui petierunt bonor. possess. contra tabulas. Ideoque eorum portio in virilem redigi potest, si ex majore parte scripti sint, sed si ex minori parte, eorumdem portio augeri non potest, *l.5. §. ad eum autem modum, h.t.* Uxor autem vel maritus, cui aliquid relinquitur dotis nomine, non rediguntur in virilem portionem, sed totum legatum percipiunt, quia rem suam percipere videntur. Ideoque legatum dotis Falcidia non minuitur, *l. viriles §. si quid uxori, hoc tit. l. sed ususfr. §.1. ad leg. Falc.* Finge: in testamento quo filius heres præteritus est, heredes scripti sunt alii filii ex portione quadam, vel nepotes, vel parentes testatoris, & ab eis relicta sunt legata: non adeunt hereditatem, nec etiam repudiant, sed omittunt, quia sciunt præteritum petiisse, aut petiturum esse bonorum possessionem contra tabulas, ut fit *l.4. h.t.* conservatur eis portio hereditatis ex Constit. Divi Pii, an legata præstabunt omnibus? Minime, sed ea tantum, quæ relicta sunt exceptis personis, perinde ac præteriti, qui petierunt bonorum possessionem contra tab. *l.5. & 20. sup.* Sed quid si parentes & liberi repudiarunt portionem hereditatis, ea portio accrescet præterito, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, & non tantum pro sua parte, sed etiam pro ea parte, quæ ei accrevit, præstabit legata personis exceptis. Quid si parentes & liberi adierint hereditatem? pro ea parte, pro qua instituti sunt omnibus præstabunt legata. Hæc quæ diximus sunt accipienda de præterito emancipato. Nam suus præteritus, qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, ne exceptis quidem personis præstat legata, *l. is qui in potestate, hoc tit.*

Ad L. XI. de Carb. edicto.

Cum sine beneficio prætoris, qui patitur controversiam, filius heres esse non potest, forte quia scriptus est, edicto Carboniano locus non est: ac similiter cum certum est, quamvis filius sit, eum tamen heredem non fore: veluti si Titio herede instituto, postumus aut impubes exheredatus negetur filius. Nec ad rem pertinet, quod interest illius in quibusdam filium esse, veluti propter fratris ex alia matre nati bona vel jura libertorum, & sepulchrorum: istos enim casus ad Carbonianum constat non pertinere.

Carboniana bonorum possessio non est propria quædam bonorum possessio, sed vel unde legitimi, vel unde liberi, vel secundum tabulas. Et huic locus est in hac specie: Filius pupillus in testamento præteritus, nam pupillo tantum debetur hæc bonorum possessio: filius igitur præteritus est testamento patris, & petiit bonorum possessionem contra tabulas, vel patre intestato bonorum possessionem unde liberi: fit ei controversia status quod negetur filius esse defuncti, fit ei controversia hereditatis paternæ, an dabitur possessio bonorum, quam petit? Quod non videtur, quia quæstio status est præjudicialis. Igitur quia petit jugulum causæ, est peremptoria: & sane jure non est danda, quoad finita fuerit status quæstio. Verum ex edicto Carbonia. causa cognita interim pupillo dabitur bonorum possessio, vel contra tabulas, vel unde liberi, quæ dicitur Carboniana, & differetur status quæstio in tempus pubertatis. Datur causa cognita: nam debet prætor perpendere, utrum expediat pupillo repræsentari, an differri quæstionem status. Ergo hæc bonorum possessio est decretalis, quia decreto interposito datur: extraordinaria, non ordinaria: *provisionnaire*: temporaria non perpetua, nam pubertate finitur, nec interim suo effectu caret: nam pupillus cui decernitur, interim possidet solus, nisi adversarius sit ex liberis, & interim alitur ex bonis & exercet actiones tempore perituras. Plerumque autem Carboniana bonorum possessio datur filio præterito, vel filio venienti ab intestato: nam filio pupillo instituto non datur Carbo. bonorum possessio secundum tabulas, quamvis negetur esse filius, quia non ut filius venit ad hereditatem, sed ut scriptus, & sufficit ei bonorum possessio secundum tabulas edictalis, nec opus est decretali, *l.1. §. Pompon. h.t.* Et hoc est, quod ait Papinianus in princ. hujus l. Verum quæstio status differtur in tempus pubertatis ex Constit. *l.3. §.1. h.t.* non ex hoc edicto: sed ex Constit. Et ita demum huic edicto locus erit, si status & hereditatis controversia sit: nam si status tantum, statim judicium explicandum est, *l. de bonis §. ita demum, h.t.* Et hoc ita procedit, ut non sit locus Carboniano, nisi sit institutus quasi filius ab eo, qui eum non instituisset, si cognovisset eum filium suum non esse: nam hoc casu indigebit auxilio edicti Carbon. *l.4. C. de hered. instit.* Pupillo exheredato non datur Carboniana bonorum possessio, maxime si sit exheredatus non apposito elogio hujusmodi, quia filius meus non est, vel quia ex adulterio est conceptus, exheres esto: nam si secundum quod scripsit testator, & post mortem ejus negetur esse filius, locus erit Carbo. edicto, alioqui exheredato pupillo non datur bonorum possessio Carboniana, quamvis negetur filius, *d. l.1. §. item Pomp. & §.7. h. tit.* quia certum est, eum, heredem non fore (quamvis filius sit) propter exheredationem: interest tamen ejus, ut filius pronuncietur, licet institutus vel exheredatus sit propter alias quasdam causas, non propter Carbon. sed in aliis causis interest illius filium esse de[illegible], ut si sit quæstio de bonis fraternis. Finge: Deducto [illegible] intestato nato ex alia matre, pupillus dixit, se ejus fratrem esse: & fratrem consanguineum præferri matri ex SCto Tertull. mater negat eum esse fratrem, an interim dabitur Carboniana? Minime, quia non agitur de bonis paternis, quo solo casu datur Carboniana, *l.3. §. si is qui status, h.t.* & tamen interest ejus, filium censeri ejusdem patris, ut habeat bona fraterna: nam exheredatio non adimit bona fraterna, sed jus suitatis, non jus consanguinitatis. Secunda causa est, ut ejus intersit esse filium, si sit quæstio de bonis paternis liberti, & negetur esse filius patroni. Ad hanc speciem non pertinet Carboniana, *l.7. si impubes §. si pupillus h.t.* sed tamen interest ejus filium esse, ut obtineat bona liberti. Et loquitur de filio pupillo instituto: nam exheredatus non admittitur ad bona paterni liberti, nisi libertus ei sit adsignatus, *l.1. §. sed etsi exheredato, de adsig. lib.* & nisi pater caverit nominatim, ut jus ei sit salvum in libertum, *l. si pater exheredato, de bon. lib.* Tertia causa est propter jus sepulchrorum, *l.6. §.1. de relig. & sumpt. fun.*

Ad L. XI. de Bon. poss. sec. tab.

Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto: duobus peregrè defunctis, si substitutus ignoret uter novissimus decesserit, admittenda est Juliani sententia, qui propter incertum conditionis etiam prioris posse peti bonorum possessionem respondit.

§. 1. Filius heres institutus post mortem patris ab hostibus rediit, bonorum possessionem accipiet, & anni tempus, a quo rediit, ei computabitur.

Pri-

A PRima quæstio versatur circa speciem ejusmodi. Duo sunt filii impuberes, pater ut inter eos conservet jus legitimæ hereditatis, ut *l. vel singulis, de vulg. substit.* non substituit utrique, id est, si uterque impubes decederet, sed substituit ei tantum, qui supremus moreretur: quæ substitutio est quidem pupillaris, cum sit facta in secundum casum: sed & vulgaris dicitur, quia quotiens erant duo vel plures impuberes, pater solebat ei substituere, qui supremus moreretur, *l. in vulg. de verb. sign.* Ergo vulgaris substitutio dicitur duobus modis, quæ fit in primum casum: & formula vulgaris substitutionis pupillaris, quæ scil. fit supremo morienti in secundum casum. Duo tantum sunt casus substitutionis. Primus est casus non acquisitæ hereditatis, ut *si primus heres non erit, secundus heres erit,* quæ est substitutio vulgaris separata a pupillari, quæ fit passim a quolibet ex 12. tabulis. **B** Secundus casus est acquisitæ hereditatis & mortis, in quem substituimus tantum directo: ut liberis impuberibus, qui sunt in potestate nostra, hoc modo: *filius ille impubes heres esto, si heres erit & impubes decesserit ille heres esto*, vel etiam secundus casus est casus mortis tantum. Nam substitutio pupillaris fit etiam exheredato hoc modo: *Ille filius quem exheredavi si impubes decesserit, Titius illi heres esto.* Pupillaris substitutio non est testamentum paternum, sed pupillares tabulæ secundum quas datur substitutis bonorum possessio perinde, atq; secundum tabulas institutis. Nunc finge: Ex duobus impuberibus pater substituit supremo morienti: at non apparet quis fuerit; quia simul periere in mari, nec apparet aut constat uter novissimus decesserit. Quæritur substitutus, qui substitutus est ei, qui supremus moreretur, utrum nulli heres erit, an utrique? & ait, **C** substitutum utrique heredem esse ex substitutione, & posse utriusque pupilli bonorum possessionem petere secundum tabulas. Ergo neuter filius mortuus est intestatus, quandoquidem substitutus supremo morienti, utriq; videtur substitutus: quoniam jure patriæ potestatis pater filiis fecit testamentum: nam alius nemo testamentum facit: puberi .n. non potest ita substituere, nisi per fideicommissum: non possum heredem dare ei, qui solus heredem facere potest. Et hoc ita respondit Julianus, propter incertum conditionis, quia incertum est extiterit conditio substitutionis, an defecerit, propterea quod non apparet uter supremus decesserit. Nam & uterque supremus dici potest, cum neutri eorum alterum superstitem fuisse apparet, *l qui duobus, de reb. dub. l. ex duobus de vulg. subst.* **D** Ergo uterq; intelligitur supremus decessisse, proinde in utriusq; persona substitutio locum habet: nam supremus non is tantum est, qui post alium moritur, sed & is, post quem nemo est, neque autem post hunc, neque post illum alius est. Ergo uterque est supremus: sicut ultima voluntas hæc demum est, quæ facta est post aliud testamentum: sed & ea post quam nullum est testamentum, ut unicum testamentum, ultimum est, *d. l. in vulgari*: atque ita secundum verba substitutionis statues, substitutum ad utriusque bona ad utriusq; hereditatem admitti. Secunda quæstio est de filio, quem pater heredem instituit eo tempore, quo erat apud hostes. An aliquando poterit filius institutus a patre, petere bonorum possessionem secun. tabulas? sic sane, si redierit ad suos: quia fictio postliminii fingit eum numquam fuisse in servitute. Ideo & interim fratribus partem facit, id est, ejus persona numeratur in partibus facien- **E** dis propter spem postliminii, *l. 1. §. si ex tab. de bon. poss. cont. tab.* reverso datur bonorum possessio secundum tabulas. Atqui bonorum possessio petenda est intra annum. Finge: fuit apud hostes ex quo heres institutus est per quinquennium, an ei cessit tempus? minime: quia est annus utilis, & in eo, quo fuit apud hostes, nullus dies fuit ei utilis ad petendam bonorum possessionem: quia annus computatur, non ex quo pater mortuus est, sed ex quo rediit postliminio. Quod notandum: nam idem trahi potest ad absentes, & ad relegatos, nec facio inter eos differentiam, quam introducit Accurs. hoc loco; nam his omnibus tempora utilia cedere dico ex quo redierunt: dicit Accurs. constituendam videri differentiam inter eas personas, quia captivus procuratorem constituere non potest, qua de causa non poterit ei imputari, quod non egerit: relegatus potuit agere vel petere per procuratorem: itemque absens reipub. causa: debent ergo eis cedere tempora dum absunt. Circumscribimur nisi provideamus: nam captivus etiam si procuratorem habere non possit, potest tamen bonis ejus curator constitui, & hic potest actiones intendere tempore perituras, & vero solet plurimus is curator bonis captivi, per quem cum agantur & fiant omnia, cur non cedunt tempora captivo? Eandem igitur rationem oportet inducere in omnibus personis, *l. semper, §. si quis, quod vi aut clam.* Interdictum quod vi aut clam est annale: absenti reip. causa istud interdictum cœpit competere, nec tamen eo egit, vel per se, vel per procuratorem, quem tamen potuit constituere, an annus ei computabitur? non, sed ex tempore quo rediit: imo excludetur anno: sed ex ea causa ei subvenietur, etiamsi procuratorem habuerit, aut etiam procuratorem potuerit constituere, quia non omnis, qui procuratorem habet, & defendi ab eo potest, non omnis procurator est admodum sollicitus, & vel potest mori, vel deprehendi non idoneus ad agendum, vel est hujusmodi, ut possit ei opponi exceptio procuratoria, *l. sed et si per præt. §. 1. & §. item, ex quib. caus. maj.* quod velim transferre omnino ad *l. Papi. de minorib.* Finge: minor 25. annis relegatus est, quem aliquis circumscripserat ante relegationem: nondum restitutus implevit 25. annos, etiam implevit annum utilem, intra quem post 25. annum potest peti restitutio in integrum. Quæritur an reversus post 30. annum possit petere restitutionem in integrum? ait non posse, quia potuit per procuratorem agere, namque procuratorem habere & facere potuit: ex causa tamen ei subveniendum est. Et tollenda est differentia Accursii illa, inter absentiam sive relegationem, & absentiam necessariam & probabilem, vel absentiam reipubl. causa: nam sive hæc, sive illa fuerit causa absentiæ, absenti & reverso ex causa subveniendum est: nam & illarum causarum differentia rationem nullam habet. Qui enim nominatur ut peregre reipubl. causa eat, invitus hoc suscipit. Est enim hoc munus publicum, quod invitis defertur.

Ad §. ult. Eod.

Testamento facto Titius adrogandum se præbuit, ac postea sui juris effectus, vita decessit: scriptus heres, si possessionem petat exceptione doli mali summovebitur, quia dando se (in) adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transfert. Plane si sui juris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quæ defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret: nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum: non enim de jure testamenti maxime quæritur, sed viribus exceptionis, quæ in hoc judicio, quamquam auctori opponantur, ex persona tamen ejus, qui opponit, æstimatur.

SCiendum est, non dari bonorum possessionem secundum tabulas heredi scripto, nisi testator habuerit testamenti factionem mortis & testamenti tempore, *l. 1. §. exigit, hoc tit.* Quod ita est accipiendum. Si filiusfamil. testamentum fecit, & mortuus sit paterfamil. non valet testamentum, quia habuit quidem testamenti factionem mortis tempore, sed non eo tempore, quo fecit. Idemque erit, si servus testamentum fecerit, & liber decesserit, si pupillus testamentum fecerit, & pubes decesserit, *l. si filius, qui test. fac. poss.* & iisque fere verbis Marc. Tul. in epist. ad Treb. lib. 7. epist. 21. *Negare ajebat Servium tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit.* Ergo non satis est habuisse testamenti factionem mortis tempore, nisi habeas etiam testamenti faciendi tempore. At contra, quod notandum, nonnunquam satis est habuisse testamenti factionem testamenti facti tempore, licet non habue-

habueris mortis tempore: ut si post factum testamentum mutus aut surdus factus fueris, atque ita decesseris, fecisti rite testamentum, sed non faceres rite mortis tempore, quia es elinguis vel surdus, vel etiam post testamentum factum in furorem incidisti, vel tibi bonis interdictum est quasi prodigo, & nihilominus valet testamentum, quod ante fecisti, *l. 6. qui test. fac. poss. & l. 1. §. si quis autem, h. tit.* Sed exigo omnino, ut testator, qui post testamentum factus est vel furiosus, vel mutus, vel surdus, vel qui prodigus pronunciatus est, permanserit utroque tempore civis Romanus, & sui juris, quia scil. ut detur secundum tab. bonorum possessio, non tantum mortis tempore, sed etiam testamenti tempore, testatorem sui juris esse oportet, & civem Romanum: & non tantum testamenti tempore, sed etiam mortis: hoc retro agitur: nam si post testamentum deportetur vel adrogetur, deportatione fit peregrinus, arrogatione desinit esse suus, & propterea deportatione, & arrogatione testatoris irritum fit testamentum: deportatione, quia omnia bona sua amittit. Deportationis verbo continetur semper publicatio omnium bonorum. Adrogatione autem, quia cum suo capite omnia sua bona transfert in familiam, dominium & potestatem adrogatoris: cujus autem nulla sunt bona, ejus & nullum testamentum est. Quid tamen si utroque tempore fuerit civis Romanus? veluti paterfam. testamentum fecit, post se adrogandum dedit, deinde emancipatus vita decessit: fuit igitur civis; fuit paterf. mortis tempore, & testamenti, non etiam medio tempore. Quæritur, *an scripto heredi sit danda bonorum possessio sec. tab.* Et sane jure prætorio datur heredi scripto, *§. non tamen, Inst. quib. mod. test. infirm.* licet medio tempore non fuerit civis Romanus, aut paterfamil. *l. 1. §. sed si quis utroque, h. t.* Ergo, ut dixi, testamentum valet, dummodo sit obsignatum septem testium signis, etiamsi in eo alia solemnia desint, etiamsi sit ruptum, dummodo obsignatum sit, & fuerit testator civis Rom. & paterfam. utroque tempore, prætor dat scripto heredi bonorum posses. secundum tabulas, *l. conficiuntur, §. si post, de jure codicill.* Sed aliquando bonorum possessio secund. tabulas sine re constituetur, quia scripto, qui accepit secundum tabulas, agenti possessoriis actionibus obstabit exceptio doli mali, quod scilicet ex eo testamento pergat agere, quod jure civili irritum factum est adrogatione. Ergo datur quidem secundum tabulas, sed erit sine re, propterea quod ipso jure irritæ sunt tabulæ, neque prætor unquam abrogat jus civile, emendat tamen. Verum quid dicemus, si testator ille dixerit, se mori velle eodem testamento? Potuit reficere testamentum, non refecit tamen: videtur testamentum, quod fuerat irritum, recenti judicio testatoris revaluisse, sicut evenit in hac specie. Finge: post prius testamentum scripsi posterius: utrumque rite, posteriore rumpitur prius. At finge, me confregisse posterius, an valet prius? valet quasi ultimum, nec aliud factum fuisse intelligitur. Ergo etiam in proposita specie, videtur recenti voluntate revaluisse voluntas defuncti, quam adrogatio irritam fecerat. Et sane concludendum est, quoniam declaravit, se velle eodem testamento mori, scripto heredi agenti possessoriis actionibus jure bonorum possessionis secundum tabulas, non obstare exceptionem doli mali, non quia nuda voluntate sit restitutum testamentum: nam nuda voluntas nunquam restituit testamentum, sed quia hæc exceptio doli proficiscitur ex bono & æquo, & bonum & æquum est conservari tabulas, quas testator judicio recenti confirmavit: nam, ut subjicit, opposita exceptione non quæritur potissimum de jure testamenti, non in id exceptio concipitur, sed quæritur de bono & æquo, quæ æquitas spectatur non ex persona actoris, qui accepit bonorum possessionem secundum tabulas, sed ea æquitas spectatur ex persona rei, qui objicit exceptionem doli mali, quia si reus jure civili heres sit ab intestato, præferetur scripto, & bonorum possessio secundum tabulas sine re constituetur, ut nominatim scribit Ulpianus in *fragment.*

A *tit. quemadm. testam. rump.* Sed si heres non fuerit ab intestato, scriptus præfertur, maxime si scriptus, & ab intestato potior futurus sit eo, qui utitur exceptione doli mali, *argum. l. 2. & l. post. de inj. rupt. testam.* Sententiæ propositæ initio *l. pen.* multa objici poterant, quæ ego prætermisi data opera. Ex eadem *l. §. ult* elicimus, heredi scripto testamento ejus, qui mortis & testamenti tempore fuit paterfam. non medio, recte dari bonorum possessionem secundum tabulas: si modo sint obsignatæ septem testium signis: ergo nihil præterea prætor requirit. Verum agenti, exceptionem obstare doli mali, quia jure civili irritum est testamentum propter capitis deminutionem, quæ medio tempore contingit. Inde quærebatur, an obstaret etiam ei exceptio doli mali, si testator priusquam moreretur, declaraverit, se eodem testamento mori velle?
B Et puto non obstare exceptionem propter recens judicium defuncti, & bonorum possessionem secundum tabulas fore cum re propter recens judicium defuncti, non quasi recenti illo judicio, quod nudum fuit, non solemne, non inquam, quasi recens illud judicium restituerit tabulas, quæ defecerant, quod fieri nequit: nam testamentum neque constituitur, neque restituitur nuda voluntate: sed non obstat exceptio doli mali, quia proficiscitur ex bono & æquo, hoc est, quia in ea vertitur quæstio boni & æqui ex adverso doli mali, & æquum est observari tabulas, quas vel nuda voluntate testator confirmavit & renovavit: nam in exceptione doli mali potissimum de jure non quæritur, sed de bono & æquo, quod quidem æstimatur a judice, non æstimatur ex persona actoris, sed ex persona rei: quoniam opponit exceptionem doli mali,
C de qualitate ejus personæ inquiret judex, & si invenerit, ab intestato eum esse defuncto potiorem heredem, eum præfert scripto, atque ita bonorum possessio secundum tabulas constituetur sine re, & obstabit exceptio actori: Sed si is, qui opponit eam exceptionem, non sit futurus potior ab intestato, id est, si heres scriptus etiam ab intestato rem obtinere possit, & ei præferri, præferretur scriptus, & bonorum possessio erit cum re, & hoc casu non obstabit exceptio doli mali, quia heres scriptus omnino rem habiturus est: non est igitur invidenda successio honoraria, quia & ea omissa jure legitimo heres futurus est, præsertim cum testator declaravit se eodem testamento uti velle.

Ad L. XLII. de Bon. libert.

Filius, qui patri heres exstitit, fratrem exheredatum
D *adrogavit, atque ita herede eo relicto, defunctus est: bonorum possessionem libertus patris naturalis exheredatus non habebit: nam cui non exheredato talis adoptio noceret, nocere debet exheredato: quoniam pœna quæ legibus aut edicto irrogaretur, adoptionis remedio non obliteraretur.* Paulus notat: *Et qui alio jure venit, quam eo, quod amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest, quod habet: sic dictum est, patrono eidemque patronæ filio non obesse: quod quasi patronus deliquit, si patronæ filius venire possit.*

SUnt tres aut quatuor quæstiones in hac lege. Certum est, filium patroni exheredatum a patre repelli a bonis liberti, quasi indignum, ut *l. 12. §. pen. hoc tit.* Indignum, inquit, non existimat pater filium bonis liberti, quem vocat ad suam hereditatem: contra, quem existimavit esse indignum suis bonis, existimavit indignum
E bonis liberti; & consequenter exheredatus non tantum repellitur a bonis paternis, sed etiam a bonis liberti. Et ita apud Valer. Max. *Cum Syllanum filium meum, pecunias a sociis accepisse probatum sit, & republica & domo mea indignum judico, protinusque a conspectu meo abire jubeo.* Excipiendi sunt quidam casus, ut si pater filio exheredato libertum adsignaverit. Item, si bona mente eum exheredavit, non injuriæ, aut pœnæ causa: nam quandoque exheredatio non fit irato animo, sed prudenti consilio patris, ut si filius sit pupillus, & præstet in ea ætate filium exheredari, quam habere hereditatem. Vel finge: exheredavit filium furiosum, & reliquit ei hereditatem per fideicommissum rogato herede instituto, ut hereditatem ei restitueret, cum resipuisset: hæc exheredatio fit bona

mente, nec aufert jura libertorum, patronatus jura, nec lucra nuptialia, ut in *Novel.22.* Et ita exheredato non datur querela inofficiosi testamenti, & non est inofficiosum testamentum, in quo bona mente filius exhêredatur: non est igitur querela: nam nemo queritur de prudentia patris, sed de ira patris, & injuria. Item si filium exheredatum patronus aliquo gradu instituerit; hoc enim casu non repellitur a bonis liberti. Potest quis esse eodem testamento exheredatus & institutus, ut institutus primo gradu, exheredatus secundo, & contra: hic non est indignus hereditate liberti paterni, cum nec eum pater censuerit prorsus sua domo indignum, *d.l.* 12. §. *pen.* Est & alius casus: si pater exheredato filio caverit nominatim ut jus ei salvum esset in libertum, *l. si pater exheredato h.t.* His casibus exceptis exheredatus repellitur, non tantum a bonis patris, sed etiam liberti. Et idem obtinet in præterito a matre; nam & hic repellitur a bonis liberti matris, quia præteritio pro exheredatione habetur. Idem etiam obtinet in filio præterito testamento militis; nam præteritio etiam militis pro exheredatione habetur, propterea quod ea diligens observatio testamentorum ordinandorum, & hæc inter cetera non servatur in testamento militis. Ergo quem præteriit miles, repellitur a bonis paternis, quasi exheredatus, & a bonis liberti, *l.12. in pr. h.t.* ut non possis non dicere, Ulp. non pugnare cum Paulo in *l. Paulus, h.t.* nisi aliquid finxeris primum; nam possis dicere negationem deesse in *d. l. Paulus*. Finge: miles filium præteriit in testamento, exheredavit igitur. Quæritur, *an admittetur hic filius ad bona libertorum avitorum*. Et regulariter exheredatus a patre repellitur, & a bonis liberti tam paterni, quam aviti, quia per patrem consequitur avitos libertos, *l.* 20. §. 1. *hoc tit.* sed silentium militis non usque adeo debet nocere filio, ut ait *d. lex Paulus*, ut & repellat eum a bonis libertorum avitorum. Et significat repelli quidem eum a bonis paternorum libertorum, sed non etiam a bonis avitorum, atque ita nihil pugnat; Et in fine legendum est: *idem responsum non est de bonis libertorum paternorum*. Nam silentium excludit eum a bonis libertorum paternorum, non ab avitorum: Ad hæc notandum, quia diximus de filio exheredato a patre; nunc de filio patroni, qui est in adoptiva familia, an sicut exheredatus repellitur a bonis liberti, ita & filius patroni, qui est in adoptiva familia? minime, *l. patroni filia, h. tit.* Id vero dubitatione non carebat: nam filius meus repellitur a bonis meis, si sit in adoptiva familia, repellitur a possessione bonorum contra tabulas, & unde liberi & unde legitimi. Igitur a bonis meis, nisi sit heres institutus: & hodie ex Constit. Justin. nisi sit adoptatus ab extraneo, repellitur a bonis paternis propter adoptionem, id est, quia transiit per adoptionem in alienam familiam. Videbatur etiam repellendus a bonis liberti, sed non est semper eadem ratio bonorum patris, & liberti paterni, ut in hac specie. Verus est filius emancipatus, & nepos ex eo, qui in avi familia remansit, uterque pariter vocatur ad hereditatem parentis ex edicto *de conjung. cum emanc. liber.* Ad hereditatem liberti paterni solus filius emancipatus vocatur, nec ei conjungitur nepos, *l.* 5. §. *ult. hoc tit.* Item filius deportati & proscripti certe ab ejus bonis repellitur, non tamen a bonis liberti, *l.4. sup. de jure patron.* Aliud est jure civili, *l.* 3. *infr. de interd.* sed constitutiones potiores sunt jure. Ergo non semper eadem est ratio bonorum patris & liberti. His cognitis, fingamus speciem hujus legis: Pater duos habet filios, unum heredem instituit, alterum exheredat: post mortem patris institutus exheredatum adoptavit in locum filii, eoque instituto vita functus est. Quæritur, *an exheredatus admittatur ad bona liberti patris naturalis?* Et videtur admittendus, quia exheredationem videtur obliterâsse adoptio & successio fratris: quandoquidem exclusus per successionem fratris adeptus est bona paterna, & eo modo rediit in familiam, qua fuerat exclusus. Exheredatione desiit esse suus, *l.* 9. §. *si filium, de lib. & post.* Si suus desiit esse, & agnatus igitur, cum suitas sit species agnationis, *l. scripto, unde lib.* Et est, quod dicitur, exheredationem successisse in locum abdicationis; nam certe Græce utraque habet idem nomen; nam in Basil. exheredatio sæpissime appellatur ἀποκήρυξις. Hodie abdicatione non utimur, quæ fiebat olim etiam vivo patre: Exheredatio non valet nisi post mortem patris. Et abdicatio fiebat passim quacunque scriptura: Exheredatio non valet nisi fiat testamento rite perfecto. Papin. autem existimavit hunc filium exheredatum, quem postea frater heres institutus adoptavit, non habere bonorum possess. liberti patris naturalis. Et utitur Papin. hac ratione: *Filius*, inquit, *qui &c.* Respondet, eum non habiturum bona liberti naturalis, licet postea adoptatus fuerit a patre: *nam cui non exheredato talis adoptio noceret, nocere debet exheredato*. Est falsa ratio: nam non exheredato talis adoptio non noceret; patronus enim manet & qui capite minuitur, *l. sed etsi, de in jus voc.* Non exheredato igitur subsequens adoptio non noceret; quia igitur propositio falsa est, & consecutio igitur, & ut jamdiu ostendi, & hic manifesta traductio verborum, & sic legendum est: *nam cui non adoptato talis exheredatio nocet, nocere debet adoptato*, quod ostendit ratio rationis, *quoniam pœna, &c.* Quod sic explicandum est, Lege 12. tab. & legibus novis, id est, Julia & Papia, atque etiam edicto prætoris, hæc pœna irrogatur exheredatis filiis, ut non tantum bonis patris, sed etiam bonis paterni liberti submoveantur, quasi indigni, *l. 2. hoc tit.* Hoc edictum de *bon. libert.* quo excluduntur hereditate, consentit cum legibus, & ideo auxilium hujus edicti etiam dicitur auxilium legitimum; *l.* 8. §. *pen. hoc tit.* Hoc autem pœna exheredationis exheredatis irrogatur edicto vel lege, dum propter exheredationem repelluntur a bonis liberti paterni. Hæc pœna non potest aboleri commento adoptionis, puta ut si frater non exheredatus, dolens vicem fratris, eum adoptaverit: Sed reprehenditur Papin. a Paulo: nititur etiam Paulus æquiori ratione. Ratio Pauli propter quam dissentit a Papiniano, hæc est: *quia ei, qui alio jure venit, quam eo, quod amisit, æquum est, ut non noceat id, quod perdidit, sed prosit quod habet.* Hæc est regula, quæ declaratur ab eodem Paulo, proposito exemplo quum ait, *sic dictum est, &c.* Et hæc est sententia. Finge: ego sum patronus & filius patronæ: igitur ego & mater servum communem manumisimus; repellor a bonis ut patronus: quia forte ab eo exegi jusjurandum, ne uxorem duceret: ex hac causa amitto libertum, *l. qui contra, de jure patron.* vel etiam repellor a bonis liberti quod libertum egentem non aluerim, *l. si patronus, hoc tit.* vel etiam quod donum, munus, operas, quæ liberto imposueram libertatis causa, ei revendiderim: nam ex hac causa etiam libertus adipiscitur liberam testamenti factionem, *l. Julianus, hoc tit.* nec patronus præteritus habet bonorum possessionem contra tab. liberti: non tamen repellor, si veniam tanquam patronæ filius, quia non per alium venio ad bona liberti, & quod per me non possum, non possum etiam per alium, *l. bona, l. quæritur, hoc tit.* sed venio meo nomine & meo jure, ut patronæ filius. Et ita recte ait, *ei, qui alio jure venit*, non per alium, sed alio jure. Est simile exemplum in *l. mater, de inoffic. test.* Ergo in proposito, exheredatus non veniet ut filius patroni, id est, patris naturalis, sed ut filius patris adoptivi, id est, fratris naturalis. Denique per fratris adoptionem adipiscetur jura libertorum patris naturalis, non quasi filius, quia amisit filii jus, sed quasi filius patris adoptivi. Ad notam, quam Paulus impressit Papiniano, notandum est, valde pertinere ejusdem Pauli *l. si filius*, §. *pen. de fideic. libert.* Sententia hæc est; heres rogatus est servum manumittere, & latitat, nec evocatus a prætore sui copiam facit; prætor pronunciat libertatem servo debitam ex Senatusconf. Rubriano. Ei servo status servatur eodem jure, ac si directo manumissus esset testamento domini, hoc est, ac si directa libertas ei data esset, non fideicommissaria: ergo erit libertus orcinus, non fideicommissarius. Idemque erit, si heres rogatus sit manumittere sub conditione, & heres conditioni impedimentum fecerit; nam ex hac causa libertum amittit, etiam si fuerit filius defun-

defuncti: *quamvis*, inquit *alio jure libertum habiturus sit*: nam filius defuncti non erit ut patronus, quia nec manumisit, sed erit ut patroni filius. Et magna est differentia, utrum quis veniat ut patronus, an ut patroni filius; nam patronus, si libertum in servitutem petierit, vel capitis accusarit, nec obtinuerit, non amittit libertum: filius patroni amittit, quod admodum multæ leges ostendunt, *tit. de jure patron.* congruebat valde ea *l.* cum hac nota Pauli. Notandum est etiam, quod in prima quæstione hujus l. Papinian. ait, filium heredem institutum a patre fratrem exheredatum adoptasse, eoque herede relicto decessisse. His verbis, *herede eo relicto*, significatur eum non fuisse etiam exheredatum a patre adoptivo, sicut fuit exheredatus a patre naturali, alioqui non veniret ut filius patris adoptivi, nec ut filius patris naturalis: igitur exheredatus esset ab utroque: sed quum est heres relictus a patre adoptivo, quantulacumque ex parte, qui non venit ut filius naturalis propter exheredationem, quam adoptio non abolevit, veniet secundum notam Pauli æquissimam, ut filius patris adoptivi, atque ita assequetur libertos patris naturalis, qui post eum liberti fuere patris adoptivi.

Ad §. Castrensium.

Papinianus. *Castrensium bonorum Titium libertus fecit heredem, ceterorum alium: adita est a Titio hereditas, magis nobis placebat, nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse. Verum illa quæstio intervenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit, perinde accrescant, ac si partes ejusdem hereditatis accepissent. Verius mihi videtur, intestati jure deferri bona cetera. Titius igitur heres non poterit invitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur, nec bonis ceteris, quæ nondum ad causam testamenti pertinent.*

NUnc, ut transeamus ad quæstionem §. *Castrensium*, pauca ex his quæ dixi supra repetam, & primo hic §. accipiendus est de liberto milite, ut etiam est expressum *l. si duobus de milit. testam.* in qua idem proponitur, ut non abs re quidam in hoc paragrapho adjecerint verbum *commilitonem*, legentes hoc modo: *Titium commilitonem*, quod verum est etiam in *l. 2. C. de test. milit.* quæ lex pertinet ad eandem quæstionem. Nunc sciendum est, si miles, qui habet bona castrensia & bona pagana, alium fecerit heredem bonorum castrensium, alium paganorum, quasi duorum hominum duas hereditates fecisse, non esse unam hereditatem, sed duas: non unum hominem, sed quasi duos, militem & paganum, ut ait, *l. 17. §. 1. de testam. milit.* neque intelliguntur esse coheredes, heres castrensium, & heres paganorum, non sunt conjuncti, *l. heredes, §. 1. fam. ercisc.* & ideo inter eos non est actio familiæ erciscundæ, quando quidem divisa sunt patrimonia, divisæ hereditates, unus ex castrensi heres est, alter ex pagana, inter quas nulla communio est, & consequenter inter eos non est jus adcrescendi: ut ecce repudiante herede pagano, bona pagana non accrescent heredi castrensium: ergo non sunt coheredes, & jus adcrescendi versatur tantum inter coheredes vel collegatarios, ac præterea in bonis castrensibus patrono vel patri præterito non datur bonorum possessio contra tabulas: & rursus patri vel liberis in bona castrensia non datur querela inofficiosi testamenti, *l. si a milite, §. ult. & l. seq. de testam. milit. l. 3. §. par. hoc tit. l. si instituta, §. 2. supr. de inof. test. l. ult. C. eod.* At in bona pagana datur bonorum possessio contra tabulas, & exheredatis nominatim, vel silentio patris datur querela inofficiosi testamenti in bona pagana, non in bona castrensia. Ad hæc sciendum est, patrono præterito testamento liberti, non dari bonorum possessionem contra tabulas, nisi heres scriptus ex testamento adierit hereditatem, vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas, *l. ult. de bonor. possess. contra tabul. l. 3. §. ut patronus, hoc tit.* Non defertur ergo patrono præterito bonorum possessio contra tabulas ante aditam hereditatem, sicut nec querela exheredatis. Et eo distat vehementer bonorum possessio contra tabulas, quæ datur patrono præterito, a bonorum possessione, quæ da-

A tur filio præterito: nam bonorum possessio, quæ datur filio præterito contra tabulas, datur contra lignum, etiamsi heres in eo ligno scriptus nondum adierit: quæ autem patrono præterito datur, datur contra heredem qui adierit. Et ratio differentiæ hæc est, quia bonorum possessio quæ datur filio præterito, assem persequitur, quæ datur patrono, persequitur certam partem tantum, puta semissem, vel hodie trientem. Est igitur partienda hereditas inter heredem scriptum & patronum, & consequenter heredem prius esse oportet, cum quo partiatur, alioqui si heres scriptus repudiet, patrono jam non dabitur bon. possessio contra tab. certæ partis, sed datur bonor. possessio assis ab intestato, *l. si libertus, hoc tit.* Ergo expectare debet heredem scriptum, ut sciat pro parte, an pro asse accipere debeat bonorum posses-B sionem. Querela inofficiosi testamenti quandoq; etiam assem persequitur, sed tamen non competit ante aditam hereditatem, quia exheredatio, cujus ulciscendæ causa datur querela, vires non habet ante aditam hereditatem: imo nihil in testamento scriptum valet: quamobrem necesse est expectare heredem scriptum: nam si adjerit, agetur cum eo querela inofficiosi, si non adjerit, exheredatus veniet ab intestato, nec videbitur exheredatus, quia destituto testamento effectum non habuit exheredatio. Quæ rationes valde sunt notandæ: proponitur species h. §. Libertus miles alium fecit heredem castrensium, alium paganorum patrono præterito, heres castrensium adivit hereditatem, heres paganorum non adivit hereditatem: an patrono competit bon. possessio cont. tabulas debitæ partis, quia adita est heredi-C tas ab herede bonorum castrensium? Et ait Papin. nondum competere patrono bon. possessionem contra tab. nec aliter competere, quam si adierit heres paganorum: nam is, inquit, si heres exstiterit, patrono dari potest bonor. possessio contra tab. heres scil. paganorum, & hæc bon. poss: non datur patrono ante aditam hereditatem: in heredem castrensium nunquam datur, ut supra diximus: ergo patrono nondum competit bonor. possessio cont. tabul. si solus heres castrensium adjerit. Quid autem fiet, si heres paganorum nunquam heres exstiterit? quid si omiserit hereditatem, an adcrescet heredi castrensium? minime, quia non sunt coheredes, nisi scil. heredi paganorum heres castrensium substitutus sit, quo casu ei, repudiante herede paganorum, pagana accrescent substitutionis jure: D vel etiam non est necessaria substitutio expressa: nam satis est, si hæc voluntas defuncti militis probata fuerit, *l. si duob. de mil. test. l. 1. C. de test. mil.* alias herede castrensium adeunte, herede paganorum repudiante, pagana non accrescent castrensibus, quia non sunt eadem bona, sed sunt duo patrimonia, & duæ hereditates, veluti duorum heredum, & inter solos coheredes valet jus accrescendi. Ergo ad patronum pervenient bona pagana ab intestato accepta bonor. possess. unde legitimi: nam casus bonor. possessionis contra tabul. non exstitit, atque ita fiet, ut miles sit testatus de bonis castrensibus, de bonis paganis intestatus, secundum id, quod generaliter proditum est, militem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere, quod confirmat etiam *d. l. si duobus*. Et idem esse osten-E ditur in *l. 1. C. de test. mil.* Explicanda est species illius. Miles unum heredem scripsit ex bonis paganis, alium ex bonis castrensibus: heres castrensium bonorum repudiavit: an castrensia accrescênt instituto ex paganis bonis? Minime: quia non sunt coheredes, sed venient ab intestato ad heredes legitimos, veluti ad matrem militis ex Senatusconf. Tertull. nam ponendum est, eum fratrem militis fuisse uterinum, vel generaliter fuisse fratrem cognatum, non etiam agnatum: frater agnatus, qui & consanguineus dicitur, excludit matrem: fratrem cognatum excludit mater; alioqui, si fuerit frater consanguineus, bona castrensia, quorum heres defecit, ei quidem non accrescent jure testati, sed accrescent jure intestati exclusa matre. Obscurior est sententia legis 2.

Miles commilitonem caſtrenſium rerum fecit heredem: mens legis hæc eſt: Commilitonem nulla ratione pervenire poſſe ad bona pagana, ſed habiturum eum duntaxat bona caſtrenſia: ex quibus heres inſtitutus eſt: nam ita lex diſtinguit: heredem miles alium ſcripſit caſtrenſium bonorum, alium paganorum. Et ait, heredem admitti ad eam hereditatem: ſi non adierit, heres ab inteſtato ei commilitoni præfertur, vel ſi non ſcripſit alium heredem paganorum, legitimus vocatur ad bona pagana ab inteſtato, excluſo commilitone: una tantum eſt ratio commilitone inſtituto ex bonis caſtrenſibus, ſi probaverit eam voluntatem defuncti fuiſſe, ut altero repudiante, tota hereditas ad alterum perveniret, *d. l. ſi duobus*: alioqui in dubio ea mens videtur militis fuiſſe, ut inſtitutus ex caſtrenſibus haberet duntaxat caſtrenſia, nec B pateret ei aditus ad pagana. Ex his liquido intelligimus quid ſit, quod ait Papinian. hoc loco: *Titius*, inquit, *non poterit invitare manumiſſorem, cum Titio nihil auferatur*. Quæ verba male accepit Accurſ. ſed eſt perſpicuum, heredem caſtrenſium non invitare patronum ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cum nihil ei patronus auferre poſſit: quod locum non habet in bonorum poſſeſſione contra tabulas, in bonis caſtrenſibus. Sed ſubjicit etiam non invitari patronum per eandem bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad bona pagana, quia ea bona nunquam ad cauſam teſtamenti pertinuerunt, quia heres ex eis bonis ſcriptus repudiavit, & repudiando deſtituit teſtamentum, redegitque rem ad cauſam inteſtati. Ergo non invitatur etiam patronus ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas in bona pagana, quæ nunquam C adita fuerunt, ſed invitatur patronus ad bonorum poſſeſſionem unde legitimi ab inteſtato ad bona illa pagana, niſi ſcilicet heres caſtrenſium ſit, vel intelligatur ſubſtitutus heredi paganorum: tunc enim herede caſtrenſium amplectente etiam bona pagana, in eum competit patrono bonorum poſſeſſio contra tabulas.

Ad §. Cum filius liberti.

*Cum filius liberti impubes, qui ſubjectus dicitur ex prima parte bonorum poſſeſſ. accipiat, an patronus defuncti poſſeſſionem accipere poſſit, quæſitum eſt. Et ſine dubio, qui ſequentis gradus ſunt, non admittuntur interim. Cum enim præcedit alia poſſeſſio, qui ſequitur, accipere non poteſt. Plane ſi contra eum, qui ſubjectus dicitur, fuerit judicatum, data non intelligitur. Sed & in patrono, pendente controverſia, idem erit dicendum, plane quod ad patroni quo*D*que perſonam pertinet, differri controverſia debebit.*

RESiduæ ſunt quæſtiones duæ. Ut prima quæſtio intelligatur, illud ante omnia ſciendum, filium naturalem liberti excludere patronum à bonorum poſſeſſione unde legitimi inteſtato liberto, atque etiam removere poſſeſſionem contra tabulas teſtato liberto & patrono præterito, ſi in eo teſtamento forte is ſolum heres inſtitutus ſit quantulacumque ex parte, *l. 6. in pr. hoc tit.* filius, inquam, ſive ſit ſuus, ſive emancipatus, ſive in adoptionem datus alteri, *§. prodeſſe, Inſt. de ſucceſſ. lib.* dico filium naturalem, ut & *l. ſuus, §. & ille, de jure patron.* Nam liberti filius adoptivus non expellit patronum: alioqui remedio adoptionis ſemper repelleretur patronus. Dixi filium inſtitutum: nam exheredatus E non expellit patronum: ſed neque inſtitutus a patre libertino, ſi repudiaverit vel abſtinuerit ſe, *l. ſive libertus, §. ult. & l. 6. §. pen. l. quæritur, §. ult. hoc tit.* Rurſus dixi inſtitutum, ſed addi volo inſtituto etiam filium naturalem præteritum, qui modo accipiat bonorum poſſeſſionem cont. tabulas, & vincat: nam hic etiam præfertur patrono, *d. §. prodeſſe*. Inſtituto quoque addi volo exheredatum, qui per ſubjectam perſonam veluti filium, aut ſervum ſuum patri heres exſtiterit, objicitur patrono, *d. l. ſive libertus, §. pen.* Et hæc omnia ita procedunt ex edicto prætoris, de quo agit hoc tit. Mitto eadem de re *l. 12. tab.* mitto *leges Papias*, quæ abſoleverunt. Nunc accedamus ad verba, & ſententiam hujus *§. cum filius liberti impubes*. Quæ verba Accurſius accipit

A de bonorum poſſeſſione unde liberi. Verba ſunt ambigua, illa ſcilicet, *ex prima parte edicti*: nam quum agitur de ſucceſſione inteſtati, prima pars edicti, eſt ea pars qua defertur bonorum poſſeſſio cont. tabul. *l. ideoque, de Carb. edic. l. 1. hoc tit.* & ob id tit. *de bon. poſſ. contra tab.* anteponitur titulo *de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* Et de hac prima parte edicti, id eſt, de bonorum poſſeſſione contra tabulas, puto accipiendum hunc paragraphum, *cum filius*, & ita ponendam eſſe ſpeciem. Teſtamento liberti filius eſt præteritus, atque etiam patronus: filius eſt impubes, & pupillus, & ab herede ſcripto negatur eſſe filius: ſuppoſitus eſſe dicitur, atque ita fit ei controverſia ſtatus & bonorum paternorum. Secundum Carbonianum edictum, ut non ita dudum oſtendimus, differenda eſt controverſia ſtatus in tempus pubertatis, quia B metus eſt, ne interim pupillus minus idonee defendatur, & interim, *par maniere de proviſion*, danda ei eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas, non Carboniana tantum, ſed etiam ordinaria, ut ei plenius cautum ſit, ne ſcil. poſt pubertatem nihil juris obtineat: quoniam Carboniana finitur pubertate, ordinaria eſt perpetua, *l. 3. §. ult. de Carb. edic.* atque etiam, ne heres ſcriptus poſſit accipere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quam utique acciperet, ſi pupillus ſolam Carbonianam acciperet, *l. ſingulis, l. 3. §. ult. de Carb. edic. l. 4. eod. tit.* Ergo certiſſimum illud eſt, interim dari bonorum poſſeſſionem contra tabulas, dilata quæſtione ſtatus in tempus pubertatis. Quæritur, an detur etiam bon. poſſ. cont. tab. patrono præterito, qui etiam præteritus eſt eodem teſtamento? Et Papinianus ait, patrono præterito non dari C eo caſu poſſeſſionem contra tabulas; non abſque ratione, quia filius liberti eum præcedit, & eum expellit: præſumitur enim eſſe filius interim, licet ſuppoſitus dicatur: hæc eſt præſumptio Carboniani edicti, *l. 3. §. pen. de Carb. edic. l. pen. in fine: ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.* Cum eſt, qui præcedat, ſequens non admittitur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Ergo ſpes patroni non habet locum. Sed ſi poſt pubertatem contra filium pronunciatum ſit, eum ſuppoſitum eſſe, non verum filium defuncti, bonorum poſſeſſio ei data pro non data habebitur, id eſt, erit ſine re tam Carboniana, quam ordinaria, & denegantur ei actiones poſſeſſoriæ, *l. 4. in fi. de Carb. edic.* At tunc patronus veniet ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas: interim non veniet. Sed cum his pugnant omnino, quæ ſequuntur, *ſed in patrono idem erit* D *dicendum*. Ergo pendente controverſia in tempus pubertatis, interim patrono dabitur bonorum poſſeſſio contra tabulas: ergo ſi poſſit patronus accipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſequitur ut accepta ſit cum re, ſi contra filium judicatum ſit: ſine re vero, ſi ſecundum filium lis data ſit. Et ſane hæc verba, quæ ſequuntur, videntur eſſe ex notis Pauli: nam in libris noſtris non ſemper hoc adnotatur, *Paulus notat*: & ita de aliis, non ſemper adſcribitur eſſe notam, ut in *l. pen. de jure codicillorum*, illo loco, *dumtaxat*, non eſt adſcriptum, Ulpianus notat: ſed tamen eſt manifeſta nota Ulpiani, ut etiam hoc loco, dum ait, *ſed & in patrono*, id eſt, imo & in patrono, *idem erit dicendum*, non ſunt hæc verba Papiniani qui ſcripſerat ſine dubio, patronum non admitti, ſed Pauli, quæ ſummam rationem habent, ut interim E patronus accipiat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſicut filius: & ut ea ſit ſine re, ſi ſecundum filium pronuntiatum ſit. Denique in patrono idem eſt dicendum, quod in filio præterito, ut idem jus ſit. In re dubia admittimus & primum gradum, & ſecundum. Sed non tantum, quod attinet ad perſonam heredis ſcripti, qui filium ſubjectum dicit, ſed etiam quod attinet ad perſonam patroni, differetur quidem controverſia ſtatus in tempus pubertatis, nec propter patronum cognitio repræſentatur, ſed interim patrono datur poſſeſſio contra tabulas in omnem eventum: nam datur etiam ſcripto bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas; ſi pupillus ſolam Carbonianam cognoverit, non etiam ordinariam, *l. 7. §. ult. de Carb. edic.*

Ad §. ult.

Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum, atque ita res per appellationem extracta esset, defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat: filio mulieris servavit D. Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel jure intestati, si vixisset, habere potuit.

Libertus filiam patroni heredem instituit, ei satisfecit: patronus erat mortuus, supererat tantum patroni filia. Quidam testamentum falsum dixit, & obtinuit: appellavit illa, atque ita extinxit judicatum, vel interim diu tracto negotio diem suum obiit. Quæritur, an jus suum transmiserit ad filium suum, quem reliquit superstitem? jus ejus quale est? ut etiam falso testamento pronuntiato, liberto possit succedere ab intestato: nam qui adiit hereditatem ex testamento, quod putat verum & valere, non ideo videtur repudiasse hereditatem ab intestato, *l. mater, de inoffic. testam. l. legitimum, de pet. heredit.* Ergo etiamsi is, ad quem provocatum est, confirmaverit sententiam Prioris judicis, & pronunciaverit, falsum testamentum videri, filia patroni, si vivat, succedet liberto ab intestato. An idem jus transmittit in filium suum? Videtur non transmittere, quia nondum agnoverat hereditatem ab intestato. Finge, secundo judicio pronuntiatum esse testamentum falsum videri, aperta est via successioni ab intestato. At ipsa non agnovit hereditatem: successionem ab intestato non transmisit igitur, hereditas non agnita non transmittitur. Verum eleganter Papinianus ostendit aliter decrevisse D. Marcum cognita causa inter litigatores, inter eos, qui de eo contendebant, decrevisse etiam transmissioni locum esse, *l.6.§.1.hoc tit.* Et miror quod Accursius neque hoc loco, neque illo, contulerit hos locos inter se. Et ratio decreti hæc est, quia filia patroni non cessaverat eam hereditatem persequi, & quia, ut dicam explicatius, eam videtur utroque genere persecuta, jure testati quasi scripta, vel si eo jure non obtineret, jure intestati, *argum. l. 3. de mil. testam.* Miles testamentum facere voluit jure communi, nec fecit: testamentum quidem fecit, sed non servato jure communi, ut voluit, an valeat testamentum jure militari? Sic videtur, quia non videtur elegisse miles genus testandi ad impugnandum suum judicium: imo vero utroque genere testari voluisse videtur, propter casus futuros. Sic etiam utroque genere filia patroni vindicasse hereditatem videtur, & consequenter transmisisse, quod potest transferri ad similes complures casus.

Ad §. sed an id L. I. de Collat. bonor.

Sed an id, quod dignitatis nomine a patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus. Et Papinianus lib. 13. Quæst. ait, non esse cogendum. Hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum.

His addendus est unus locus, quo Ulpianus utitur auctoritate Papiniani eodem *lib. 13. quæst.* Is locus est in *l. 1. §. sed an id, de collat. bon.* neminem arbitror ignorare, filios emancipatos suis, atque etiam hodie filios omnes, qui volunt venire ad bona paterna, conferre (*rapporter*) ea bona quæ a patre acceperunt, dum viveret. Vis mecum partiri frater? confer quæ ex bonis patris accepisti. Quæritur, quæ bona veniant in collationem? non omnia certe: nam excipitur castrense peculium, etiamsi pervenerit a patre, ut si in militiam profecto pater dederit aliquid; sed conferunt etiam bona, quæ non acceperunt a patre, castrense peculium non conferunt, nec quasi castrense, id habent præcipuum, ut dixi. Quæritur, an conferant id, quod dignitatis nomine pro filio datum est, ut filius fieret decurio, Ædilis, Consul: nam has dignitates non assequebantur sine sumptu: dabantur honoraria decurio- A nibus pro introitu, solebant edi munera propter honorem adeptum, solebat etiam aliquid dari suffragii nomine, vel solatii, consuetudinis: non emebantur dignitates, sed erogare aliquid necesse erat. Ergo pater, ut filius dignitatem adipisceretur, dedit aliquid: an id conferet fratribus, an quodammodo dignitatem ipsam conferet? lex ait non conferri: quoniam æquum est, ut eam dignitatem habeat præcipuam, quo sustineat ejus dignitatis onus: nam nulla est dignitas, cui non cohæreat onus, *l. 2. §. muneris, de vacat. mun.* Qua de causa, si pater pro filio dignitatis nomine non dederit, sed promiserit tantum, commune erit onus omnium fratrum, quod tamen non esset commune, si eum sumptum fratribus conferre oporteret, sed liberandi essent fratres pro rata, *l. 2. C. de collat.* Atque ita Papinianus rectius scripsit hoc eodem B libro, non esse cogendum filium conferre, quod dignitatis nomine ei a patre datum est, quia hoc debet habere præcipuum propter onera dignitatis. Obstat *l. pen. C. de collat. bonor.* quæ ait, militiam (*un office*) emptam filio a patre (*cela est remarquable pour les estats qui s'acheptent*) conferri: sed aliud est militia, aliud dignitas. Dignitas non emitur ut militia, non est armata, sed civilis, adjutor quæstoris, *le Greffier du Chancellier*, militia solertiarum, stratologia, *Contrerolleur de guerre*: hæ militiæ sunt in patrimonio nostro, sicut feuda, & emi possunt, & transeunt ad heredes, sicut patrimonium nostrum: militia est in patrimonio nostro, ergo conferetur, dignitas non est in patrimonio.

C

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XIV. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XV. de inoffic. testam.

Nam & si parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga liberos charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet.

§. 1. Heredi ejus, qui post litem inofficiosi præparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveres.

D *§. 2. Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit, & unum vicit, ab altero superatus est, & debitores convenire, & ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, & corpora vindicare, & hereditatem dividere: verum enim est familiæ ercifcundæ judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, & ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.*

Jam in ea l. quæ præcedit ex lib. 5. quæst. Papiniani ostendi, patrem præteritum a filio emancipato admitti ad querelam inofficiosi post liberos. (In omni jure semper prima & potior est causa filiorum,) patrem, inquam, ut dixi, præteritum a filio eman- E cipato: nam filiusfa. testamentum non facit, quod possit rescindi per querelam inofficiosi, præterquam hodie ex *Novell.* 115. si jure communi de castrensi peculio testetur: nam si jure militari, tunc nec pater, nec liberi vocantur ad querelam inofficiosi. Pater igitur vocatur post nepotes & suam intentionem implere potest. Idem Papin. videtur repetiisse hoc lib. 14. Verissimum igitur est hac in re parem esse causam filii & patris: filius recte agit de inofficioso patris testamento, & contra pater: quod non carebat dubitatione, quam ut tolleret id scripsit, quod est initio hujus l. Quia patri non debetur hereditas filii, ut debetur hereditas patris filio; nam ordo naturæ, & commune parentum votum est, ut filius succedat patri, hoc est, quod maxime omnes optant. Huc pertinet

l. Ju-

l. Julianus in fine, si quis omiss. causa test. Cujus species est elegantiss. Filiumf. heredem scripsi, & ei heredem substitui patrem in cujus potestate erat in primum casum: non potest filius adire injussu patris, non jubet pater, sed ipse ex substitutione vulgari adit: Quæritur, an incidit in edictum, si quis omissa causa, & an debeat legata relicta primo gradu per hoc edictum? Respondet, non deberi: quia eo edicto dolus tantum plectitur: at pater dolo nihil videtur facere: nemo enim videtur contra votum parentum plane patrem substituere filio: videtur ergo ei datum arbitrium eligendi, ut vel ipse adeat, vel filius ejus: nam est ominosa ea institutio. Et similiter in *l. cum tale, de cond. & demonst.* Quidam ita legavit: Titiæ, si a liberis quos habet non discesserit: Quæritur, an statim possit pervenire ad legatum præstita cautione, non convolaturam ad secundas nuptias? huic cautioni locus est in his conditionibus, quæ vivo legatario impleri non possunt, ut *si in Capitolium non ascenderit*. In his igitur conditionibus locus est cautioni Mutianæ. In his vero, quæ vivo legatario impleri possunt, non est locus cautioni Mutianæ, sed expectandum est, & differenda petitio legati, donec impleta sit conditio. Conditio autem illa, *si a liberis quos habet non discesserit*, potest expleri viva matre: quia mori possunt liberi viva adhuc matre, atque ita legatum videbitur relictum post mortem liberorum. Consequens ergo, cessare cautionem Mutianam, & expectandam mortem liberorum. Sed ideo improbatur hæc opinio & concluditur esse locum cautioni Mutianæ, quod voto matris non probe opponatur tam ominosa non interponendæ cautionis interpretatio: matris autem votum est, ut ne mater cernat morientes liberos, sed ut ei supervivant. Ergo hac ratione filii hereditas non debetur patri, aut sane, ut ait *l. scripto in fine, unde lib.* non sic debetur hereditas filii patri, ut patris filio: aliquatenus debetur, sed non ratione pari. Nam quid vocat filium ad hereditatem patris? ratio naturalis, quasi tacita quædam lex, ut ait *l. 7. de bon. dam.* ac præterea commune votum filium vocat ad hereditatem patris: patrem autem ad bona filii, tantum miserationis ratio, vel solatii ratio tantum, sicut dicitur in *l. jure, de jur. dot.* solatii causa mortua filia in matrimonio dotem profectitiam reverti ad patrem. Secundum hæc, non videtur pater jure queri de testamento filii quasi inofficioso, quia nec ei quicquam debuit relinquere, nec id optavit pater, abhorruit ab eo maxime mens patris: nulla est igitur ejus indignatio justa: sed utitur hac ratione Papinian. *Turbato ordine mortalitatis*, quo sermone usi sunt parentes ipsius Papiniani, quum eo mortuo inscripserunt monumento, *& turbato ordine, in senio parentes fecisse*: non euntibus igitur ordine fatis, ut inquit Ovid. & Horat. *male judicantibus fatis, turbato ordine*, non minus jus piumque esse filium relinquere patri bona, vel portionem debitam, quam servato ordine relinquitur portio filio. Justus enim ordo & justa series est patri succedere: & ideo si pater & filius simul perierint suggerente ordine naturæ, ut ait *l. qui duos, de reb. dub.* filius videtur supervixisse patri. Pietatis officium mutuum esse debet inter filium & patrem. Igitur si neglecto officio patris filius erga patrem inofficiosus eum prætermisit, æquissimum erit ei etiam dari querelam per quam arguet filium dementiæ, sicut & filius, qui agit querela, arguit patrem dementiæ quodammodo: nam dementia est officiorum & affectuum oblivisci, *s'oublier de son devoir*. Dixi sup. in hoc tractatu de inoff. ad leg. præced. *lib. 5. quæst.* esse parem causam patris & filii. Hoc intelligitur, ut detur utrique ex causa: sed tamen hæc est differentia, quod filio exheredato datur querela, non præterito, patri etiam præterito datur querela. Sciendum est, querelam dari liberis & parentibus; & interdum fratribus, ut si frater fratribus omissis turpes personas, ut meretrices, instituerit: liberis autem datur querela exheredatis a patre vel avo, proavo pagano: præteritis autem liberis a milite patre vel ab avo paterno, sciente eos liberos sibi superesse, *l. 9. l. 10. C. de test. milit.* item præteritis a matre vel avo, aut proavo materno, procreatis a patre, vel ab avo paterno, vel a milite ignorante se libe-

A ros habere, non datur querela, sed bonorum possessio contra tabulas, vel si sint in potestate, ipso jure testamentum rumpitur, *l. is qui in potestate, de leg. præst.* Ratio autem est, quoniam inter alia, quæ ad ordinanda rite testamenta necessaria sunt ex jure antiquo, filius a patre pagano, vel nominatim instituendus est, vel nominatim exheredandus: filia, vel ceteri liberi, qui ex masculis descendunt, inter ceteros exheredandi sunt: nam silentium patris pagani, vel etiam militis ignorantis liberos sibi superesse, non habetur pro exheredatione: ex quo sequitur nullum esse testamentum ipso jure: patri autem militi, qui non ignorat se eos filios habere, vel matri, vel avo materno, hæc solemnitas remittitur: silentium enim eorum pro exheredatione habetur. Et hinc licet constituere tres formas exheredationis: quædam fiunt nominatim, quædam in-
B ter ceteros, quædam silentio, *l. 12. in pr. de bon. libert.* Et addendum est, a liberis parentes silentio exheredari & fratres. Præterito igitur patri recte datur querela. Ergo ita constituamus: patri præterito in testamento filii emancipati dabitur, ut patri querela inofficiosi in assem: Nam plerumque querela evincit assem, bonorum possessio contra tabulas non dabitur, ut patri, sed ut patrono: nam si pater in emancipatione manumissor exstiterit, & fuerit præteritus testamento filii, ut patrono ei dabitur bonorum possessio contra tabulas, quæ non est in assem, sed certæ partis bonorum, vel semissis, vel trientis hodie, si turpis persona instituta non sit, vel etiam assis, si turpis persona instituta sit, *l. 3. si a parente quis manumiss. sit.* Patrono præterito nunquam dabitur querela, quia si patronum silentio præterierit libertus, ea præteritio pro
C exheredatione haberi non potest, quandoquidem exheredatio cadit tantum in agnatos, non in extraneos, nisi sint ea conditione heredes instituti, ut, *Titius heres esto, & illud facito; si non fecerit, exheres esto, l. paterfamilias, de hered. instit. l. uxorem, de legat. 3. l. servis, ad legem Falcid.* Et in formula cretionis videre illud est, quod est apud Ulpianum in fragmentis titulo, *qui hered. institui poss.* Et generaliter is tantum exheredatur, qui vocatur ad hereditatem jure civili, vel honorario. Extraneus non institutus non vocatur ad hereditatem. Sciendum autem est, alias filium emancipari & manumitti a patre, alias emancipari tantum. Emancipare est vendere. Venditus filius non potest a patre manumitti, nisi eum redemerit ab emptore: venditione redegit eum in servitutem, quod agitur inter patrem & emptorem contracta fiducia, id est, si fi-
D lium ea lege vendiderit, ut is emanciparetur sibi. Contrahere fiduciam, est legem addere venditioni, ut redimere liceat, *pache de rachapt.* Quæ fiducia semper hodie contracta intelligitur, non in venditionibus omnium rerum, sed in emancipationibus filiorum, *§. ult. de success. agnat.* Finge: Pater ex lege fiduciæ filium redemit ab emptore & manumittit, atque ita filius fit sui juris, & quia manumisit quasi patronus, præteritus certæ partis accipiet contra tabulas bonorum possessionem, *l. si a milite, §. ult. de test. tut. l. filio, hoc tit.* sed omisso jure patroni, ut pater recte aget querela in assem. Unicum jus habet pater, si in emancipatione manumissor non exstitit; jus patris, id est, querelam & bonorum possessionem unde legitimi, quæ solet accipi querelæ adjuvandæ causa. Sed si in emancipatione manumissor exstiterit, duplex jus habet,
E jus patroni, & jus patris, & accepta bonorum possessione contra tabulas jure patronatus, potest patrio jure sibi defendere jus antiquum, id est, querelam, *l. 1. §. ult. si quis a parente manumis.* Igitur, ut ait, vel non debet ei nocere, quod sit patronus, cum sit & pater: & eadem ratione repudiata bonorum possessione contra tabulas, supererit ei querela secundum regulam juris, *l. quoties duplici, de reg. jur.* Jus antiquum est querela, *d. l.* Jus novum est bonorum possessio contra tabulas. Utrumque jus defertur patri emancipatori & manumissori: & prius defertur jus novum, id est bonorum possessio contra tabulas, quam unde legitimi, quæ longe sequitur in edicto. Querela recte dicitur jus antiquum: nam est ex antiquissima lege Glicia, ut conjicere licet ex inscriptione *l. 4. hoc tit.*

quæ

quæ est ex libro singulari ad legem Gliciam. Conjice inde eam l. pertinere ad hanc quæstionem de inofficioso: fit mentio in hoc titulo de lege Glicia, ergo pertinet ad inofficiosum testamentum. In *d. l.4.* ponitur ratio querelæ; ratio igitur ferendæ legis Gliciæ. Probabile igitur est, querelam esse ex lege Glicia, quæ lata est à Glicia dictatore, & forte a consule vel prætore ejusdem nominis: nam & Prætor leges ad populum ferebat; sed malim appellatam a dictatore, quod quidam impugnat hoc modo. Coactus Glicia se abdicare magistratu, ergo non habuit satis temporis ad ferendam legem. Nego: rursus coactus est se abdicare, priusquam aliquem magistrum equitum sibi nominasset. Hoc etiam nego, nam raro magister equitum a dictatore dicebatur, sed plerumque a Consule vel populo, & Gliciam coactum se abdicare, antequam magistrum sibi diceret, nusquam invenies: moventur fastis Capitolinis in quibus est: *M. Claudius Glicia, qui scriba erat, dictator coactus abdicare se antequam magistrum equitum haberet.* Fuit igitur dictus dictator nullo adjuncto magistro equitum, ut Livius *lib.* 23. C. Terentius Consul *M. Fabium sine magistro equitum dictatorem in sex menses dixit.* Aliqui male referunt leges non appellari a cognomine, sed a nomine familiæ, & Glicia esse cognomen. Hoc est falsum; nam & lex dicitur Syllania & Graccharia a cognomine: & Senatusconsultum Neronianum, & Plancianum. Male etiam referunt querelam ad auctoritatem prudentum: querela est actio directa, ergo ex legibus descendit. Probabilius est, querelam esse ex *l. Glicia*, ac similiter quartam, *la legitime*, quæ excludit querelam, eam esse ex *l. Glicia*: lex fuit forte ita concepta, *Querelam dari liberis, nisi eis satisfactum sit data quarta.* Et hanc quartam non esse ex constitutione D. Marci: Male scribunt etiam, ante Senatusconsultum Orfitianum, quo filius succedit matri, filium successisse matri, moti quibusdam locis, quibus moveri non debuerunt, quibus dicitur hereditas matris pertinere ad filios: fateor, sed non ideo jus illud est confundendum cum Senatusconsulto Orfitiano: nam hoc & certum. Hereditas matris pertinet ad filios jure legitimo, quamvis mater sit filiis cognata, non agnata, tamen jure agnationis exclusis ceteris agnatis defertur matris hereditas filiis. Olim jure honorario pertinuit ad filios, quasi ad cognatos: post agnatos vel quasi ad consanguineos, si mater convenerat in manum mariti. In *l. 12. tabular.* nihil fuisse cautum ajunt de liberis instituendis vel exheredandis, præteriri igitur potuisse, quod nullo loco & ratione confirmatur. Præterea hoc jus ut liberi vel instituantur, vel exheredentur, tribuitur antiquitati, *l. Gallus, de lib. & postum.* & plerumque antiquitas refertur ad *l. 12. tabular.* In 12. *tabul.* liberi appellantur sui heredes, *l. liberorum, de verb. signific.* Ea appellatio quid demonstrat? Eos esse heredes instituendos, vel exheredandos, quia sunt sui heredes, qui si extranei essent, non possent exheredari. Etiam addo ex 12. tabulis, filios occidi & vendi posse, & similiter, ut ait *l. in suis, de liber. & postum.* exheredari potuisse; namque hi sunt effectus patriæ potestatis, ut filium exheredet, *l. quidam, de verb. obligat.* Constat patriam potestatem esse ex 12. tabul. Ergo jus illud manat omnino ex antiquissimo jure 12. tabul.

Ad §. I. Heredi.

Hic §. est de transmissione querelæ, & generaliter de transmissione hereditatis, quæstio frequens & cognitu necessaria. Certum est exheredatum, vel præteritum non transmittere querelam ad heredem, nisi eam præparaverit, & ordinaverit ipse vivus. Idem fere est præparare & ordinare. Præparatur autem querela inofficiosi adita hereditate, veluti ab intestato, vel accepta bonorum possessione unde legitimi, vel unde liberi, vel unde cognati, *l. 6. §. ult. h. tit.* neque enim sine aliquo titulo, exheredato patet aditus ad querelam, sed eo titulo fretus, quasi heres scilicet agit querela inofficiosi, & si probet se immerito exheredatum, testamentum rescin-

A dit, heredem scriptum expellit, vindicat & evincit hereditatem totam; licet, quod notandum, is titulus interim sit sine re; nam pendente lite inofficiosi, potior habetur causa heredis scripti, *l. 2. C. hoc tit.* Est igitur ille titulus falsus & coloratus. In foro recipiuntur falsi tituli & coloratæ actiones, falsæ expositiones, ut Fabius ait, ut scilicet res videatur agi recte, & ordine. Et hodie sæpissime utuntur in foro falsis narrationibus, & titulis, ut exempli gratia, inspecta turre templi; id est, pro possessore beneficii accipiunt eum, qui duntaxat turrem eminus inspexit. Inspectio illa est pro titulo possessionis. Proditum quidem est, non tantum possessionem apprehendi corpore & actu, sed oculis & affectu, *l. 1. §. pen. de acquir. poss.* Sed si id fiat in re præsenti, cominus, non eminus: ut si rem quam mihi vendidisti, quæ est in præsentia, meo jussu tradas B meo procuratori, vel si pecuniam, quam mihi debes, tradas alteri meo jussu, qui erat in præsentia, videris mihi tradidisse, id est, videor ejus rei possessionem apprehendisse. Idem erit si columnas mihi vendideris, quæ propter magnitudinem moveri non possunt, dummodo consenserimus in rem præsentem. Nam & earum oculis videor possessionem nactus, sed id fit cominus. Ergo in jure & in scholis, & in foro recipiuntur falsi tituli, colorati, falsæ expositiones, ut satisfiat rigori juris, ne quis calumnietur factum, gestumve. Ergo non pervenies ad querelam inofficiosi, nisi titulum heredis assumpseris: aut bonorum possessoris, quamvis is interim sine re futurus sit, atque etiam semper, nisi viceris querela. Porro is titulus necessarius est ceteris omnib. præterquam suis heredib. id est, qui detracta exheredatione sui heredes futuri sunt, *l. 7. h. t.* quia C ipso jure heredes existunt, & ut Græci dicunt, habent jus ἀναφάνσεως, id est, existunt, non fiunt heredes: ceteri fiunt: hi existunt statim, ut ait, *l. in suis, de suis & legit. l. 1. §. qui sunt, si quis omiss. causa test.* Et statim etiam clausis tabulis testamenti, etsi forte ex parte heredis scripti sunt, *l. 3. C. de jure delib.* Ceteri qui non sunt sui, non possunt heredes fieri, antequam apertæ sint tabulæ, si sint scripti ex parte: nam heredes scripti ex asse, heredes fiunt generaliter etiam ante apertas tabul. *l. 1. de suis & legit. l. 1. §. ult. de jur. & fact. l. multum, de cond. & dem.* Et quod diximus de suis, id obtinere volumus in necessariis heredib. ut in servis. Nam hi protinus fiunt heredes, id est, clausis tabulis, *§. 1. de hered. qual. & differ. l. ex parte, de acquir. hered.* Igitur isti heredes nunquam adire hereditatem necesse habent, nunquam bonorum possessionem petere, quia satis est, D quod existunt, *d. l. in suis, l. 16. qui in potestate, de leg. præst. l. pen. §. pen. de bon. libert.* Quid igitur fiet, si filiusfamil. qui patri suus heres futurus sit, exheredatus sit? quemadmodum præparabit querelam? Ceteri præparant adita hereditate vel agnita bonorum possessione. Igitur sui heredes, ut querelam ad heredes transmittant, eam præparabunt his modis, quibus & ceteri omnes eam præparare possunt, si comminentur heredi scripto accusationem inofficiosi denuntiatione, quæ fiat solemniter, item libelli datione, *l. 7. hoc tit.* Comminatio & denuntiatio fit heredi scripto. Nam libelli dationem accipio pro editione actionis, *l. 1. §. 1. de eden.* Edere est libello complecti & dare. Illud certum erat, post litem contestatam querelam transmitti ad heredem; sed placet etiam transmitti, si exheredatus propositum habuerit inofficiosum testamentum dicere, *l. 5. C. eod.* E Pater tuus post litem contestatam, vel idem pater tuus postquam propositum habuit dicere inofficiosum, nondum lite contestata decessit: quocunque modo potes exequi patris placitum, & patrem hoc propositum habuisse apparet ex comminatione & denuntiatione, & libelli datione, & ex alio quocunque modo, ut ait *d. l. 5.* ex mota controversia. Incipit lis a contestatione, ordinatur autem contestatione, & ante contestationem controversia est, non lis. Lis est res in judicium deducta. Igitur in *d. l. 5.* propositum habere sic accipitur, ut illo loco Cæsaris, *Cæsar cum in Belgico hyemaret, unum propositum habuit, civitates in amicitiam confirmare.* Et sic propositum accipitur in *l. in plures, §. locator, loc.* Locator, qui locaturus erat horreum, proscriptum titulum habuit ante horreum, se locaturum hor-

horreum cuicunque volenti, ea lege tamen, ne reciperet cuſtodiam auri, argenti, margaritarum, quæ inferrentur in horreum. Eas vero ſpecies cum ſciret inferri in horreum, paſſus eſt inferri: lex ait, eum eſſe obligatum cuſtodiæ nomine, etiam propter eas res, quod propoſitum non fuit: ſic legunt Græci, Florentiæ aliter, vulgo aliter, *ac ſi propoſitum non fuit*. Deinde ſequitur, *remiſſum etiam videtur, quod ſciens paſſus eſt eas ſpecies inferri*. Ergo obligatur etiam earum rerum nomine. Nec igitur ſui, nec extranei, hoc eſt, emancipati, vel pater, querelam tranſmittunt ad heredem, quam non præparaverunt: quod confirmat etiam *l. ſi quis adfirmavit, §. 1. de dolo.* Supprimebas tabulas teſtamenti paterni, neſciebam quis in eo teſtamento eſſet ſcriptus, an ego eſſem in eo exheredatus; non præparavi querelam, & mox vita deceſſi: non tranſmiſi igitur querelam ad heredem, quæ res fraudi eſt heredi, & cauſa fraudis eſt ſuppreſſor teſtamenti, ideoque heres poterit agere civiliter de dolo in ſuppreſſorem, & criminaliter lege Cornelia: ex quo intelligitur, querelam non præparatam non tranſmitti. Querela eſt ſpecialis actio injuriarum, actio injuriarum non tranſmittitur in heredem, niſi poſt litem conteſtatam, *l. 13. in prin. de injur.* Poſſis addere, niſi poſt litem præparatam, licet nondum conteſtata ſit, exemplo querelæ, quæ & ipſa eſt actio injuriarum ſpecialis quædam. Idem, quod conſtitui, verum eſſe demonſtro, querelam non præparatam, quæ competebat ſuo, vel non ſuo, non tranſmitti. Querela eſt civilis, vel poſſeſſoria petitio hereditatis. Civilis ſi adierit, & extiterit ſuus: Poſſeſſoria ex jure prætorio eſt vindicatio hereditatis, *l. 3. C. de petit. hered.* qui agit querela, vindicat hereditatem, & ſunt ſtulti, qui in eo laborant, idem non eſſe in jure querelam inoffic. & petitionem hereditatis, *l. 20. h. t. l. ſi quis ſervum, C. eod. l. ult. §. ſed quemadm. de bon. poſſ. contra tab.* Petitio autem hereditatis quacunque ex cauſa intendatur, nunquam in heredem tranſmittitur, niſi ea conteſtata, & præpatata fuerit. Paulus 1. Sentent. *Petitio*, inquit, *hereditatis, cujus defunctus litem conteſtatus non eſt, ad heredem non tranſmittitur*. Loquitur de lite conteſtata, ſed non eſt novum, ut quod dicitur de lite conteſtata, ad litem præparatam transferatur, *l. ſed etſi lege, §. ſi ante, de petit. hered.* Senatus de petitione hereditatis, loquitur de lite conteſtata, ut poſt litem conteſtatam malæ fidei poſſeſſores exiſtimentur, ſed tradit etiam ad controverſiam motam, & ita in *tit. C. de uſur. legat.* dicitur, uſuras venire ex lite conteſtata: proculdubio veniunt etiam ex lite præparata: poſt litem conteſtatam actionem injuriarum, & omnem venientem ex delicto, tranſmitti ad heredem. Idem poteſt dici poſt controverſiam motam: motus controverſiæ litis ordinatio eſt: cur non tranſmittam jus, ad quod perſequendum me præparavi, in quo exequendo minime ſegnis, aut vecors fueram? Illud etiam addendum, petitionem hereditatis non tranſmitti ad heredem, niſi adita ſit hereditas, vel agnita bonorum poſſeſſio: non adita hereditas non tranſmittitur, non adita vel non acquiſita alio modo. Sunt multi modi acquirendæ hereditatis: aditio, cretio, petitio bonorum poſſeſſionis. Et hodie ex conſtitutione Juſtin. quodlibet indicium, etiam pro herede geſtio, exiſtentia ſive ἀνάφανσις, miſtio, agnitio, & in ſumma quodlibet indicium animi volentis amplecti bona quæ deferuntur. Ergo non acquiſita hereditas non tranſmittitur. Ab hac regula excipiuntur conſtitutiones Theodoſii, liberi non ſui: nam hi hereditatem parentum non aditam tranſmittunt ad liberos ſuos vel non ſuos, *l. un. de his qui ante apert. tabul. l. un. §. in noviſſ. C. de cad. toll.* liberos ſuos certum erat tranſmittere, quia exiſtebant ſtatim, ſed tranſmittebant ſui tantum in liberos ſuos: ex conſtitutione Theodoſii tranſmittunt omnes in liberos non ſuos. Item non ſui liberi tranſmittunt in quoſcunque liberos, ut quod ad cauſam tranſmiſſionis hodie attinet, nihil plane interſit inter ſuos, & non ſuos. Et hæc quidem dicuntur de liberis non exheredatis: nam exheredati non poſſunt tranſmittere hereditatem, quæ eis adempta eſt, ſive ſint ſui, ſive emancipati, niſi præparaverint querelam. Obſtat autem *l. ſi quis filium, C. hoc tit. l. pen. §. ult. h. tit.* ex

A quibus elicitur, liberos exheredatos tranſmittere querelam ad heredem ſuum, quam non præparaverint. Et ut hi loci concilientur, ſic diſtiguendum eſt: Aut heres exheredatus extraneus eſt, aut ſuus: ſi eſt extraneus, querela præparata non tranſmittitur. Si eſt ſuus: aut exheredatus deceſſit poſt aditionem heredis ſcripti, atque adeo jam nata querela, & hoc caſu non tranſmittit querelam non præparatam, nec in filiumfamil. heredem ſuum: cur enim eam non præparavit, cum ei ex aditione heredis ſcripti competebat? Aut deceſſit deliberante herede ſcripto, & hoc caſu tranſmittit in ſuum, non extraneum; & hoc caſu procedit *d. l.* Poſtremo interdum querela præparata non tranſmittitur, ut puta, ſi filius exheredatus, qui eam ordinavit, vel conteſtatus eſt litem, poſt litem dereliquerit, hanc non B tranſmittit: nam & ipſe ad eam poſtea reverti non poteſt, *l. 8. §. ſi quis, h. tit.* At querela inofficioſi imitatur actionem injuriarum, de qua tit. eſt, de injuriis: nam injuria eſt, id eſt de nota & macula exheredationis, *l. 8. in prin. h. t.* Filius, qui eſt in mea poteſtate, præteritus eſt teſtamento matris, an agam querela invito filio? minime, quia filii indignatio eſt, ut ait *l. filius, h. tit.* & quamvis querela vindicet hereditatem, tamen magis habet perſecutionem injuriæ, quam hereditatis, ſicut actio injuriarum, quamvis, qui ea agit, agat de imminuto honore potius, quam de ademptis bonis. Id querelæ nomen demonſtrat, queritur enim de injuria ſibi facta, cujus pretium nulla hereditas æquare poteſt: queritur ergo de injuria ſibi facta, de impietate patris aut filii: quamobrem Rhetores quidem, *ut Fab. lib. 7. c. 4.* has cauſas de C inofficioſo teſtamento vocaverunt *materias officiorum*. Actio injuriarum generalis, finitur pactione & diſſimulatione, & denuntiatione, *l. non ſolum, §. 1. de injur.* & ſic etiam querela inofficioſi aboletur diſſimulatione, *l. 1. C. de in integ. reſt.* Ergo & aperta renuntiatione, quod hic demonſtratur. Oportet perferre accuſationem inofficioſi, ſi quis ad eam velit reverti: ſin autem volunt tranſmittere, ſatis eſt, ſi præparaverint. Itaque per omnia fere querela ſimilis eſt actioni injuriarum. Hoc eſt diſſimile, quod actio injuriarum ſit annalis, querela quinquennalis: igitur gravior eſt injuria exheredationis, cum non tantum imminuat honorem, ſed etiam adimat hereditatem debitam ratione naturali. Quod diximus, querelam inofficioſi, injuriæ, doloris, vindictæ potius, quam pecuniæ perſecutionem habere, idque demonſtrare que- D relæ nomen, & accuſationis, hinc dico, conſequens eſſe querelam inofficioſi, non computari in bonis ante litem conteſtatam, vel præparatam: ceteræ actiones computantur in bonis, nomina quoque, ſed non hæ actiones, quæ vindictam perſequuntur, ut actio injuriarum, & actio de morib. *l. 1. §. ſed ſi parente, ſi quid in frau. pat.*

Ad §. filius.

§. Filius ſpecies hæc eſt: paterf. duos ex æquo heredes ſcripſit, extraneum & filium, alium filium exheredavit, qui egit querela inofficioſi contra utrumque heredem ſcriptum, & diverſas judicum ſententias tulit. Extraneum vicit, fratrem non vicit. Notandum, quod ait, *diverſas judicum ſententias tulit.* De inofficioſo teſtamento non unus, ſed plures judices judicabant; querela enim inofficioſi E eſt centumvirale judicium, *l. Titia, l. qui repudiantis, h. t.* Sed ut omnis petitio hereditatis centumvirale judicium eſt, neque tamen centumviri judicabant: ſed ex eo ordine ſeptem, unde ſeptemvirale judicium dicitur querela inofficioſi, ut liquet ex inſcriptione *l. 28. & l. 31. h. t.* Sic hodie de quacunque cauſa ſenatores omnes non judicant, ſed ſeptem ſufficiunt cuique rei judicandæ. Sic igitur in propoſita ſpecie evenit, ut filius exheredatus uno ſeptemvirali judicio vinceret extraneum, altero vinceretur a fratre, vel etiam uno eodemque judicio vinceret, & vinceretur. Quæritur, an aliquid profecit, qui non utrunque vicit, ſed alterum tantum? Res non caret dubio: nihil enim videtur egiſſe is, qui non utrumque heredem vicit: nam viciſſe unum magis videtur prodeſſe coheredi, ut ejus parti pars

ſocii

ſocii accreſcat potius, quam victori, ut alias querela non proficit ei, qui vicit, ſed alii, *l.6.§.pen. h.t.* nam ſi dixerimus in hac ſpecie victoriam ei, qui vicit proficere, dixerimus, eum eſſe ab inteſtato heredem pro parte, qui pro parte patremf. inteſtatum fecerit, eum autem, quem non vicit, teſtamento heredem eſſe, quod eſt abſurdum, *l.7. de reg. jur.* Aut certe, ſi aliquid egit exhered. qui unum tantum ex heredib. vicit, totum teſtam. delevit, quaſi furioſus teſtator fuerit, & non ſanæ mentis, inſanus *l.2. l.Titia, l. mater. h.t.* Et hic color tanti eſt momenti, ut nec credatur teſtamenti habuiſſe factionem, *l.qui repudiantis, h.t.* At conſequenter, ut nihil in eo teſtamento ſcriptum valeat, & omne judicium defuncti convellatur, *l.nec fideicomm. de leg.3.* Et quamvis pater, qui unum filium exhederavit, in eo teſtamento alium filium inſtituerit, non ideo minus teſtamentum dicitur plenum furoris, apud Val. Max. *lib.7. c.8.* Igitur, ſi unum tantum vicit, totum judicium patris evertiſſe videtur. Et veluti ab inteſtato dividenda ſunt bona inter exheredatum & inſtitutum, & hæc ratio dubitandi. Æquius tamen eſt, pro parte teſtamentum conſiſtere, pro parte reſcindi, pro parte patremf. inteſtatum fieri, pro parte teſtatum manere, & victoriam exheredati in hoc ei prodeſſe, ut ſit heres ab inteſtato pro parte, utque exerceat actiones hereditarias pro parte: nam & conveniri poteſt pro parte a creditoribus hereditariis, non a legatariis, & fideicomm. nam is ſolus, qui ex teſtamento heres manet, præſtabit a ſe relicta, *l. judicata, de except. rei jud. l.pater, de collat. dot. l. cum filius.de leg.2. l.cum duobus, C. h.t.* Nam in totum reſciſſo teſtam. infirmantur omnia, ſed teſtamento reſciſſo pro parte, non totum infirmatur, neq; libertates, neq; fideicommiſſa. Parte pretii victori ſoluta, non infirmatur ſubſtitutio pupillaris, *l.8. §.ſed nec impuberis h.t.* Potes enim ſimiliter dicere, non infirmari tutelas pro parte reſciſſo teſtamento, non in aſſem. His addit, exheredatum quoque qui unum ex heredibus ſuperavit, ab altero ſuperatus eſt, recte vindicaturum pro parte ſingulas res hereditarias, recte acturum familiæ erciſcundæ cum eo, quem non ſuperavit. Repelli igitur a teſtamento extraneum, ut ait fratrem ſcriptum ex teſtamento heredem remanere pro parte, fratrem exheredatum ab inteſtato heredem fieri pro parte. Et rationem dubitandi, quam antea expoſuimus, Papin. refellit his verbis, *nec abſurdum &c.* Quod ſic declarat: abſurdum eſt paganum (nam in milite aliud eſt) pro parte decedere teſtatum, pro parte inteſtatum. Et quod videantur hæc abſurda, ſi paganus forte unicum heredem ſcripſerit ex fundo certo, is erit heres ex aſſe, non ex fundo illo dumtaxat, *l.1. §.ſi ex fundo, de hered. inſt.* Et cauſa teſtati trahit cauſam inteſtati: ſicut contra evenit, ut cauſa inteſtati trahat cauſam teſtati, *l.pen. de injuſt. rupt.* Abſurdum autem non eſt, teſtatum ex poſt facto pro parte inteſtatum fieri: aliud eſt eſſe, aliud videri, aliud decedere pro parte inteſtatum ab initio, aliud poſtea deceſſiſſe videri. Et rurſus aliud eſt videri, aliud eſſe. Qui fit inteſtatus, videtur eſſe, nec tamen fuit ab initio: & certe in *l.6. §.pen. & l. qui repudiantis, h. t.* eum, qui egit querela & obtinuit, patremf. facere inteſtatum; obtinet, ut fiat inteſtatus, non etiam, ut deceſſerit. Et abſurdum non eſt, teſtatorem habuiſſe partem mentis ſanam, aliam inſanam, ut ſimuletur quis furoris pro una parte, non autem pro altera parte. Hodie qui filium exheredavit immerito, non per omnia habetur pro furioſo, *Nov.Juſtin.* 115. quia ſola inſtitutio vitiatur, non autem cetera. Ad hæc notandum, aliis etiam modis evenire, ut per querelam teſtamentum reſcindatur etiam pro parte tantum, ut ſi filius exheredatus, vel præteritus elegerit unum ex heredibus, contra quem inſtitueret querelam: nam querela inſtitui poteſt pro parte, ut quælibet petitio hereditatis. Et hic caſus proponitur in *l.25. §. h.t.* Eſt alius caſus, ſi frater fratrem ſilentio præterierit, & duos extraneos heredes ſcripſerit, vel ulteriores cognatos, unum honeſtum, alterum turpem: nam frater præteritus utiliter aget adverſus perſonam turpem, atque ita aget duntaxat pro parte, id eſt, pro ſemiſſe adſcripto turpi perſonæ, eique

A eripiet partem ſuam, *l. circa h.t.* Idem etiam accidit in hac ſpecie: Pater filium heredem ſcripſit ex aſſe, alium filium exheredavit: an hic acturus eſt contra fratrem in ſolidum querela? minime, ſed in partem tantum: atque ita pro parte valebit tantum, pro parte reſcindetur, pro parte pater manebit teſtatus, pro parte inteſtatus. Vel finge: Teſtamento parentis duo filii ſunt exheredati, vel præteriti, primus & ſecundus: tertius, qui etiam erat ex filiis, heres eſt inſtitutus: ſi primus agat prior, ſecundus non agat, primus aget pro triente, licet ſecundus nondum agat, quia ſecundus eis partem facit, quandiu conſultat & deliberat, hoc eſt, inter participes numeratur: ſed ſi ſecundus repudiaverit, vel ſi agnoverit judicium defuncti, puta ſi agnoverit legatum ſibi in teſtamento relictum, ſi teſtamentum patris patientia honorare, quam

B judicio accuſare maluit, vel excluſus ſit quinquennio, partem non faciet primo. Proinde primus conſequetur ſemiſſem a fratre herede ſcripto, *l.ſeq. in pr. l. qui repudiantis, §. ſed quoniam, h. t.* vel etiam in hac ſpecie, ſi primus egerit pro triente, vel ſi trientem conſecutus fuerit, tantum abeſt, ut eum trientem communicet ſecundo, qui repudiavit, ut & pars ſecundi ei accreſcat pro rata: non accreſcet utriq; primo & tertio ſcripto extraneo, ſoli primo adcreſcet, & repelletur extraneus, repelletur etiam ſecundus frater, propterea quod repudiavit, aut excluſus eſt, judiciove inofficioſi cecidit, *l. ſi ponas, §.ult.* Exheredatus qui egit, nec obtinuit, habetur pro mortuo, *l.1. §. ſed & de conjung. cum emanc. lib. l. qui repudiantis hoc t.* Exheredatus, qui nondum egit, nec tamen repudiavit, non habetur pro mortuo, & partem facit fratri. Idem vero ac-

C cidit in caſu *l. mater, h.t.* Finge: mater heredem extraneum ſcripſit, vel ex dodrante, filiam ex quadrante, aliam præterivit, omiſit, neglexit, quæ egit querela contra ſororem, & extraneum; non recte egit contra ſororem, recte contra extraneum, non debuit admitti contra ſororem: ſed ponit admiſſam, atque peregiſſe, vindicaſſe igitur aſſem: cum utrumque heredem convenerit, aut obtinuit aſſem, aut dodrantem tantum: ſi aſſem, ſoror ſcripta ei concurrit in legitimam hereditatem ab inteſtato, quia licet adierit ex teſtamento, quod exiſtimabat valere, aut reſciſſum non iri, non ideo videtur repudiaſſe jus legitimæ ſucceſſionis, *l. legitimæ, de petit. hered. l.42. de bon. liber.* Quod ſi dodrantem tantum obtinuerit, id eſt, ſi obtinuerit tantum contra extraneum, id dodrans ita dividetur inter ſorores, ut filia præterita habeat ſemiſſem ab in-

D teſtato, & alterum quadrantem ex teſtamento: atque ita fiet, ut ſoror ſcripta, ſit partim heres ex teſtamento, partim ab inteſtato: proinde querela inofficioſi non hoc tantum efficit, ut unus ſit heres ex teſtamento, alter ab inteſtato, ſed etiam efficit, ut unus idemque homo partim heres ſit ex teſtamento, partim ab inteſtato.

Ad L. III. Qui Teſt. fac. poſſ.

Teſtamenti factio non privati, ſed publici juris eſt.

TEſtamenti factio dupliciter accipitur, proprie pro jure faciendi teſtamenti, & minus proprie, hoc eſt, per abuſionem, videlicet pro jure capiendi & acquirendi ſibi vel alii ex teſtamento alieno. Et hoc ſenſu dicimus, furioſum, mutum, ſurdum ita natum, poſtumum,

E infantem, pupillum, ſervum habere teſtamenti factionem, licet non poſſint facere teſtamentum, *l. filiusfamil. hoc tit. §. teſtamenti, de hered. qual. & differ.* Servum cum dico habere teſtamenti factionem, licet teſtamentum facere non poſſit, ſervum alienum intelligo, quia ſervus proprius ſine libertate neque hoc, neque illo modo teſtamenti factionem habet, & cum libertate utroque modo habet; imo & hodie ex noviſſima conſtitutione Juſtiniani, id eſt, *l.pen. §.illo videl. C.de neceſſ. hered.inſt.* Servus proprius ſine libertate habet teſtamenti factionem, id eſt, jus capiendi legata, aut fideicomm. non hereditates. Fit igitur ſervus heredis, & tamen heres ei perſolvit legata, quæ dominus reliquit, nec ei poteſt adimere, aut in peculium imputare jure antiquo: Servi etiam proprii ſi-

ne libertate dicebantur alimentorum esse capaces, quasi miserationis ratione, non tamen omnium legatorum: sed hodie etiam omnium sunt. Furiosum quoq; dixi habere testamenti factionem, quia ei acquiruntur actiones legatorum & fideicommissorum, etiam invito & ignoranti. Quod sanus acquirit invitus & ignorans, etiam insanus acquirit, *l.filiusf. h.t.* Non tamen potest furiosus acquirere hereditatem, nisi ex testamento patris, in cujus sit potestate, *l. furiosus, de acquir. her.* Patri heres existit etiam invitus, & ignorans ipso jure extraneo heres fit, non existit: nemo autem fit heres insciens aut nolens. His duobus modis in jure testamenti factio accipitur: nunquam testamenti factio accipitur (quod tamen tentat Accursius) pro forma, modo, & ordinatione testamenti, sed semper testamenti factio, vel est potestas legandi, vel potestas capiendi legatum, hoc est, hereditates, & quæcunque relinquuntur testamento justo. Est autem hic testamenti factio, jus, potestasq; testamentum faciendi: nam pertinet ad partem priorem tit. *qui testa. fac. poss.* Et ait lex, hanc potestatem esse publici juris, non privati: nam hanc accipimus ex legibus & constitutionibus, non ex hominis cujusquam privati voluntate. Exemplo erit filiusfam. Hic de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus testamentum facere potest, & hanc potestatem accepit a jure publico & constit. principum, cum in his bonis habeatur semper pro patrefam. De paganis bonis undecunque obvenerint filiofa. etiamsi eorum bonorum proprietas nuda, vel etiam plena ad filiumfam. pertineat, de eis, inquam, bonis testamentum facere non potest, *l.Imperator, ad Trebell. l.ult. §.si filius, C.de bon.quæ liber. acq.* Cur ita? jure publico ita cautum est, puta in l.12. tab. *paterfam.uti legassit super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Testatorem patremfam. esse oportet, id est, sui juris: nec quicquam mutat ex hoc jure publico hominis privati voluntas, ut puta patris, & nec auctore patre jure filiusfam. testator de bonis paganis, *l.6. hoc tit. l.tam is, §.1. de mort. caus.don.* Sed filiusfam. de castrensibus bonis jure testatur sine patris auctoritate: sufficit enim constitutio, & datur hac in re tutori plusquam patri: nam femina pubes, quæ erat in tutela (mas enim pubes nunquam fuit in tutela) olim sine tutoris auctoritate non poterat testari, *Ulp.tit.26.* Et similiter pupillus tutore auctore obligatur, patre auctore non obligatur, *l.ult. §.pupillus, de verb. oblig.* etiamsi permittat pater, filius non potest testari de peculio pagano, quia quum de testamenti factione quæritur, quid jure publico cautum sit, spectatur, nec potest jure publico potentior esse hominis privati voluntas. Denique testamenti factio, non privati, sed publici juris est. At filius donare potest, vel inter vivos, vel mortis causa volente patre, *l.filiusfam. de donat. l. tam is §.1. de mort. caus. don.* Quod paterfam. donationis causa in eo, qui in potestate est, approbat, ratum est. Similiter volente patre vovere potest filius, *l. 2. de pollicit.* Ratio, quia donare quilibet & vovere Deo aliquid per alium potest, testamentum facere per alium non potest, *l. illa institutio, de her. inst.* & filiofam. donante aut vovente aliquid voluntate patris, pater ipse videtur donare aut vovere, *l.in ædibus, §. qui filiusfam. de don.* & rursus donare aut vovere de alieno licet mandatu aut voluntate domini: testamentum facere de alienis bonis non licet, quod indicant 12. tab. *paterf. uti legassit super pecunia tutelave sua*, ad quod respicit *l.testandi, C.de test.l.cum pater §.mando, de leg.2.* nam videtur, inquit, de sua pecunia testari. Unus tantum casus est, quo licet de aliena pecunia testari: nam pater potest facere testamentum filiofam. pupillo, quo genere non testatur de sua pecunia, sed de pupilli, *l.sed etsi plures, §. ad substit.de vulg.subst.* Hoc igitur casu pater testatur de pecunia pupilli, ergo aliena etiam, quæ post mortem ejus pupillo obvenerit, quanquam ei filius nunquam acquisierit, quod est contra 12. tab.qua de causa dicitur introductum esse moribus: non enim est secundum leges 12. tabul. Utimur etiam alio exemplo ad hanc legem: libertus liberam testamenti factionem non habet, quia patronum impune præterire non potest: hoc

A est jus publicum, quod descendit ex edicto prætoris, & lege Papia: an juri huic publico derogabitur, si patronus liberto concesserit liberam testandi facultatem? minime, *l.Paulus, §. patroni, de bon. libert.* potest patronus de jure suo concedere, & patienter ferre præteritionem liberti, sed liberam testandi facultatem liberto concedere non potest, quia illud non est privati hominis, sed lex vel princeps concedit liberam testandi facultatem, *l. si quando, C.de inoffic. test.l.1. l.si a milite, §.ult. de test.mil. l.7. hoc tit. l.3. §.1.de bon. liber.l.4.C. eod.* Et rursus, patronus liberto tacite potest concedere liberam testamenti factionem, ut si libertum dimittat operarum obligatione, si liberto concedat operas, donum, munus, *l. libertus de oper. liber. l.4. C.eod.* vel si quo alio modo remittat jus patronatus, *l.pen. l.ult. C. de bon.libert.* nam ex his sequitur, ut
B libertus libere testari possit, sed nominatim hoc concedere patronus non potest: multa licent tacite in jure, quæ non licent expresse, *l. nonnunquam, de cond. & demonst.* servus non potest facere testamentum, quod si permittat dominus servum facere de suo peculio, non ideo magis erit legitimum testamentum: non accipio potestatem testandi a privato, sed a lege: quod si lex non dederit, nec dabit privatus, sed fateor, connivente domino posse conservari etiam testamentum servi. Finge: volente domino servus de peculio testamentum fecit: non est legitimum, sed quandoque id observabatur & exequebatur. Quod etiam transferri potest ad filiumfam si volente patre de paganis testatus sit, nec post mortem filii mutante factum, non est quidem legitimum, sed servatur quasi legitimum: non est testamentum, sed quasi testamentum,
C ut testamentum, quo filiusfam. præteritus est, sustinetur ex æquo & bono, si filiusfam. honoret patientia testamentum, neque convellat, *l.filio, de injust. rupt.*

Ad L. VIII. ad L. Falcid.

In legem Falcidiam æris alieni rationem in hereditate relicti, quod unus ex heredibus solvere damnatus sit, ipse solus habebit.

SCiendum est in ponenda ratione legis Falcidiæ, quod fit hereditate exhausta, aut onerata legatis, aut fideicommissis, rationem poni habita computatione bonorum & legatorum: in hac ratione ponenda, ante om-
D nia deducitur æs alienum, quia bona intelliguntur deducto ære alieno. Et ut deductio fiat, cautum fuit nominatim l. Falcidia, quæ heredi dedit quadrantem ex legatis, & ex Senatusc. Pegasiano, quod heredi dedit quadrantem ex fideicommissis, *l.1. §.hæc verba, si cui plus, quam per l.Falc.* Ergo primum deducitur æs alienum, deinde quod superest inter heredem, & legatarios dividitur pro quadrante & dodrante. Legatum est deliberatio hereditatis; Hæc definitio confecta fuit post l. Falcid. nam ex ea legatum potest deliberare tantum hereditatem, non absumere. Item illud sciendum est, in singulis heredibus poni separatim rationem l. Falcidiæ, *l.in singulis, h.t.* Finge: duo sunt heredes ex æquo, Primus & Secundus; Primi semis exhaustus est legatis, Secundo totorum bonorum quadrans relictus est. Secundus non utetur Falcidia, sed Pri-
E mus, deducto ære alieno, quod contingit semissem. Finge: plures instituit heredes, & uni injunxit onus æris alieni, non ceteris: ea re ceteri heredes non liberantur a creditoribus hereditariis, quia non potest privati hominis voluntas mutare leges, & l. 12. tab. hæc est, ut æs alienum defuncti dividatur inter heredes pro hereditariis portionibus. Ergo etiamsi uni injunxerit onus æris alieni, tamen ceteri pro suis portionibus obligantur, sed indemnes præstandi sunt a coherede, idque consequuntur judicio familiæ ercisc. vel etiam actione ex testamento, si genere legandi aut prælegandi usus sit testator, id est, si onerando unum ex heredibus forma legandi usus sit, quasi scil. legaret aliis heredibus id, quo onerabat unum in solidum, *l. si filia, §. Pap. fam. ercisc. l. non solum, inf.*

inf. de lib. leg. Omnes igitur heredes creditoribus tenentur. Quæritur, *an in ponenda ratione l. Falcidiæ etiam omnes heredes utantur deductione æris alieni, quoniam ei omnes ſunt obnoxii?* & videntur omnes poſſe uti deductione: cum ei omnes obſtricti ſint. At contra reſpondet Papin. ergo utetur deductione is tantum, cui injunctum eſt onus æris alieni, deductione duplici, primum æris alieni, deinde ex reliquo deducta ei Falcidia. Et ita ſummarium rectiſſimum eſt, *l. in leg. ad l. Falcid.* æs alienum deducitur ab eo, qui id ſolus agnoſcere cogitur. Et Cyrillus rectiſſime, *unus heredum rogatus implere creditores, ſolus deducit æs alienum.* Implere etiam creditores & Græcis, & Latinis eſt, ſolvere creditoribus. Uti Falcidia non tantum eſt deducere quadrantem, ſed etiam æs alienum: nam non tantum quadrantis, ſed etiam æris alieni deductio nominatim comprehenſa erat lege Falcidia, & Senatuſconſulto Pegaſiano.

Ad L. XXXIV. de Teſtam. milit.

Ejus militis, qui doloris impatientia, vel tædio vitæ mori maluit, teſtamentum valere, vel inteſtati bona ab his, qui lege vocantur, vindicari, Divus Hadrianus reſcripſit.

NOn eſt dubium, quin hæc lex ſit adſcribenda Papin. non Paulo: hoc ſeries legum oſtendit, præcedunt enim ſemper quæſtiones, reſponſa, definitiones Papin. ſequuntur, poſt Pauli quæſtiones: ac præterea Paulus 14. quæſt. nihil tractavit de teſtamentis; Pap. vero totum 14. in teſtamentis tractandis conſumpſit, & de teſtamento militis. Jam unus locus Papin. ab Ulp. probatus eſt ex lib. 14. in *l. in fraudem*, *§. ul. h. t.* ut bon. poſſeſſ. ſecundum tab. militis ultra tempora præfinita non poſſit agnoſci: nam Conſtit. militi dederunt teſtamenti factionem: non heredi militis liberam aditionem. Et ut ait *d. l. in fraudem*, generalis eſt edicti determinatio: comprehendit igitur ea determinatione militis tam militem, quam paganum, ac proinde bon. poſſeſſ. ſecund. tab. militis liberis ejus eſt agnoſcenda intra annum: a ceteris intra 100. dies: alioquin ſubmoventur præſcriptione temporis, & amiſiſſe bona intelligitur, atque ita nulla differentia eſt inter militem, & paganum: nam & hujus & illius heres obſervat tempora ſucceſſorii edicti. Igitur privilegium datur militi, non heredi ejus. Et addamus nunc ex initio legis, nullam eſſe differentiam inter paganum & militem; de eo, qui ſibi mortem conſcivit, cum habeat heredem teſtamentarium, vel legitimum, vel honorarium, quæritur an bona ejus caduca fiant, quæ quæſtio olim erat frequentiſſima. Et ſi miles vel paganus mortem ſibi conſciverit timore mortis, veluti perculſus conſcientia criminis capitalis, quod admiſit, cujus poſtulatus eſt, vel in quo deprehenſus eſt, & ex quo ſolet eſſe pœna mors vel deportatio, & bonorum publicatio, ſi inquam, metu futuri ſupplicii mortem ſibi conſciverit, teſtamentum quod fecit, non valet & irritum fit: imo quælibet alia voluntas, & donatio cauſa mortis, etiam in hac cauſa comparatur ultimæ voluntati, *l. cum hic ſtatus, §. ſi maritus uxori, de donat. inter vir. & uxor.* Ac præterea non habet heredem, ſed bona fiſco vindicantur, *l. 6. §. eum qui, de injuſt. rupt. l. in fraudem, §. ejus bona, de jure fiſci*, & non luget eum uxor, neq; parentes juſta ferunt ſuſpendioſo, id eſt, qui ſuſpendio vitam finivit, ut ait *l. liberorum, §. non ſolent, de his, qui not. inf.* & conſequenter corpus non humatur, quod fit hodie, ſed cruci affigitur: quia qui ita ſibi mortem conſcivit, pro confeſſo habetur, convicto & condemnato, ipſe de ſe ſententiam tuliſſe videtur, *l. ult. §. 1. de bon. eorum, qui ante ſent.* Et condemnati morte non humantur, niſi ex indulgentia principis, *tit. de cadaver. pun.* Quibus eſt ſimilis, qui ſibi mortem conſcivit metu imminentis pœnæ criminis, ſed neceſſe eſt, ut ejus criminis reus poſtulatus ſit, vel in eo deprehenſus: nam deprehenſum non eſt neceſſe poſtulare, ſed ſubit pœnam ſtatim. Ergo talis ſi ſibi mortem conſciſcat, pro damnato habe-

A tur, modo poſtulatus ſit criminis capitalis: nam qui non poſtulatus criminis capitalis, puta modici furti, non pro damnato habetur. Hujus ergo bona publicantur, ac ſi mortis pœna affectus eſſet, qui maluit mori, quam damnari morte naturali & civili, qui ne moreretur, mortuus eſt ſua manu. Ergo, qui eſt criminis capitalis poſtulatus, ſi ſibi mortem conſciverit, pro damnato habetur, non habetur pro cive: nulla igitur eſt rata ejus ultima voluntas. Sed ſi non poſtulatus ſit, quamvis crimen admiſerit, & poſt ſibi manus attulerit, bona ejus fiſco non vindicantur, quia ut eleganter ait Papinian. in *d. l. ult. §. 1. non fati celeritas eſt obnoxia*, id eſt, quod quis ſibi properaverit fatum: nam fati celeritas non eſt obnoxia pœnæ, *ſed conſcientia criminis*, & non reus eſt criminis, niſi poſtulatus ſit, vel deprehenſus. Illo loco

B Florentiæ legitur, *non facti*, ſed legendum eſt, *fati*, quod ſæpius etiam legitur in Florentin. *factum*, pro *fatum*, nihil refert ſua quis ſententia morte moriatur, an ſententia judicis. Et hæc de his, qui conſcientia criminis ſibi mortem conſciverunt. Alii ſunt, qui ſibi mortem conſciverunt tædio vitæ, ſtulti, miſeri homines, doloris impatientia, & valetudinis adverſæ, pudore æris alieni, quam mortem Stoici vocant εὔλογον ἐξαγωγὴν. Et noſtri quoque auctores, *l. ult. §. ult. mortem conſcitam* vocant juſta cauſa præcedente, qui ſunt imbuti a Stoicis: dolorem ſeparant ab adverſa valetudine: nam & poteſt eſſe adverſa valetudo ſine ſenſu doloris. Dolor, eſt luctus vel amiſſæ uxoris, vel amiſſi viri, *d. l. ult. §. videri*. Et dolor etiam corporis, ſicut qui furore, vel jactatione moriuntur ſuis manibus, *l. 6. de injuſt. rupt.* Quæro, qui

C ob has cauſas mortem ſibi conſciverit, an ejus teſtamentum valeat? Et definierunt valere quamlibet ultimam voluntatem, ſive ſit paganus, ſive ſit miles: nam Adrianus hoc loco definivit, nihil intereſſe: eorum enim corpora humantur, teſtamenta manent, ſi non teſtati ſint, habent heredes ſucceſſores ordinarios, quibus deficientibus jure communi bona pagani cedunt in fiſcum, bona militis cedunt in legionem, aut in vexillationem, in qua militat. Legio eſt peditum, vexillatio equitum, *l. 2. C. de hered. decur. l. 6. §. 7. de inj. rup.* militi, qui inteſtatus decedit ſine ullo ſucceſſore civili vel prætorio, ſuccedit legio: ac præterea in exercitu erant librarii caducorum, qui conficiebant rationes eorum bonorum, quæ morte militis cadebant in legionem, *l. ult. de jure immu.* quæ tota pertinet ad rem militarem, ut indicat inſcriptio legis. Et hæc tra-

D ditio de milite, qui tædio vitæ, vel alia ex cauſa ſimili, non conſcientia & metu furiarum ſibi mortem conſcivit. Quod poteſt etiam procedere in milite mortuo ſua morte: nam ei ſuccedet legio, deficiente ſucceſſore ordinario, fiſcus ſuccedet. Loquor igitur de milite indemnato, qui vita deceſſit ſua morte, vel adſcita citra conſcientiæ metum: nam militis damnati ex delicto militari, vel deſertionis, vel proditionis, bona fiſco vindicantur. Quod eſt ex eodem reſcripto Adriani. Et ita eſt accipienda *l. 2. de veteran. & mil. ſucceſſ.* alioquin *d. l. 2.* valde pugnaret cum eo, quod diximus, legioni bona vindicari, ſed bona damnati eſt intelligendum. Obſervandum etiam eſt ſecundum hanc definitionem ex eodem reſcripto Adriani, militem, qui manus ſibi intulit, nec perpetravit, alias ignominia mitti, alias capite puniri: nam ſi metu criminis

E ſibi manus intulerit, ex quo crimine pœna ſit mors vel deportatio, capite punitur, atque ſi damnatus eſſet. Et notandum etiam, eum militem, qui ſine cauſa ſe vulneravit, nec necavit, capite puniri, id eſt, qui non conſcientia criminis, non tædio vitæ, non furore impulſus, ſed quia non cupit vivere, quaſi ignavus capite punitur. Et utitur *l. ult. de bon. eor. qui ante ſent.* optima ratione. Qui enim ſibi non pepercit, multo minus alii parceret. Igitur melius eſt, eum de medio tollere. Sed ſi ex cauſa manus ſibi intulerit impatientia doloris, & tædio vitæ, nec factum peregerit, ignominia tantum mittitur, quaſi vir non vir, qui non poteſt ferre dolorem; *l. omne, §. qui ſe vulneravit, de re milit. l. ſi quod æquum, §. ult. de pœn.* Et eſt ex eodem reſcripto Adriani. In ſumma, in ea re, de

qua tractat hic Papinianus nihil distat miles a pagano, A sed quod sequitur multum distat.

Ad §. Militia missus.

Militia missus intra annum testamentum facere cœpit, nec perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si jure militiæ fuit scriptum: alioquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum. Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctio: nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamenti est.

Missus militia, paganus est, non miles. Finge: miles testamentum fecerat in militia jure militari, non observatis regulis juris civilis: testamentum igitur imperfectum: B deinde dimissus est. Testamentum quod quis fecit in militia jure militari valet etiam eodem jure intra annum, si modo ignominia missus non sit, si fuerit missio causaria & honesta: Nam si fuerit missio ignominiosa, testamentum fit irritum & nullum, *l. testatoris, h. t.* At si fuerit missio honesta propter mortem, aut valetudinem, testamentum post missionem valet intra annum, si post missionem aliud testamentum non fecerit intra annum: nam posteriore prius rumpitur. Quæro *an etiamsi imperfectum sit posterius, tollatur prius quod factum est jure militiæ?* Utrumq; est imperfectum. Et prius, quia militare, & posterius. Et placet rectissime, imperfecto testamento imperfectum rumpi & solvi: sed si in militia jure communi, id est, rite, ordine solemni testamentum fecit, id non rumpitur posteriori C testamento, quod fecit post missionem, nec jure perfecit. Constat perfectum imperfecto non rumpi, sed nec perfectum in militia imperfecto rumpitur, nisi scilicet in posteriore sit scriptus is, qui rem ab intestato omnimodo habiturus est, *l. 2. de inj. rup.* quæ ponit hanc regulam, superius testamentum jure perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi posterius sit factum jure militari, vel nisi in posteriore imperfecto scriptus sit is, qui jure vocatur ad bona. His duobus casibus posterius imperfectum rumpit prius, quod erat perfectum. Et hæc ita distinguimus in eo, qui missus est militia: nam in milite non utimur ista distinctione: miles enim sive testatus sit jure communi, sive militari si sit adhuc miles, testamentum ejus rumpitur quacunque novissima voluntate vel perfecta, vel imperfecta. Ergo quælibet D voluntas militis, testamentum perfectum est, ut ait *l. seq.* testamentum militis perficitur sola voluntate. In pagano exigitur solemnitas. Et ideo rectissime statuere possis, testamentum militis jure militari factum, factum esse jure gentium, in quo nulla observatur subtilitas juris, & nulla scrupulositas. Testamentum omne pagani pertinet ad jus civile: nam est solemne. An fideicom. sunt juris civilis? minime, quia nituntur sola voluntate, & nutu solo, & gestu relinquuntur. Interpretes in *l. hac consul. §. ex imperfecto, C. de test.* hac in re militi exæquant patrem testantem inter liberos, & errant: namq; agunt contra Nov. 107. Patri dabantur hæc duo testanti inter liberos; primum ut esset ratum testamentum factum inter liberos scriptum notis, non literis, *l. ult. C. [illegible]erc.* quod hodie sublatum est *d. Nov.* E nam etiamsi inter tuos liberos fecisti testamentum notis, non valet, notis, *par chiffre*. Sed non notæ sunt, ut solemus scribere S.P.Q.R. nam testamentum scriptum siglis, singulis, id est, singularibus literis valet, ut S.P.Q.R. Alterum, quod datur patri hoc est, quod etiam hodie manet, ut valeat testamentum, licet sit imperfectum, ex *d. §. ex imperfecto*: quod vulgo accipiunt perperam generaliter: nam si generaliter verum est, testamentum omne factum inter liberos valere, & hoc imperfectum valeret testamentum notis scriptum, vel sine testibus: quis hoc dicat? nam ne militis quidem voluntas valet sine jure: sed imperfectum testamentum in jure est, quod non est signatum septem testium signis: nam hoc solum vitium prætor agnoscit in testamentis. Adde, vel quod non est subscriptum a septem testibus, quod exigunt constitutiones: & sic in *l. 6. ad leg. Corn. de fals.* Perfecto testamento opponitur non signatum. Et sic *d. l. hac consultissima*: paulo ante *§. ex imperfecto*, ait, non signatum, vel non subscriptum a testibus, pro imperfecto haberi. Deinde sequitur, *ex imperfecto testamento liberis competere hereditatem*, id est, ex testamento non signato. Imperfectum testamentum, quod pater fecit inter liberos, non tollitur qualibet alia voluntate imperfecta, *Nov.* 107. necesse est, ut posterior voluntas sit jure perfecta, si velit rumpi priorem imperfectam; at testamentum militare imperfecto novissimo testamento facile tollitur. Legendum est in fine legis, *quæque* non *quoque*, *voluntas quæque militis*, &c.

Ad L. XII. de Carbon. edicto.

Scriptus heres, contra quem filius impubes qui subjectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit: quid enim si non potuerunt adire hereditatem jure cessante, vel ob litem in dubio constituti?

Species est: In testamento patris filius impubes præteritus est, extraneus scriptus: heres scriptus filium præteritum suppositum dicit, atque ita facit ei controversiam status & bonorum paternorum: filius petit bonorum possessionem ex primo edicto, id est, bonorum C possessionem contra tabulas: Nam in ordinatione perpetui edicti sub titulo *de bonorum possessionibus*, prima pars edicti fuit de bonorum possess. contra tab. Quæritur, an etiam heres scriptus interim possit petere bon. possess. secundum tab. ut filius petiit cont. tab. Et ait non posse. Ergo lex, sive scriptum Papin. sic est accipiendum, ut ordinariam, sive edictalem bonorum possessionem filius petierit, non Carbonianam, quæ est decretalis: vel si Carbonianam, & ordinariam simul, quod & verba demonstrant: neque enim dicit, filium petiisse ex decreto vel edicto Carboniano, sed ex edicto primo. Carbonianum autem fuit secundum edictum, non primum. Et rectissime ait, eo casu, puta si filius petierit ordinariam bonorum possessionem, heredem scriptum interim non admitti ad bonorum possess. secundum tab. nam si filius solam Car- D bon. acceperit, vel contra tab. vel unde liberi patre intestato defuncto; Carboniana enim adaptatur omnibus bonorum possessionibus, si, inquam, filius petierit solam Carbon. contra tab. vel unde liberi, quæ quidem durat tantum usque ad pubertatem, hoc, inquam, casu scriptus poterit petere bon. possess. secundum tab. quia ad plenum bonorum possess. contra tabulas filius non accepit. Ergo scriptus interim accipiet secundum tab. vel ab intestato, si sit defuncti intestati frater consanguineus, vel patronus, qui filium suppositum esse dicat. Interim enim, si filius, qui subjectus dicitur, petierit Carbon. poterit, & ipse frater petere ordinariam, unde legitimi, *l. 7. §. ult. h. tit. l. 1. §. sed etsi ex Carbon. si tab. test. nullæ ext.* Carbonianam solam non impedire edictalem bonorum possessionem delatam heredi scripto, vel legitimo, quia tempo- E raria est bonorum possessio. Alia est bonorum possessio edictalis, quæ ordinaria dicitur: alia decretalis, & omnis Carboniana est decretalis, id est, datur causa cognita, non passim & temere. Et hæ sunt summæ differentiæ inter edictalem & decretalem, quod edictalis datur de plano in transitu, *en se pourmenant*, domi suæ: decretalis datur pro tribunali: nam quicquid exigit causæ cognitionem, tribunal exigit. Decretum est causæ cognitio, & quæ post eam sequitur pronuntiatio, & consequenter petendæ bonorum possessioni edictali cedunt dies, quibus prætoris copia fuerit, etiamsi non sederit pro tribunali. Petendæ autem decretali cedunt hi tantum dies, quibus prætor sedit pro tribunali, qui app[illegible]r dies sessionum, *l. 2. §. dies, quis ordo in bon. pos. l. 5. [illegible] ut in pos. leg. l. 3. §. si cau.*

de

de bon. poſſ. Ac præterea decretalis petitur etiam hodie, edictalis hodie non petitur. Eſt in agnitione, non in petitione: nam quodcunque indicium agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis ſufficit, §. *ult. de bon. poſ.* Sed decretalis petenda eſt. Item bonorum poſſeſſio edictalis poteſt repudiari intra tempora præſtituta, decretalis nunquam poteſt, quia id tantum repudiatur recte, quod delatum eſt: decretalis autem non intelligitur delata, antequam ſit decreta, & poſtquam decreta eſt, ſera repudiatio eſt, quia jam acquiſita eſt, & quod acquiſitum eſt, non repudiatur, *l.* 1. §. *decret. de ſuc. edic.* Ergo decretalis repudiatione non amittitur. Edictalis poteſt amitti. Utraque tamen amittitur tempore: utraque diebus certis finitur, *d.* §. *decretalis*, *l.*3. §. *ult. h. t.* Si filius impubes, qui ſubjectus dicitur, acceperit ſolam Carbonianam, ſcriptus heres admittitur ad poſſeſſ. bonor. ſecundum tab. & legitimus, qui filium ſubjectum dicit, ad unde legitimi. Sed ſi filius, qui ſubjectus dicitur, acceperit ordinariam, heres ſcriptus non admittetur ad ſecundum tabulas, *exemplo legitimi*, ut hoc loco ait, quia ſcilicet nec legitimus admitteretur ad bonorum poſſeſſionem unde legitimi. Nunc finge, filium impuberem, qui dicitur ſubjectus, accepiſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel unde liberi, heredem ſcriptum non accepiſſe ſecundum tabulas, quia non potuit, & interea mortuum eſſe heredem ſcriptum, vel heredem legitimum, non accepta bonor. poſſeſſione: Deinde poſt pubertatem judicatum eſſe, filium ſuppoſitum videri. Quæritur, cum heres ſcriptus vel legitimus, antequam de ea re judicaretur mortuus eſt, an intelligatur tranſmiſiſſe in heredem ſuum? Et videtur nihil tranſmiſiſſe, quia interim neque adivit hereditatem, neque bonor. poſſeſſionem agnovit, & verum eſt, hereditatem non agnitam, nec bonorum poſſeſſionem, tranſmitti, *l.* 1. *C. Th. de leg. her. l. un.* §. *in noviſſimo*, *C. de cad. toll.* Contra Papinianus ſcribit, quodammodo tranſmiſſioni locum eſſe, quia illa regula vetus ita eſt accipienda, ſi hereditatem quis adire potuerit, nec adivit: hoc caſu heredi nihil tranſmittit: ſcriptus autem heres erat incertus de viribus teſtamenti, & certo judicio adire oportet, non hæſitante: hæc ceſſatio cur oberit heredi ejus, ſi poſtea ſecundum eum lis detur, ut puta ſi filius ſuppoſitus eſſe pronuntietur? Atque ita fiet tranſmiſſio, non quidem ipſo jure, ſed interpoſito decreto a prætore. Et hoc eſt, quod ait, *heredibus eſſe ſuccurrendum data bon. poſſeſſione ordinaria, licet eam vivus neque petierit, neque agnoverit*. Quod etiam ratione eadem evenit in ſpecie *l. illud*, §. *ult.* & *l. ſeq. de bon. poſſ. cont. tab.* utimur decreti remedio urgente ratione æquitatis: deficiente edicto, decreto fit, ſi quid æquum eſt fieri, *l.* & *muliere*, *de cur. fur. l.*4. *de bon. lib.* Et hoc eſt, quod ait hoc loco Papin. Habuimus etiam alium caſum in *l.*42. §. *ult. de bon. lib.* quo videtur vitiari illa vetus regula, id eſt, quo hereditas non adita tranſmittitur ex decreto Marci ad heredem ſuum, quaſi agnita ab inteſtato, qui eam agnoverat ex teſtamento, & etiamſi perſequeretur nominatim jure inteſtati, tamen & jure teſtati, ſi illo deficeretur, quodammodo eam complexus videtur. Eſt & tertius caſus, quo vitiatur illa regula ex Theodoſio, ut docuimus in *l.*19. *de inoff. teſt.* ut liberi parentum hereditatem non aditam ad quoſcumque liberos ſuos traſmittant. Et notiſſima eſt conſtitutio Theodoſii: ſed illi duo caſus, quibus ab eo edicto videtur recedi, ſunt cognitu digni. Illis caſibus deficit regula juris, ſed æquitatis ratio poſtulat decreto tranſmiſſionem induci.

Ad L. XLIII. de Bonis libert.

Julianus putat patronum, qui Titio pro parte dimidia heredi inſtituto ſubſtitutus, eo deliberante, bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit, ſi poſtea Titius non adierit hereditatem, nihil ei, qui adiit hereditatem, abſtuliſſe, non magis, quam ſi ſub conditione fuiſſet inſtitutus. Igitur Titio deliberante, res in incerto erit utrumne ſemis A *ex ſubſtitutione in poſſeſſionem convertatur, an Titio adeunte ſingulis heredibus partes debitæ auferantur.*

SPecies hæc eſt: In teſtamento liberti patronus primo gradu præteritus eſt: ſcripti ſunt heredes Titius & Cajus ex æquis partibus. Titio ſubſtitutus eſt patronus, ſi heres non eſſet. Cajus adivit hereditatem, Titius deliberat, & interim patronus accepit bonor. poſſeſſionem contra tabulas, quaſi præteritus, quod poteſt facere, cum unus ex heredibus ſcriptis adierit, alioquin bonorum poſſeſſio patrono non datur, non contra lignum ſolum, ſed contra eum, qui ex ligno heres extitit; quia adivit, quod expoſuimus in *l.*42. §. 1. *h. t.* Ergo patronus interim deliberante Titio petiit contra tabulas bonorum poſſeſſionem, poſtea Titius repudiavit, & ſub- B ſtitutioni locus eſſe cœpit, vocatus eſt patronus in ſemiſſem. Quæritur, an bon. poſſ. cont. tab. quam patronus accepit, ſit cum re. Non abs re illud quæritur: nam ſi eſt cum re, patronus habebit dodrantem, puta ſemiſſem ex ſubſtitutione, & jure bonorum poſſeſſionis contra tab. Cajo aufert quadrantem. Sed verius eſt, ut Papin. ex Juliano refert, ut bonorum poſſeſſio, quam patronus accepit, ſine re conſtituatur, nihil auferri Cajo, quia exiſtente conditione ſubſtitutionis, patrono ſatisfactum videtur; ex cauſa etiam ſubſtitutionis habet ſemiſſem, quæ eſt portio debita. Et idem erit ſi extraneus a liberto pure ſit heres ſcriptus ex ſemiſſe, patronus ſub conditione ex altero ſemiſſe, & pendente ea forte patronus accepit bonorum poſſeſſionem contra tabulas adita jam hereditate a coherede. Poſt exiſten- C te conditione bonor. poſſeſſio ea quodammodo erit ſine re: Nam ea convertetur in jus bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, non licebit patrono ita variare, ut petita contra tabulas bonor. poſſeſſione petat ſecundum tab. *l. nonnunquam*, *de leg. præſt.* ſed prætor tuetur eum perinde atque ſi accepiſſet ſecundum tabulas; hic e contrario evenit, ut prætor eum, qui petiit ſecundum tab. perinde tueatur, atque ſi petiiſſet cont. tab. *l.*3. *de bon. poſſ. cont. tab. l.*2. §. *pen. de bon. poſſ. ſec. tab.* Bonorum poſſeſſio facile titulum mutat, & ex uno jure migrat in aliud, & ut dixi, bonorum poſſeſſio cont. tab. habetur jure bonorum poſſeſſionis ſecundum tab. & e contra: ac ſimiliter bonorum poſſ. unde legitimi, habetur pro pro bonor. poſſeſſione contra tabulas, *l. filius*, *de coll. dot.* Sed ſi Titius poſt deliberationem longam adierit, D jus bon. poſſeſſ. con. tab. quam accepit patronus, interim non mutatur, ſed plane eſt cum re, & patronus pro portione cujuſque aufert ſingulis heredibus, hoc eſt, Cajo quadrantem, Titio quadrantem, atque ita ſemiſſem, portionem debitam patrono.

Ad L. XII. de Caſtr. pecul.

Pater, qui dat in adoptionem filium militem, peculium ei auferre non poteſt, quod ſemel jure militiæ filius tenuit: qua ratione nec emancipando filium, peculium ei aufert, quod nec in familia retento poteſt auferre.

NOtanda eſt una differentia, inter peculium paganum & caſtrenſe. Paganum paterfam. demit, adi- E mit nuda voluntate quandocunque vult, ut dominus ſervo: non conſtituitur etiam peculium nuda voluntate, traditione enim opus eſt: ſolvitur autem nuda voluntate, *l. non ſtatim*, *de pec.* Et adimit pater filio peculium, vel retento in poteſtate, vel exempto e familia, veluti cum eum emancipat vel dat in adoptionem: utroque genere filius exit ex familia: ſed utroq; genere non fit ſui juris, datione in adoptionem tranſit in poteſtatem alterius, puta adoptatoris, & deſinit eſſe in patris naturalis poteſtate: plerumque autem emancipando pater retinet ſibi peculium, ſed ſi nihil de peculio dixerit emancipando, tacite videtur ei conceſſiſſe peculium, *l. donatione*, §. *pater*, *de don.* Quod obtinet etiam in ſervo manumiſſo inter vivos: nam & ei videtur conceſſum, ſi non ſit nominatim

adem-

ademptum, *§. pecul. Inst. de leg.* & hæc de pagano. Castrense vel quasi castrense, etiamsi sit profectum a patre: nam castrense peculium dicitur, quod pater filio in militia agenti dedit, *l. 11. h. t.* Paulus *lib. 3. t. 4.* pater nunquam adimere potest filio. Hoc privilegium militia extorsit, quod Papin. ostendit: primum enim ait, patrem dando filium in adoptionem, non posse ei auferre peculium castrense. Rursus emancipando non posse, ac postremo neutrum horum faciendo non posse etiam eum filio adimere castrense peculium, licet id ipse de suo constituerit: Est enim non tam peculium, quam patrimonium filii: cum de eo testari possit etiam nolente patre, & non cogatur id conferre fratribus. Id quoque similiter extorsit favor dotis: Nam pater dotem, quam semel constituit filiæf. ei auferre vel minuere non potest, nisi uno casu, si pater redactus sit ad inopiam, *Nov. 97.* non potest filiaf. habere castrense peculium, posset quasi castrense, sunt militiarum quarundam feminæ quasi capaces: sed & filiaf. dotem habet propriam, etiamsi sit in potestate patris, eamque ei dederit pater. Et hac in re separatur dos a peculio: Nam dos proprie est patrimonium filiæ, *l. denique, §. ergo, de min. l. 4. de col. bon. l. pater, ad leg. Fal.* Peculium paganum etiam dicimus esse quasi patimonium, *l. hinc quær. l. 40. de pec. l. si dec. her. 17. de statul.*

Ad §. Si libertus L. I. Si quid in fraud. patr.

Si libertus in fraudem patroni aliquid dederit, dein defuncto patrono, vivo liberto filius patroni accepit bon. possessionem cont. tab. liberti, an Fabiana uti possit ad revocanda ea, quæ sunt alienata? Et est verum, quod & Pomponius probat lib. 83. item Pap. lib. 14. quæst. competere ei Fabianam: sufficere enim, quod in fraudem patronatus factum sit: magis enim fraudem rei, non personæ accipimus.

UT intelligatur quæstio hujus §. sciendum est, alienata a liberto in fraudem patroni, ut eo minor esset legitima patroni, revocari pro parte debita patrono actione Fabiana & Calvisiana. Fabiana datur testato liberto: altera intestato: non una actio, sed duæ *l. 3. §. si intestatus, h. t. l. 2. C. eod.* Et agnoscunt etiam hanc differentiam Græci in *l. 2. si a parente quis manum.* ad revocanda ea, quæ debitor alienavit in fraudem creditorum competit Pauliana, *§. item si quis in fraudem, Inst. de act.* ad revocanda alienata in fraudem filiorum vel parentum, nulla competit actio jure. Ratio differentiæ est: mihi licet fraudatis filiis alienare omnia mea bona vivo me. In testamento non possum: igitur liber sum, & rerum mearum plenus dominus quamdiu vivo, non cum excedo e vita, & morior: libertus non est plane liber, ut recte Chrysippus ait apud Athen. lib. 6. quod debeat patrono multa, nec sit ingenuus, *οἰκέτην* non esse, *δοῦλον* esse: *οἰκέτης* est, qui est in dominio alterius: *δοῦλος*, etiam qui non est in dominio & manumissus. Debitor quoque & obæratus non est plane liber, aut suorum bonorum compos: non possidet bona libera, nec ipse igitur liber est, cum principaliter sit obligatus: liberum hominem esse dicimus, qui non est obæratus: licet quidem liberto alienare, sed alienatio revocatur. Ergo ita constituamus: patronus præteritus petita bon. poss. con. tab. detrahit ex rebus, quas heres scriptus possidet jure hereditario, debitam portionem pro rata: qua actione? possessoria hereditatis petitione, sed detrahet etiam portionem ex his rebus, quas libertus alienavit in fraudem patroni, vel quas donavit mortis causa. Possessoria petitio hereditatis non datur in eos, qui juste possident, sed Fabiana. Finge: libertus multa alienavit in fraudem patroni, & supervixit patrono, deinde post mortem liberti filius patroni petiit bon. poss. con. tab. an revocabit alienationes factas in fraudem patris? Et non videtur, quia libertus nihil egit in fraudem filii. At nihilominus Pap. ait, filium patroni uti posse actione Fab. quia satis est, quod fecerit in fraudem patronatus, ac si diceret, non tam fecit in fraudem patroni, quam in fraudem patronatus, & fraus magis fit in rem, quam in personam, & utique fecit fraudem in rem.

Ad Princip. L. III. eod. tit.

Si patronus heres institutus ex debita parte, adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiæ ejus debeat, ne decipiatur liberti fraudibus? Et Papinianus lib. 14. quæst. respondit, in eadem causa manere ea, quæ alienata sunt, idcircoque patronum sibi imputare debere, qui cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas, propter ea, quæ alienata sunt, vel mortis causa donata, non fecit.

QUod proponitur in h. §. negotium facit multis non abs re. Finge: libertus multa alienaverat in fraudem patroni, qui ea ignoraverat. Deinde moriens libertus patronum heredem scripsit ex semisse. Videtur ei satisfecisse, & utique satisfecit, si verborum conceptionem spectes, & heredem fecit ex semisse bonorum, quæ habuit mortis tempore: sed si rem inspicias, non satisfecit, quia data opera minuit patrimonium. Hoc casu licet patronus sit institutus, poterit petere bonor. poss. contra tab. quasi ex modica parte institutus. Et certum est eam bonor. poss. dari non tantum patrono præterito, sed etiam ex modica portione instituto. Unde ingeniosus quis merito posset quærere, an filio instituto ex modica parte, detur bon. possessio cont. tabulas? minime: quia non est præteritus, sed quasi exheredato in partem, si falcidiam sibi servare non possit, aut si minus Falcidia jure institutionis auferat, ei dabitur querela inofficiosi, *l. Pap. §. quarta, de inoff. test.* Pater habet servos in patrimonio, nihil præterea: filium instituit, omnes servos manumittit; inanis est institutio, quia Falcidia non deducitur ex pretiis manumissorum: filius, si habeat substitutum, repudiabit hereditatem, & adversus substitutum aget querela, quasi sub falso titulo institutus, vel hereditatem habebit ab intestato, & non competent libertates. Hodie patronus vel filius institutus ex quantulacunq; parte, non habet bonor. poss. contra tab. vel querelam, sed habet supplementum. In specie proposita patronus potuit petere bonorum poss. contra tab. sed quia ignorabat libertum multa alienasse inter vivos, adivit hereditatem ex testamento liberti, sed errans in facto, ignorans fraudem fecisse sibi libertum, non errans in jure, dum ignorat aliqua libertum alienasse. Et ideo recte quæritur, *an succurri ignorantiæ ejus debeat?* sic legitur Flor. male vulgo quæritur, *an postquam adivit possit agere Fabiana, & revocare portionem sibi debitam?* forsitan dices posse, *& æquum videri, ut ignorantiæ ejus succurratur.* At contra Pap. *non ei subveniri respondet.* Quare sibi imputare debet, qui cum posset petere bon. poss. cont. tab. non fecit. Obstat vehementer quod dicitur, errorem facti non obesse, nec in damnis, nec in compendiis: & hoc loco obest patrono. Respondeo, non tam esse ignorantiam facti, quam etiam culpam, ad quam rationem respexit Papin. dum ait, *patronum imputare sibi debere.* Quid aliud est, quam patronum esse in culpa? Hic potest objici, quod Tiberius dicebat, disce cautius negotiari. Quod videtur repetitum in *l. 2. C. de fur.* Et eadem est ratio *l. filium, de acq. her.* qui testatum fuisse insanum putabat heres scriptus, qui tamen sanus erat, errabat in facto: sua igitur simplicitate deceptus (quæ utique nocet, *l. 3. ad Mac.*) hereditatem omisit ex testamento, & eam amplexus est ab intestato: subst. ei præfertur, quia seipsum decepit diligentius non consultando. Eadem est ratio *l. Clod. eod. t.* heres scriptus posteriore testamento imperfecto, qui etiam erat scriptus in priore perfecto, temere hereditatem adivit ex posteriori, putans, id æque esse perfectum ac prius: seipsum decepit, & hereditatem omisit. Sed quotiens extrinsecus aliqua ex causa incidit quis in errorem facti, in ignorantiam, quæ falleret etiam prudentissimum, hic error facti non nocet, ut si adierit ex testamento falso, vel

vero,

vero, dum eſt incertum, an exheredatus vel præteritus ſit *l. 4. de petit. hered. l. Paul. de bon. libert. l. mater, de inoffic. teſt.* Sed ponamus patronum erraſſe in jure, ut ponit Accurſ. ſecutus antiquam ſcripturam, ut puta, exiſtimaſſe ſibi non competere Fabianam, & ſe inſtitutione contentum eſſe debere: an hic error juris eum excuſat? quod videtur, ex *l. quæ fideic. de leg. 2.* cujus eſt tamen alia ratio: ſed verius eſt errorem juris eum non excuſare: error juris in ſpecie *d. l. quæ fideic.* excuſat, quia in damnis amittendæ rei ſuæ, *de perdre le ſien*, error juris excuſat: Verum in compendiis nocet, ſi quis affectat lucrum de alieno, *l. 8. de jur. & fac. ign.* In ſpecie propoſita patronus affectat compendium, quia etſi hereditas liberti dicatur quaſi patroni eſſe, *l. 10. pro ſoc.* tamen vere non eſt, quia non eſt verus creditor, *l. 6. ad l. Cornel. de falſ.* alioquin revocaret aliena actione Pauliana, nec neceſſaria eſſet Calviſiana, aut Fabiana: hæc confirmantur *l. 2. ſi a parente quis manum.* dum ait, patrono non eſt exæquandus pater, quia iniquum eſt ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, *l. 2. de jure patron.* Licet patri vendere omnia ſua bona, & filio etiam, nec ulla eſt querela immodicæ venditionis, aut fraudulentæ. Eſt tamen querela inofficioſæ, immenſæ donationis, ut inofficioſæ dotis. Dos enim donatio eſt; donatio facta in fraudem liberorum, id eſt, quæ minuit eorum legitimam, pro modo legitimæ reſcinditur, ſed non etiam venditio, vel quælibet alia alienatio: valde enim notanda ratio, ut patrono inſtituto ex minori parte detur bonorum poſſeſſio contra tabulas; filio vero querela. Patronus inſtitutus ex minori parte comparatur præterito, non exheredato: exheredatio enim in patronum non cadit. At filius inſtitutus ex minori parte magis exheredatus, quam præteritus videtur, ſi ex inſtitutione, aut nihil, aut minus, quam legitimam portionem acceperit, tulerit.

JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIUS
In Lib. XV. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. X. de Jure codicill.

Quod per manus traditum eſt, codicillis hereditatem dari non poſſe, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex teſtamento valerent, ipſum teſtamentum, quod vires per inſtitutionem heredum accipit, confirmari videretur.

IN lege 10. *de jure cod.* proponitur regula vetus, hereditatem codicillis dari non poſſe verbis directis: nam precariis dari poteſt. Ergo in codicillis directo inſtitui heres, vel ſubſtitui non poteſt, quoniam utroque genere hereditas dari non poteſt, nec igitur adimi: adimitur exheredatione, & per conditionem adjectam in codicillis. Nam deficiente conditione exheres futurus eſt, eſt enim tacita exheredatio, conditionis adjectio. Hujus regulæ ratio redditur hæc, *§. pen. Inſtit. de Codicill.* ne vis & poteſtas codicillorum & teſtamentorum confundantur, id eſt, ne idem poſſint codicilli, quod teſtamentum. Nam ſi jus eorum confundas, poſſis & nomina confundere: nomina autem ea nunquam confunduntur, *l. ſi item, C. de codicil.* Sed ſubtiliorem rationem adfert Papin. *ne per codicillos, &c.* quæ ratio ſic explananda eſt; Codicilli vires accipiunt ex teſtamento (ſunt enim ſequela teſtamenti) ex quo ſequitur, teſtamentum non accipere vires ex codicillis, quod videretur, ſi in codicillis ſcriberetur heredis inſtitutio, ſi præcipuum caput teſtamenti transferretur in codicillos. Vel etiam ſic. Cauſa, ex qua valent codicilli, eſt teſtamentum: non poſſunt igitur codicilli eſſe cauſa, ex qua valet teſtamentum. Ergo, ut Accurſ. notat peritiſſime, qui omnino Philoſophiæ non erat ignarus, duæ res ſibi invicem cauſæ eſſe non

A poſſunt eodem modo, & non male citat *l. heres per ſervum, de acq. hered.* Per ſervum hereditarium an poteſt quis acquirere aliquid, quod ſit hereditatis? minime. Igitur hereditas & ſervus hereditarius invicem cauſæ eſſe non poſſunt. Per hereditatem acquiro ſervum hereditarium, non contra, ſed duæ res, ut dixi, non poſſunt invicem ſibi eſſe cauſæ eadem ratione, ſed diverſa, ut labor eſt cauſa firmæ valetudinis, habitudinis; & firma valetudo, habitudo eſt cauſa laboris, ſed labor ut finis, valetudo, ut cauſa efficiens: & ſic eadem ratione plures cauſæ eſſe non poſſunt, ſed diverſa ratione. Æs ut materia, eſt cauſa ſtatuæ: opifex ut principium motus.

Ad L. LXXVI. de Hered. inſtit.

B *Servus uxori a marito mortis cauſa donatus, mariti manet, ut & Juliano quoque videtur. Idem ſi accipiat libertatem ſimul, & hereditatem, viro neceſſarius heres erit, nec ſine libertate aliquid ei legari poteſt.*

NOtum illud eſt, jure civili interdictas eſſe donationes inter vivos inter virum & uxorem: nam cauſa mortis donationes ſunt permiſſæ, quia earum eventus in id tempus excurrit, quo deſinunt eſſe vir & uxor, *l. 10. §. ult. & ſeq. de don. int. vir. & uxor.* Ergo quod proponitur *h. tit.* ſi maritus uxori ſervum donaverit mortis cauſa, non ſtatim fit mulieris: tunc demum fit mulieris, cum mors mariti fuerit inſequuta, *l. non videtur de mort. cauſ. donat.* non mutat dominium donatio cauſa mortis ante mortem: medio igitur tempore dominium remanet penes virum. Et hoc eſt, quod ait, *mariti manet.* Deinde duos effectus proponit hujus ſententiæ: ut ſi eum ſervum maritus inſtituerit cum libertate, ei ſit neceſſarius heres, qui ſi eſſet mulieris, eſſet extraneus, & ei voluntarius heres. Alius effectus hic eſt, quia huic ſervo maritus non poteſt legare interim ſine libertate, cum mariti maneat, & proprio ſervo inutiliter legatur ſine libertate, *l. ſervis, C. de leg.* Sed ſi eſſet mulieris, quaſi alieno ſervo ei recte legaretur ſine libertate. Legendum autem eſt in his, quæ ſequuntur, *id eſt*, non, *idem*, nam ullo ſenſu, *idem*, hic ponitur. Quidam legunt *unde*, ſed perſpicuum eſt legendum, *id eſt*, ſicut in *l. 10. §. quoties, de compenſ. l. 46. pro ſoc.* Accurſius huic definitioni objicit *l. ſi is ſervus, de don. int. vir. & uxor.* Maritus ſervum donavit uxori mortis cauſa: utroque vivo conſtante matrimonio ſervus acquiſivit aliquid, cui marito an uxori? lex ait, in pendenti eſſe acquiſitionem, donec maritus moriatur, vel aliquid incidat quo vel confirmetur, vel perimatur donatio: & ex eventu apparebit, cui is ſervus acquiſierit: ergo etiam dicendum eſt hic, non omnino ſervum mariti manere, ſed in pendenti manere; in pendenti eſſe dominium ſervi, & ab eo ſe expedire neſcit Accurſius. Reſpondeo; donatio cauſa mortis fit tribus modis, *l. 2. de mort. cauſ. don.* Uno, ut ſervus vel alia res tunc fiat uxoris, cum mors mariti fuerit inſecuta. Et hoc caſu nemo dubitat, quin ſervus maneat mariti, quia id eſt actum nominatim: donatio cauſa mortis revocatur pœnitentia, & intelligitur revocata interim manumiſſo ſervo donato, herede eo relicto, vel ei legato relicto cum libertate, *l. vir uxori, de donat. int. vir. & uxor.* ſed quid ſi ei legaverit ſine libertate? vel heredem inſtituerit ſine libertate? non intelligetur revocata donatio: valebit igitur donatio morte inſecuta, nec mutata voluntate: an valebit etiam inſtitutio & legatum, atque ita acquiretur uxori per ſervum? nam morte mariti eodem momento deferetur ſervus uxori, & ſervo hereditas: & verius eſt inſtitutionem, vel legatum non valere, quia ab initio non valuit: nam ſervum proprium inutiliter inſtituo ſine libertate, & ex regula Catonis, quod ab initio non valet, id eſt, tempore facti teſtamenti, nec poſtea convaleſcit, ſervo teſtatoris proprio, morte ejus tranſlato in dominium mulieris. Fit etiam donatio cauſa mortis hoc modo, ut res ſtatim fiat mulieris: finge maritum hoc animo donaſſe mulieri, ut ſervus ſtatim fieret mulieris. An idem ſtatuemus de hoc

gene-

genere, quod de illo? in illo nulla est dubitatio: in hoc posset esse, an hic servus possit esse viri? ac dicemus idem fere statuendum, quia etiamsi id actum sit, ut servus statim fieret mulieris, non tamen potest: nam constante matrimonio mulier non potest fieri locupletior donatione viri, alioquin hæc donatio nihil distaret a donatione inter vivos: valet tamen ita facta donatio, *l.12. §. 1. de donat. int. vir. Non solum valet*, inquit, *donatio mortis causa inter virum & uxorem, ut res fiat uxoris, vel mariti cum mors insequatur, sed etiam omnis donatio causa mortis*. Ergo etiam valet illa, ut statim fiat res mulieris, sed non habet effectum statim donatum causa mortis: morte enim perficitur omnis: & omnis revocata intelligitur pœnitentia, veluti manumissione servi, servo herede instituto cum libertate, vel legato ei relicto cum libertate: sed si heres instituatur, vel si ei legetur sine libertate, ea institutio vel legatum ab initio non valet, quia interim fuit mariti servus proprius: ergo non convalescit, servo morte mariti mulieris effecto. Sed tamen etiam in specie proposita hoc interest inter duas donationes (quod pertinet ad *l. si is servus*, quæ allegatur ab Accurs.) quod hæc donatio, quæ ante ultimum vitæ tempus mariti non facit dominam mulierem, mortuo marito non mutata voluntate, non retrotrahitur ad tempus, quo facta est, ideo acquisita interim per servum ad maritum pertinent: ergo non retrotrahitur: at illa donatio, quæ fit hac lege, ut statim domina fiat mulier, retrotrahitur ad tempus, quo facta est: & ideo, quæ interim acquiruntur per servum, sunt in pendenti, quia donatio potest revocari pœnitentia, sed potest etiam consistere donatio & confirmari, ac proinde retrotrahi. Quod si retrotrahitur, ad mulierem pertinebunt, *d. l. si servum:* nec est novum, ut ea donatio retrotrahatur: nam inter vivos facta inter virum & uxorem (quæ nihil valet interim, sed morte mariti confirmatur ex oratione Antonini, si perseveraverit in ea voluntate usque ad ultimum vitæ tempus) hæc donatio etiam retro agitur, *l. donationes, C. de donat. int. vir.* non mirum igitur, si retrotrahatur donatio causa mortis.

Ad L. XLVI. de Leg. II.

Cum proponebatur in scriptura fideicommissi, quod pluribus sub conditione fuerat relictum, per errorem omissam mutuam substitutionem, quam testator in secundis tabulis, cum eosdem substitueret, expressit; Divi Marcus & Commodus Imperatores rescripserunt, voluntatem manifestam videri mutuæ factæ substitutionis. Etenim in causa fideicommissi, utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti.

Species *l. cum proponebatur*, talis est: Filio impuberi, primum, secundum, & tertium heredes substituit in secundum casum, id est, si ante pubertatem alter decederet: eosdem substitutos invicem substituit in primum casum, puta ut si unus filio impuberi heres non esset, in ejus locum & opem veniret alter, quæ est vulgaris: mutua & reciproca, id est, communis: ut heredes meos invicem substituere possum, ita & impuberi: præterea substitutis aliquid legavi, nec eis invicem in eo legato substitui, quamquam id agere animus esset, sed id prætermisi oblivione, aut etiam scriptor testamenti: an videbuntur substituti in fideicommisso, sicut & in hereditate? Illud primum constat, non tantum in hereditate, sed etiam in fideicommisso posse substitui, ut & in legato, *l. ut hered. & l. cum pater, h. tit. l. Publius, §. 1. & l. aviam, de cond. & demonstr. l. ei cui, de mort. caus. don. l. 8. usuf. quemadm. cau.* Sed notandum, nos non posse substituere vulgariter omnibus puberibus & impuberibus liberis & extraneis in secundum casum, nos non posse substituere in hereditate nisi liberis impuberibus. At in fideicommisso omnibus substituere possumus in utrumque casum. In primum casum, si ad te non pervenerit: in secundum, si ad te pervenerit, rogo, ut restituas Titio. Et substituere pos-

A sumus non directo tantum, sed & per fideicommissum: Per fideicommissum substituimus non tantum verbis expressis, sed etiam tacitis: nam in fideicommissis certa conjectura sufficit, *l. 34. §. 1. h. t.* Secundum hoc igitur in specie proposita, si quos substitui filio impuberi, & invicem substitui in hereditate pupillari, volui etiam eos invicem substituere in fideicommisso hereditario, licet in eo non repetierim substitutionem, atque ita non tantum in hereditate pupillari, sed etiam in fideicommisso mutuo substituti videbuntur. Et ita Papinianus refert M. & Commodum rescripsisse, quod precariæ voluntatis conjectura sufficit. Et subjicit rationem Papinianus: *etenim in causa fideicommissi utcumque precaria voluntas quereretur, conjectura potuit admitti:* utcumque, id est ubicumque, ut *l. 26. de injur.* & illo loco, *utcumque defecere mores,*
B *dedecorant bene nata culpæ*. Ergo ita definiamus: in fideicommissis & fideicommissariis substitutionibus conjecturas admitti, nuda enim voluntate consistere & nutu solo, *l. nutu, de leg. 3.* non pendere ex verbis, sicut legata, quæ directo scribuntur. Fideicommissa non adeo pendent ex verbis, ut etiamsi verba sint perspicua, non admittatur quæstio voluntatis, *l. cum virum, C. de fideicom.* quod non admittitur in legatis, *l. ille aut ille, de legat. 3.* Sed in fideicommissis, etiamsi verba sint perspicua: audiuntur tamen, qui verba in dubium revocant, *l. quisquis, de leg. 3.* Cum esset legatum & fideicommissum J. C. non satis habet probare, verba esse perspicua, sed probat etiam suffragari voluntatem, quasi utraque probatio exigatur in fideicommisso. In legato verba sola sufficiunt, si non sint ambigua. Conjecturas Accursius interpretatur testes &
C tabulas, quod perinde est, ac si diceret, probationes artificiales esse inartificiales, sed verius est, conjecturam esse, quæ ducitur ex manifesto signo secundum Hermogenem. In hac specie ex substitutione prima ducitur argumentum, substitutionis mutuæ in fideicommisso, ut in hereditate, & ita ex manifesta institutione conjectura capitur ad non manifestam, *l. si plures, de vulg. l. quoties, ad Treb.* Si iidem sint instituti ex partibus & invicem substituti nullis partibus: ex partibus in institutione manifesto adjectis, conjicimus voluisse testatorem easdem adjicere in substitutione, quas omisit per oblivionem. Et est frequens harum conjecturarum usus in foro. Verum huic definitioni obstant tria. Primum *l. jubemus, C. de testam.* quæ ait, nomina heredum exprimenda, vel literis testatoris, vel voce, alioquin non valere: non sufficiunt igitur
D conjecturæ. Sed loquitur lex de institutionibus directis. Item objicitur *l. ult. C. de codi.* quæ exigit quinque testes in codicillis, *l. cum antiquitas, C. de test.* & totidem etiam sufficiunt in testamentis rusticanorum, *l. ult. C. de test.* In alia voluntate nuda & directa tamen, quibus casibus ea admittitur, ut in voluntate militis, exiguntur tres testes, *l. 27. C. de test.* Et ita Plutarch. scribit in M. Catone, ait, *in testamento in procinctu adhibitos esse tres testes*. Igitur in codicillis exiguntur quinque testes. Conjecturæ igitur non sufficiunt. Sed hoc dicitur de codicillis tantum vicem testamenti obtinentibus, non de nudis codicillis. Postremo objicitur *l. ult. C. de codi. & §. ult. Inst. de fideicom. hered.* quibus ostenditur, fideicommissarium probare debere tribus testibus, aut deferre debere jusjurandum heredibus, qui si nolit jurare, habebitur pro confesso. Ergo
E lex non est contenta conjecturis, sed lex illa loquitur de illo fideicommissario, qui nititur testibus non conjecturis. Numerus enim testium tunc requiritur, & ut sint idonei. Verum hoc genere probationis omisso, certamus etiam conjecturis: quod si testibus nitaris, legitimum numerum producere debes. Et ita recte Joannes, præter cujus interpretationem mendacissima sunt omnia, quæ in hanc legem adnotantur.

Ad L. III. de Reg. Caton.

Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hereditatem cedit.

Pro-

PRoponenda est ea regula Catonis, quæ fuit compro- A bata ab omnibus JCtis, sed non sine aliqua controversia, *Theoph. §. an servus, Inst. de leg.* sed fuit parva ea controversia, & diu non stetit: namque obtinuit tandem omnino, quæ est ejusmodi. Legatum, quod si testamenti facti tempore confestim moreretur testator, inutile foret, id est, inutiliter cederet, nec longe post moriente testatore, utiliter cedere potest, *l. 1. hoc tit.* Legatum quod ab initio inutile est, ex post facto non convalescit, ut *l. cetera, §. 1. de leg. 1.* Et aliter concipitur in *l. 29. de reg. jur.* aliter in *l. 210. eod. tit.* habet autem ea regula rationem summam: Quid enim interest decesserit testator statim, an postea? quod non deberetur legatum, si statim decessisset testator, cur magis debebitur, si diutius vixerit? Finge: Legavit testator servo proprio sine libertate: si statim decesserit, inutile est legatum; si diutius vixerit, B & eo vivo post factum testamentum, is servus alienatus sit, vel manumissus, non ideo magis valebit legatum; quia initium habuit vitiosum, *l. servus, C. de legat.* Aut finge: Legavi servo heredis sine libertate fideicommissaria, vel filiofam. heredis: si statim decesserit, non valet legatum, ne idem inveniatur heres & legatarius, debitor & creditor: an vero quicquam proficit, si ille testator diutius vixerit, & eo vivo is servus aut filiusfa. exierit de potestate heredis, an convalescit legatum, cum mortis tempore is servus non sit heredis, sed alterius aut suus? Et placet eadem ratione non convalescere legatum, quod initio non fuit sine vitio, *§. an servo, Inst. de leg. l. 8. §. 1. de leg. 3.* Aut ita finge: Legavi columnas, marmora, tigna injuncta ædibus; quæ senatus legari vetuit, an convalescit legatum si tempore mortis ea fuerint ab ædibus separa- C ta? minime, *l. ceterum, §. 1. de leg. 1.* quia vires ab initio legatum non habuit, & cujus rei initium vitiosum est, non possit etiam finis non esse vitiosus, quandoquidem prudentes omnia æstimant ex initio potissimum, non ex eventu: & utitur etiam *l. cetera,* alio exemplo. Legavit testator mihi rem meam; legatum non valet, si statim moreretur: diu vixit, & interim ego rem meam alienavi, atque ita mortis tempore non est mea, an legati petitio erit? minime, quia legatum, quod non constitit tempore mortis facti testamenti, non convalescit tempore mortis, ad confirmandum, quod est in regula Caton. sicut contraria regula antiqua fuit in magna controversia: legatum quod constitit mortis tempore, quodve in eam causam recidit, a qua initium capere non potuit, non valet, etiamsi constiterit mortis tempore, *l. 3. tit. seq. l. 3.* D *de serv. leg. l. cum filius, §. servus, de leg. 2.* Congruere ergo debet initium fini, & finis initio, testamenti tempus mortis tempori, etiamsi mors postea insecuta fuerit: & vice versa habendum est mortis tempus pro testamenti tempore, etiamsi id conditum fuerit multo ante tempus mortis. Demonstravimus exemplis usum regulæ Catonianæ simul ac rationem. Adnotari volo ex verbis ejusdem regulæ, maxime ex iis, quæ proponuntur *l. 1. hoc t.* regulam Catonianam pertinere ad legata, quorum dies cedit e morte testatoris. Hæc verba demonstrant mortis tempus, ex quo legata cedunt jure antiquo, atque etiam novissimo. Et *cedere diem* quid est? Est incipere deberi quodammodo, & ad heredem, transmitti posse. Cessit legatum, quod mihi relictum est, cessit dies legati mihi relicti. Ergo etsi mox moriar trans- E feram id legatum in heredem. Ob id diligenter inquiritur, a quo die cedat legatum: nam si legatarius moriatur antequam cesserit legatum, nihil transfert in heredem suum, & ut dixi, legata cedunt a morte testatoris, licet nondum sint apertæ tabulæ, nondum adita hereditas: jure antiquo, quod restituit hodie Justinianus in *tit. de cad. toll.* Et hoc ita si legata fuerint pura, & pura dicuntur esse etiam, quibus est adscripta dies certa; non incerta, quod ad cessionem attinet: nam & hæc cedunt a morte testatoris statim, *l. 5. l. si dies, quand. dies leg. supra,* quod attinet ad cessionis causam: nam quod ad *l. Falcid.* attinet, legatum in diem certam non habetur pro puro, quia scil. in Falc. heredi computatur commodum medii

temporis, *l. 45. ad l. Falc.* Et hoc ita obtinet jure antiquo, & novissimo jure: nam medio jure, quod & novum dicitur, id est, ex legibus Julia & Papia, ea legata, id est, pura, cedunt ex apertis tabulis, non a morte testatoris, ut est proditum multis in locis in fragm. Ulpiani, sed illas ll. Juliam & Papiam abrogavit Justin. restituto jure antiquo. Et hæc de puris legatis, vel quæ pro puris habentur. Legata conditionalia, (*) vel in diem incertum relicta non cedunt a morte testatoris, sed cum conditio extiterit post mortem testatoris, *l. legati sub cond. de condit. & dem.* legata sub conditione non cedunt statim a morte, sed cum conditio extiterit: & ideo inquit, *interim delegari non potuerunt.* Sic recte Florentiæ scriptum est, quod quid est aliud, quam transmitti ad heredem non potuerunt? videlicet moriente legatario pendente conditione ante cessionem. Dico ea cedere cum conditio extiterit post mortem testatoris: nam si conditio extiterit vivo testatore, non cedunt ante mortem, post mortem statim cedunt. Ac rursus, si conditio sit ejus generis ut impleatur morte testatoris, cedunt a morte, ut in casibus propositis, *l. 1. & 2. h. t.* Quædam autem sunt legata pura, quæ cedunt ab adita hereditate, non a morte, jure antiquo & novissimo, non ab apertis tabulis l. Julia & Papia, ut si legetur ususfructus, habitatio: hæc legata non cedunt ante aditam hereditatem. Cur ita? quia cessionis effectus est transmissio. Hæc autem jura, usus, ususfruct. habitatio, non transmittuntur ad heredem, sed cum persona extinguuntur: ergo frustra esset, si quis ante aditam hereditatem ea cedere diceret: non est opus accelerare cessionem, cum hæc legata non possint transmitti ad heredem, *l. 2. & 3. quand. dies legat. ced.* Cur institutum est legata morte cedere, non aditione? ne scil. heredes aditioni moram faciendo, & transmissioni moram faciant. Ubi igitur non est locus transmissioni, dices frustra ante aditionem cedere legatum. Et eadem ratione libertas servo relicta non cedit ante aditam hereditatem. Item legatum relictum servo manumisso, vel legatum relictum servo alieno, non cedit ante aditionem, *l. 7. §. ult. l. 8. l. cum legati, quand. dies leg. ced. l. uni. §. libertates, C. de cad. toll.* Et hæc omnia legata, quæ retuli, cedunt ab adita hereditate, si heres extraneus & voluntarius fuerit scriptus, quoniam hic solus adit hereditatem: necessarii vel sui non adeunt hereditatem, sed sunt heredes statim a morte testatoris, ipso jure etiam inviti & ignorantes: qua de causa necessario herede scripto consequens est, ea legata, quæ retuli, cedere a morte testatoris, a qua scripti heredes acquisiere bona, quæ extraneo scripto non cederent ante aditionem, *l. Julianus 86. de condit. & demon. l. quæsitum, §. 1. de leg. 1. l. si opt. de opt. leg.* Nunc concludendum est, regulam Catonianam pertinere tantum ad ea legata, quæ cedunt a morte testatoris, quod verba illa demonstrant, *si statim decessisset*, id est, si legatum statim cessisset decedente testatore; si decedit testator, & simul cedit legatum purum. Ergo regula Catoniana pertinet ad jus antiquum, quo legata cedunt a morte: non igitur pertinet ad leges novas, ut inquit *l. ult. hoc tit.* Ergo respicit ad legata, quæ cedunt a morte jure antiquo, & legibus novis non cedunt a morte: sed ab apertura tabular. Igitur ad ll. Juliam & Papiam novas, & caducarias non pertinet regula Catoniana, *l. qui solvendo, de heredib. Inst.* Præterea regula Catoniana non pertinet ad legata conditionalia, quia etiam hæc non cedunt a morte, sed ab eventu conditionis, *l. cetera, §. 1. de lega. 1.* Igitur non pertinet etiam ad legata relicta in diem incertum, veluti, *illi lego cum pubes erit*, dies est plane incertus, quia forsitan non pubescet, vel hoc modo, *cum Titius magistratum inierit*, hic dies incertus pro conditione est, *l. dies incertus, de cond. & dem.* videlicet, quia & incertum est, an dies sit venturus, ut si dixeris, *cum Titius magistratum inierit.* Est hic incertum duplex: nam incertum est primo, an Titius sit magistratum initurus, deinde incertum est, quo die sit initurus. Et dies ita incertus semper condi-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 41.*

tionem facit: Nam est alius dies incertus, quem tamen certum est esse venturum, ut si dixeris, *cum heres meus morietur*, uno tantum modo hic dies incertus est, quia quo die sit moriturus, ignoratur, sed moriturum eum esse utique certissimum est. Et hic dies ita semper incertus conditionem non facit, quod exposuimus lib. 8. *ad l. sufficit, de cond. ind.* Et ex eo intelligimus, mendum esse in *l. 30. §. pen. ad l. Falcid.* ubi ita est scriptum: *Alia est causa eorum legatorum, quæ in diem certum dantur*, & sequitur, *nam si libertatis dies cœpit cedere, ei debentur*, quæ verba si diligenter observentur videbuntur falsissima. Vero verius est, ita esse emendandum: *Alia est causa legatorum, quæ die incerta dantur: nam si liberto dies cœpit cedere, ei debebuntur*. Sententia hæc est: servo heredis pure legatur inutiliter. Aliud est, inquit, si ei legetur die incerta: nam si ejus legati dies cœpit cedere servo jam liberato, id est, servo manumisso, *l. cum sub hac, de cond. & demonst.* legatum ei debebitur, quoniam scilicet regula Catoniana non pertinet ad legata relicta in diem incertum. Et ultimum hoc dicit, regulam Catonianam etiam non pertinere ad ea legata, quæ cedunt ab adita hereditate: quod proponitur hac l. 3. Sed adjicitur regulam Catonianam non pertinere etiam ad hereditatem: Quod est falsissimum, & est hoc loco crux quædam ingeniorum. Nam regula Catoniana utitur quidem verbo legati, *quod inutile legatum foret &c.* sed comprehendit etiam hereditatem, ut jus antiquum, ad quod pertinet lex 12. tabul. illo loco; *uti quisque legassit*, id est, uti quisque heredem faxit, ut etiam in edicto de præstandis legatis continetur etiam hereditas: Et hereditatem inutiliter datam initio, ex post facto non convalescere. Denique regulam Catonianam pertinere ad hereditates est apertissime scriptum in *l. pen. de reg. jur. l. 7. & 8. de lib. & post. §. in extraneis, Instit. de hered. qual. & diff. & in l. pen. hoc tit.* dum ait, Catonianam regulam non pertinere ad conditionales institutiones: consequens est pertinere ad puras, alioqui esset stulta ea admonitio. Institutio est hereditas testamento data. Valet & in stipulationibus regula Catoniana, & in contractibus, & in libertatibus datis inter vivos. Quidni valeat etiam in institutionibus? Idcirco jampridem ostendi, & probavi, non esse legendum, *hereditates*, sed *libertates*, *l. si privatus, §. ult. qui & a quib. l. generaliter, §. si homini, de fideicom. lib.* quia libertatis dies cedit ab adita hereditate. Et regula Catoniana respicit ad mortem. Et in *l. si ita scriptum, §. reg. de lib. & post.* regula est, hereditatem non posse adimi, si servus scriptus sit cum libertate. Verum adimi potest exheredatione & testamenti mutatione. Igitur regula Catoniana pertinet ad legata & fideicommissa, & hereditates, & omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, vel codicillis, quæ modo cedant a morte testatoris secundum jus antiquum, etiam clusis tabulis testamenti, necdum adita hereditate: legibus novis, legibus caducariis, id est, Julia & Papia, legata non cedunt a morte statim, sed ex caducariis tabulis, & moriente legatario ante apertas tabulas caduca fient. Ad has leges novas & caducarias, quæ hodie sunt sublatæ restituto jure antiquo, regula juris antiqui Catoniana non pertinet. Est regula juris antiqui, ponitur etiam sub titulo, *de divers. reg. jur. antiq. l. 29. §. 201.* Est igitur regula juris antiqui. Ergo secundum jus antiquum est accipienda. Ergo non pertinet ad ea legata, quæ secundum leges novas cedunt ex apertis tabulis, quod introduxerunt leges novæ in rem fisci, ut si moreretur legatarius ante apertas tabulas, legata redigerentur in fiscum, id est, fierent caduca. Non pertinet etiam regula Catoniana ad legata conditionalia, quæ non cedunt a morte, sed post mortem existente conditione: nam regula Catoniana in *l. 1. hoc tit.* palam loquitur de legatis, quæ cedunt a morte, non de aliis, quæ ab alio tempore cedunt. Ergo non pertinet ad legata, quæ cedunt ab adita hereditate, & exposui satis, qualia sint ea legata. Et dico etiam ea ratione, regulam Catonianam non pertinere ad tutelas, quia tutelæ incipiunt ab aditione, non a morte: nec quicquam igitur interest eas cedere vel incipere citius, *l. si is qui, de excus. tut.* Quod ita verum est, nisi sit scriptus heres necessarius, vel nisi ipse heres scriptus tutor datus sit: Nam his casibus tutelæ incipient eo tempore, quo & hereditas cedit; id est, mortis tempore. Et ita recte Joannes & Rogerius notarunt ad *l. 2. de excus. tut.* Eadem ratione regula Catoniana non pertinet ad libertates testamento relictas, quia cedunt ab aditione, *l. un. §. libertatibus, C. de cad. toll.* non cedunt a morte statim, & regula est de his tantum, quæ cedunt a morte. Et ita dicebam esse legendum in *l. 3. Catoniana regula non pertinet ad libertates, neq. ad ea legata, quorum dies non a mortis tempore, sed post aditam hereditatem cedit*, id est, non pertinet ad ea, quæ cedunt ab aditione, ut libertates, & legata, usus, vel ususfructus, & hujuscemodi servitutes: Nam regulam Catonianam non pertinere ad hereditates, perquam falsum est, ut etiam supra demonstravi. Sed qui volunt excusare hanc scripturam, dicunt regulam Catonianam non pertinere ad hereditates, fideicommissarias scil. & adjiciunt rationem, quia hereditates fideicommissariæ cedunt ab aditione, quæ ratio est falsissima. Directæ hereditates cedunt a morte testatoris, cur non etiam fideicommissariæ & precariæ? Cetera fideicommissa omnia cedunt a morte, cur non etiam fideicommissaria hereditas? nihil est verius, quam omnia fideicommissa, omnia legata, omnes hereditates cedere a morte testatoris jure antiquo. Et abutitur Accurs. *l. quidam ita, ad Treb.* non bene posuit speciem. Species hæc est: Quidam heredem rogavit, ut filiæ, *ex Florent.* sive ut filio restitueret hereditatem, *prima quaque die*, id est, statim atque dies cederet, statim a morte, sive, ut vult. *Accurs.* statim atque adiisset; sed verius est *prima quaque die*, id est, statim atq. haberet facultatem restituendi, statim atq. adiisset: neque enim potest restituere, nisi adierit, & si prius moreretur filius, id est, ante restitutionem, ut eam hereditatem restitueret matri. Mortuus est filius post mortem patris, & ante aditam hereditatem: Quæritur, utrum matri debeatur fideicommissum, an heredi filii jure transmissionis? *mortuus est filius ante aditionem*: Hæc verba non significant ante cessionem, ut volunt, sed hoc demonstrant, ante restitutum fideicommissum filio: Nam dies quidem cesserat fideicommissi tempore mortis patris, sed dubitabatur, an & post cessionem fideicommissum translatum esset ad matrem, an ad heredem filii transmissum. Et concludit, magis ex mente defuncti esse, ut fideicommissum transferatur ad matrem: Nam secundum quod propositum est, hæc mens est defuncti, ut sive ante cessionem sive post, ante restitutam hereditatem decesserit filius, ut veniat mater, & ita demum non veniet mater, si post restitutionem decesserit filius, *l. 3. §. idem dicendum, de adim. leg.* Ergo stulte ex ea colligitur, fideicommissariam hereditatem non cedere ante aditionem. Alii sic excusant hanc scripturam, ut Catoniana regula non pertineat ad hereditates legitimas, id est, ab intestato, qui sensus non convenit huic loco, qui de iis est, qui ex testamento proficiscuntur, non de causa intestati. Ac præterea falsum est, regulam Catonianam trahi non posse ad hereditates legitimas, & verum est, trahi posse, licet ad testamentum respiciat, ut concepta est: Nam finge, legitimam hereditatem morte ejus, de cujus bonis agitur, ad me non redire: propterea quod capite minutus sum, quæro an ad me pertineat hereditas, si postea post mortem ejus, de cujus bonis agitur, inter tempora adeundæ hereditatis, vel petendæ bonorum possessionis capite minutus esse desiero? Et sane non pertinet, quia utrumque tempus, mortis scil. & aditionis agnatum proximum esse oportet, vel cognatum, ut ad me hereditas vel bonorum possessio redeat ab intestato, *l. 3. unde cogn.* Ergo regula Catoniana trahitur etiam ad legitimam hereditatem, ut etiam ad fideicommissariam pure relictam. Et invenio extra causam testamenti, etiam in aliis plerisque causis locum esse regulæ Catonianæ, ut in contractibus, & in stipulationibus. Quod non valet initio contractus, nec ex post facto

con-

convalescit, *l. inter, §. sacram, de verb. obli.* §.1.*Inst. de inut. stipul.* Stipulatus sum rem sacram, non valet stipulatio: an convalescet postea, si profana facta fuerit? minime. Ergo regula Catoniana trahitur etiam ad stipulationes. Ergo ad contractus omnes. Nam stipulatio est Pandecta omnium contractuum: sed excipiuntur etiam, ut in legatis, stipulationes conditionales: ad legata conditionalia regula Catoniana non pertinet: non pertinebit etiam ad stipulationes conditionales, ut stipulor recte rem meam sub conditione, & effectum habebit stipulatio, si existente conditione res mea non fuerit, *l. 31. l. existimo, de verb. oblig. l. existimo, de contrah. empt. l. 68. de jure dot.* conditionalia ex post facto confirmantur, *l. 8. de reb. cred.* pura ex post facto non confirmantur. Invenio etiam regulam trahi ad libertates datas inter vivos, non in testamento. Finge: alienum servum manumisi vindicta, nihil valet libertas, an convalescit, si postea ei acquisiero? minime. Scripsit Paulus librum singularem ad reg. Catonianam, & in eo hunc casum notavit in *l. ult. de castr. pec.* Adnotandum tamen, regulam Catonianam non pertinere ad donationes causa mortis. Finge: donavi incapaci, qui mortis tempore est capax, an perveniet ad donationes? sic videtur, quia in donationibus causa mortis non spectatur tempus donationis, sed tempus mortis, *l. 22. de mort. caus. don.* Ratio, quia donationes hæ conferuntur in tempus mortis. Ergo illud observandum est, quia eo tempore proprie donatum videtur, non quo tempore donatum est, *l. non videtur, eod. t.* eadem prope ratione legata relicta incapaci, quæ si tempus, quo relinquuntur, spectes non valent, & si legata relicta sint dum capi poterunt, non subjiciuntur huic regulæ, quia spectatur tantum illud tempus, in quo sunt collata; sed regula Caton. est de datis, sed inutiliter datis initio: hæc initio dantur, & non dantur tamen, & eo demum tempore dari intelliguntur, quo hi, quibus data sunt, capere possunt, *l. si ita, quis test. de leg. 2. l. in tempus, de her. inst. l. si servus, qui capere, de acquir. her.* Eadem quoque ratione regula Catoniana non pertinet ad ea legata conditionalia, quæ conferuntur in tempus mortis, quæque cedunt a morte. Et videmus tamen pertinere, quia cedunt a morte, licet sint conditionalia. Et hoc notandum, quædam esse legata conditionalia, quæ cedunt a morte, non post mortem, id est, quibus ejus generis conditio adscripta est, quæ expletur morte testatoris: hæc legata conferuntur in tempus mortis testatoris. Ergo illud solum tempus spectandum est, non tempus testamenti, quia nec tempore testamenti scribendi dari videntur, sed mortis tempore. Et hæc tria exempla proponuntur in *l. 1. & 2. h. t.* duo in prima, tertium in secunda. Primum est: quidam ita levavit, *si post Cal. mortuus fuero illi do, lego*, & mortuus est post Cal. legatum cedit a morte, & debetur, quod tamen non deberetur, si decessisset statim, id est, ante Cal. Ergo ad legatum, quod a morte cedit, regula Catoniana non pertinet, quia scil. non est initio inutiliter datum, sed magis non datum: quod pendet ex conditione non datur, in *l. 169. de reg. jur.* quod pendet, inquit, non est pro eo quasi sit. Denique quod sub conditione datur, nondum datur: conditio confertur in tempus mortis, & morte testatoris expletur: ergo tunc demum dari intelligitur: nec hic casus pertinet ad regulam Caton. Alterum exemplum est: quidam rem meam mihi legavit sub conditione, si quandocumque moreretur, res mea non esset: eo moriente res non est mea, legatum cedit a morte, & debetur, quod tamen non deberetur, si testamenti tempore statim decessisset, quo res adhuc erat mea: si pure mihi legaverit rem meam, legatum non debetur, etiamsi postea mea esse desierit, *l. cetera §. 1. de leg. 1.* sed si sub illa conditione rem meam mihi legaverit, *si eo moriente mea non esset*, legatum debetur, *l. 18. de leg. 2. l. nuda, de cond. & demonstrat.* Debetur igitur legatum, quod tamen non deberetur, si testamenti tempore statim decessisset. Ergo non spectatur testamenti tempus, quoniam legati conditio confertur in tempus mortis, & sufficit, si tempore mortis res mea non fuerit, licet testamenti tempore mea fuerit. Ergo tempore testamenti non dari videtur potius, quam inutiliter dari. Et sic accipiendum est illud exemplum, ut scil. rem meam mihi legaret sub conditione, si eo moriente ea non esset mea, *l. 18.* vel nominatim expressa conditione, vel tacite: nam & tacita voluntas conditionem facit. Et ita Joannes recte accipit exemplum: alias pugnaret cum §. *sed si rem, Inst. de legat. & l. cetera §. 1. de leg. 1.* Et moveor his argumentis: primum argumento præcedentis exempli, & sequentis in *l. 2.* nam ordo horum exemplorum ostendit, tria proponi exempla persimilia. Legata, quæ cedunt a morte, id est, quæ conferuntur in tempus mortis, quæque dari videntur magis moriente testatore, quam testante, *l. 18. h. t.* quæ est Celsi, & in ea Celsus non approbat legatum, si mihi legetur res mea, nisi adscribatur conditio, si mea non erit mortis tempore. Ac postremo moveor etiam conjectura, quod locum obtinet in stipulationibus, *l. 31. de verb. oblig. l. existimo, eod.* Tertium exemplum in *l. 2. h. t.* simile est cum superioribus: Filiam habuit testator nondum nubilis ætatis, cui ita legavit, *si Titio nupta erit, do, lego*, quæ verba referuntur ad tempus mortis, si me mortuo Titio nupta erit, *l. in conditione, de cond. & demonst. l. 2. l. scribit, §. ult. de aur. & arg. leg.* Ergo legatum illud cedet a morte, quia refertur ad tempus mortis, & valebit, licet tempore testamenti scribendi non potuerit valere, propterea quod filia nondum erat nubilis ætatis, quia scil. non videtur dari legatum illud testamenti tempore, sed magis mortis tempore. Et regula pertinet ad ea, quæ dantur testamenti tempore. His ergo tribus casibus legata conditionalia conferuntur in tempus mortis, & cedunt a morte: ergo videntur subjici regulæ Catonianæ. Contra, quia conferuntur in mortem, magis est, ut in eis nihil profit regula Catoniana.

Ad L. XI. de His quæ ut indign.

Heres, qui tacitam fidem contra leges accommodavit, in ea parte, qua fraudem adhibuit, Falcidia non utitur. Et ita senatus censuit. Sed si major modus institutionis, quam fraudis fuerit; quod ad Falcidiam attinet, de superfluo quarta retinebitur.

QUæstio legis hujus est de tacito fideicommisso, de quo Cajus & Paulus libros singulares scripserunt, quoniam late patet tractatus hujusce rei. *Tacitum fideicommissum* est, quod incapaci occultissime relinquitur: incapax est, non peregrinus, quamquam & hic sane capere non potest, sed in hoc proposito incapax est, qui legibus aut constitutionibus capere prohibetur ex alieno testamento vel codicillo. Legibus capere prohibentur cives Romani, veluti Julia & Pap. quæ de incapacibus continebant multa. Primo, cœlibes prohibentur capere non quidem solidum, id est, omne quod eis relinquitur, quia relicti semisse tantum mulctantur. Prohibentur capere orbi mariti & solitarii, quod tamen hodie est sublatum, *C. de infir. pœnis cœlib.* Item iisdem legibus vir & uxor capacitatem solidi inter se non habent: vir non potest capere ex testamento uxoris, sc. assem, sed decimas tantum quasdam, qua ex re lex Papia dicta est lex decimaria. Et alii quoque nihil possunt capere, ut si quis famosam mulierem uxorem duxerit, vel senator libertinam, quod fragmenta Ulpiani demonstrant, & sunt etiam hujus legis fragmenta, *l. 1. C. de his quæ ut indign.* Prohibentur mariti his legibus, ne omnia sua uxoribus relinquant omissis cognatis, quod plerique essent facturi, nisi leges vetuissent. Et secundum hæc ex hoc jure explicanda est lex *ult. in princ. h. t.* Uxorem non potui instituere heredem, socerum heredem scripsi: utilis est institutio, neque ex eo inducitur suspicio taciti fideicommissi, id est, non præsumetur socer tacite rogatus hereditatem restituere filiæ suæ meæ uxori, hæc præsumptio non est idonea, quod patrem scripserim uxoris: nam non ideo videor, tacite patri fideicommisisse hereditatem, ut mox illam restitueret uxori, sed tacitum fideicommissum pro-

bari debet apertioribus probationibus, maxime chirographis. Nam remedio chirographi obligavit ſe heres incapaci ad præſtandum fideicommiſſum, curante hoc teſtatore, qui plerumque ita comminabatur heredi, *non te ſcribam heredem, niſi prius illi incapaci chirographo caveris illud aut illud daturum poſt mortem*, *l.3. §.tacita, de jure fiſci*. Et de hoc fideicommiſſo relicto uxori, qui locus eſt multis notus; ita videtur Quint. ſcripſiſſe, licet non ita legatur: uxor dicebatur teſtamentum marito ſubjeciſſe, quod eſt ſuggeſſiſſe. Et dicebantur chirographum marito exſpirante heredes dediſſe uxori. Et ideo recte ſubjicit, ergo quia uxor per leges heres inſtitui non poteſt, factum eſt, ut per tacitum fideicommiſſum ad bona perveniret. Sed in hac re etiam *l. Ju. Pap.* ſublatæ ſunt, *C.de inf. pœn. cœlib. & orbit. decim. ſubl.* Superſunt ex conſtitution. nonnulli, qui ex teſtamento alieno capere non poſſunt. Olim clerici & monachi non poterant capere, cui tamen rei fraus ſæpe fiebat per fideicommiſſa tacita. Id conſtat ex epiſt. Hieron. ad Nep. *non queror de lege, ſed doleo, quod meruimus hanc legem: prominet legis ſanctio, ut ſcil. certatim unoquoque donante ſua clericis & monachis, etiam cohiberetur iſta cupiditas*. Et ſubjicit: *& tamen non refrenatur avaritia, per fideicommiſſa legibus illudimus*. Et ita l. 27. *C. Th.de Epiſc. & cler. ne tacito fideicommiſſo in fraudem conſtitutionum clericis aliquid relinquatur, & ut ſint extorres*. Ex conſt. etiam hodie mulier, quæ nupſit intra annum luctus, non poteſt capere ex teſtamento, *l. 2. C.de ſec.nupt.* Et ex *Nov.* 15. filius naturalis exiſtentibus juſtis liberis non poteſt capere ex teſtamento patris, niſi unciam. Tacitum fideicommiſſum eſt, quod datur in fraudem harum legum vel conſtitut. Et dicamus apertius: tacitum fideicommiſſum eſt, quod heres incapaci dare rogatur, teſtamento vel codicillis, & ad quod ſe heres dandum obligat domeſtica cautione, ſtipulatione, chirographo, in fraudem legum & conſtitut. *l.in tacitis, de leg.1.l.3.de jure fiſci*. Et *l.prox.in prin.hoc tit.* vim ejus declarat. Tacitum fideicommiſſum eſt, cui dando incapaci ſe heres tacita conventione obligat: poteſt tacitum fideicommiſſum eſſe ſine fraude, ut ſi relinquatur capaci, *l. 1.C.de donat.* ſi relinquatur capaci, utile fideicommiſſum eſt. Item tacitum fideicommiſſum eſt ſine fraude, ſi idem tacite & palam relinquatur, *l.3.§.ſi quis palam, de jure fiſci*. Plerumque tacitum fideicommiſſum accipitur in malam partem: nam ſi ſubtilius inſpexeris, aliud eſt aliquid eſſe contra leges, & aliud eſſe in fraudem legum, *l.contra, & l.ſeq.de legib.* Sed hic contra leges, eſt in fraudem legum. Et eodem modo, cum dicimus tacitam pecuniam, tacitum mutuum, tacitum fœnus, rem illegitimam demonſtramus, ut ſi reus mutuam pecuniam det judici, eſt illicitum mutuum, apud Gell. *cap.12.lib.12.* dum notat Cic. a reo accepiſſe ſeſtertia aliqua tacita, quæ dicuntur incerta nomina, *l. 1.ad Maced.* ſub tunica & ſinu, ut ait *l. emptor §. Lucius, de pact.* Et ita in malam etiam partem tacitum pactum, *l.pe.de bon.liber.* Nunc ita conſtituamus: ſi palam rogetur heres præſtare fideicommiſſum incapaci, inutile eſt, & habetur pro non ſcripto, & remanet apud heredem, non tranſit ad fiſcum, quod incapaci relinquitur, ſed remanet apud heredem, ac ſi non eſſet ſcriptum, *l.filius, §.1.ad l. Corn. de falſ.l.prox.§.pen.hoc tit.l. ult. hoc tit.in fine*. Sciendum eſt, fideicommiſſum eſſe aut legatum in cauſa caduci, ſi defecerit vivo teſtatore morte fideicommiſſarii, ſi fideicommiſſarius præmortuus fuerit, & vindicatur fiſco fideicommiſſum quod relinquitur incapaci, non vindicatur fiſco, ſed manet apud heredem. Finge, utrumque accidiſſe, fideicommiſſum relictum eſſe incapaci, & heredem retinere fideicommiſſum, quod ſit pro non ſcripto: Fiſcum contra vindicare, quod ſit in cauſa caduci: heres præfertur, quoniam res eſt dubia: in dubio melius eſt reſpondere contra fiſcum, *l. non puto, de jure fiſci: l. vim, de leg. 3.* Ergo legatum relictum incapaci palam, teſtamento ſcil. vel codicillis, eſt pro non ſcripto: nàm & novo jure, & antiquo eſt pro non ſcripto, quod relictum eſt incapaci, cedit lucro heredis, ſed ſi heres ve-

A lit præſtare fideicommiſſum relictum incapaci, præſtabit: nec prohibetur, ſed hoc pendet ex liberalitate illius, *§. 1. Inſt. de fideic. hered.* quibus incapacibus per fideicommiſſum relinquebatur, quando ſcilicet ex fideicommiſſo non naſcebatur obligatio: nam ea fideicommiſſa ab herede ſolus pudor extorquebat: ceterum non obligabatur, ut hodie non obligatur præſtare fideicommiſſum incapaci. Sed quid? ſi clam relictum ſit fideicommiſſum incapaci, non teſtamento, non codicillis, puta, herede interponente tacitam fidem, & ſe obligante eo nomine? Eſt pro non ſcripto, quia relictum capaci: verum non cedet lucro heredis, ſed eripiet fiſcus quaſi indigno, *l. ex facto, §. ult. de vulg. ſubſtit.* quod videtur eſſe ex Senatuſconſ. Planciano facto *ad leg. Juliam & Pap.* Nam ſunt multa facta Senatuſc. ad eam legem, & hoc
B indicat *l. ſi quilibet, hoc tit.* Ergo ex eo Senatuſconſ. fideicommiſſum relictum incapaci ſecreto, clanculum, remedio cautionis, non manifeſto judicio, defertur heredi, ſed fiſcus eripit quaſi indigno: & generaliter, quæ ut indignis auferuntur, appellantur *ereptitia*, non caduca: vel ſi forte heres jam fideicommiſſum præſtiterit, id etiam ei fiſcus evincet, quod nec debuerit, nec potuerit per eas leges præſtare in necem fiſci. At quæro, *an fideicommiſſum tacite relictum incapaci, in ſolidum eripiatur heredi?* Finge, locum eſſe legi Falcidiæ, quia hoc fideicommiſſo, ut aliis imminuta eſt hereditas, an poterit heres ex illo tacito fideicommiſſo retinere Falcidiam, ut dodrans tantum recidat in fiſcum? Et conſtat ex eodem Senatuſconſulto Planciano, non poſſe, ne Falcidiam quidem, *l. beneficio 59. ad l. Falc. l. 3. C.*
C *eod. l. pen. de jur. fiſci*. Cui ergo defertur Falcidia; an defertur fiſco? Senatuſconſ. Planc. hoc tantum fuit cautum, ut non retineret Falcidiam heres, nec fuit adjectum, ut hæc Falcidia redigeretur in fiſcum. Sed hoc poſtea induxit conſtitutio D. Pii. Et ſane ex Senatuſc. Planc. videtur Falcid. profeciſſe aliis legatariis, ad augenda legata eorum, ut minus ex iis detraheretur Falc. ſed ex conſtit. D. Pii, etiam Falcid. fiſco defertur, *d. l.beneficio, l.pen.de jure fiſci*. Ex eodem Senatuſconſ. heres, qui fidem dedit in fraudem legum, non vindicat caducum, ſi ſit ex liberis vel parentibus, non detrahit Falcidiam. Quod Ulpian. ſcribit *tit.de fideic.* Quæ vocas *caduca*? ſunt legata vel fideicommiſſa, quæ deficiunt poſt mortem teſtatoris ante apertas tab. Et ea perveniunt ad fiſcum, niſi heres ſcriptus ſit ex liberis vel parentib. tunc enim
D remanent apud heredem excluſo fiſco: an remanent apud heredem, ſi fuerint tacita fideicommiſſa? minime, quia neque Falcidiam retinet is heres, qui ſecretum ſuſcepit, neque caducum, quod ſit ex liberis vel parentibus. Ac rurſus ex conſtitut. D.Pii, heres non retinet fructus perceptos ex tacito fideicommiſſo ante vel poſt litem motam cum fiſco, non retinet etiam uſuras, ſi quas perceperit, quia malæ fidei poſſeſſor eſt, nec ignoravit leges, *l.eum, qui, h.t.l.prædonis, de pet.her.l.eum quidem §.in tacito, de uſur.* Amittit igitur uſuras perceptas de bonis hereditariis, ſi rogatus ſit tacite reſtituere hereditatem vel partem ejus, nam fructuum uſuras, id eſt, pretiorum redactorum ex fructibus, etiam ſi ſint redacta poſt litem motam non præſtat, quod benigne conſtituit Severus, *d.l. omnibus*. Nec debet opponi *l. eum qui §.in tacito*,
E aut ſi opponatur, ita reſpondendum eſt, *§. in tacito*, eſt de uſuris pecuniæ perceptis a debitore, quas præſtat fiſco. Ergo concludamus, omne emolumentum auferri heredi, & fiſco præſtari, quia ſecundum, quod generaliter obſervatur in jure, nihil apud eum reſidere debet ex eo, in quo is violavit; & circumſcripſit, *l. ait prætor, §. hæc actio, quæ in fraud.cred.l.lege, de lege commiſſor.* Et ex his apparet, etiam heredi rogato reſtituere partem ſuam totam, ſi interpoſuerit tacitam fidem, nec fuerit palam rogatus, ei nihil accreſcere, ſi forte coheres repudiaverit, vel defecerit, & heredem ſine re, nomine eſſe tamen, *d. l. ex facto, §. ult. l. ſi totam, de acquir. her.* Et poſtremo notandum eſt, quod diximus de Falcidia, ut eam non retineat heres ex tacito fideicommiſſo, ita pro-

procedere, si sit heres extraneus: nam si sit filius vel servus testatoris, & eo mandante vel imperante, injungente, susceperit tacitam fidem, aut dederit, dum non potest non obtemperare patri vel domino, ignoscitur ei, ne amittat Falcid. Dodrantem amittit, quia est fraudulentum fideicommissum, Falcidia remanet. Necessitas igitur patriæ potestatis excusat eum, *l. si tacitum, ad l. Fal. & l. prox.* §. *ult.* Hoc enim ex levioribus delictis, si quis fidem accommodet testatori, & incapaci in fraudem legum, & in levioribus delictis excusatur filius vel servus, qui non impune tulisset, si non paruisset: sed in atrocioribus delictis non accusatur, quia quidvis perpeti debet, & satius est mori, quam hac in re patri vel domino morem gerere: & unusquisque in atrocioribus delictis habetur pro libero. Additur in hac l. si heres institutus ex asse rogatus sit clam semissem restituere incapaci, in eo semisse non utetur Falcidia. In altero semisse, in quo nihil fraudavit leges, utetur Falcidia, *l. 3. C. ad l. Falc.* Et ita Senatus censuit: intelligit SC. Plancianum.

Ad L. XXIV. ad Senatusc. Treb.

Nonnunquam autem ex voluntate varie rescriptum & judicatum est, videlicet, si non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressis fideicommissum relinquatur.

Vidimus quæstionem unam de conjecturis in *l. cum proponebatur, de leg.* 2. cui commodissime jungi potest lex nostra: nam ut in *l. cum proponebatur*, qui mutuam substitutionem fecit in hereditate, & mutuam fecisse videtur in fideicommisso, licet id non expressit: ita hic, quas partes quis fecit in institutione, easdem videtur fecisse in substitutione precaria. Cum in una re manifestum est judicium defuncti, idem sequimur & in alia re non absimili, licet in ea re manifestum non sit judicium defuncti: & quod testator expressit in una re, conjectamus eum voluisse idem obtinere in alia re non absimili, in qua nihil expressit. Ergo uterque locus est de conjecturis. Sed quod attinet ad hunc locum, certissimum est in substitutione directa, ut quas quis partes fecit in institutione, easdem etiam intelligatur fecisse in substitutione. Duplex est substitutio, vulgaris & pupillaris: hoc est certissimum in vulgari, ut si plures instituerit ex partibus inæqualibus, eosque invicem substituerit nullis adscriptis partibus, ex quibus partibus instituti sunt, easdem fecisse videatur testator in substitutione, conjectantes in substitutione, & idem ipsum censuisse, id est, eadem distrib. observari voluisse, *l. si plures, l. si coher. eod. t. l. 1. C. de impub. & al.* Et hujus rei est apertissimum exemplum in *d. l. si plures*. Finge: tres sunt heredes instituti ex inæqualibus partibus, primus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante: iidem invicem substituti sunt reciproca sustitutione: repudiante tertio, quadrans illius dividetur in novem partes, & octo feret secundus, qui est institutus ex octo unciis, unam tantum partem feret primus unciarius heres, atque ita quas partes habuere in institutione, easdem etiam habent in substitutione, licet in ea nulla sit facta mentio partium. Tres ponit fuisse heredes institutos, ut *l. Lucius*, §. *Mævia, h. t.* Et vero necesse est poni saltem tres. Si duo sint tantum instituti, primus ex septunce, secundus ex quincunce, & invicem substituti sint, repudiante primo, qui est scriptus ex septunce, secundus non quincuncem tantum feret, sed integrum septuncem, neque in hac specie potest esse locus superiori definitioni, alioqui pro parte testator esset intestatus. Qua ratione, si ego unum solum heredem scripsero ex quincunce, is assem obtinebit. Causa testati trahit ad se causam intestati, id est, quincunx, de quo testatus est, trahet ad se septuncem, de quo testatus non est; alioquin, quod esset absurdum, decederet pro parte testatus, pro parte non, quod in pagano fit nunquam. At si tres heredes sint instituti ex diversis partibus, & invicem substituti, repudiante uno, ceteri veniunt in portionem vacantem jure substitutionis: pro portionib. hereditariis, id est, disparibus, & is, cui obvenit major

A pars in institutione, feret etiam majorem partem in substitutione. Et quod notandum, major fuisse pars dicitur, sive major pars fuerit relicta titulo institutionis, sive creverit postea jure accrescendi: unde dices: superflua igitur est substitutio reciproca. Et sane hodie est supervacua, & fuit etiam jure antiquo. Sed quamdiu locus fuit legibus Juliæ & Papiæ, non fuit inter coheredes jus accrescendi, nisi fuissent ex liberis, vel parentibus defuncti, sed portio heredis deficiens recidebat in fiscum, vel in causam caduci, si defecisset vivo testatore. Verum remedio substitutionis reciprocæ inducebatur jus accrescendi contra leges caducarias, quæ semper odiosa fuerunt, substitutus præferebatur fisco. Et hoc est, quod ait Just. initio tit. *de cad. toll.* introductas fuisse substitutiones, ne fierent caduca, ex quo quis posset dicere, caduca esse antiquiora substitutionibus, quod

B falsum est, nam substitutiones sunt antiquiores: sed vult dicere, introductas esse reciprocas substitutiones inter coheredes amovendi caduci causa, vel substitutionem unius heredis factam aliis omnibus, vel substitutiones omnium heredum factas uni. Nam hoc remedio conservatur jus accrescendi coheredibus, *l. pen. de inj. rupt.* conservatur jus accrescendi, & submovetur fiscus. Quod autem diximus observari in substitutione vulgari, idem etiam obtinet in substitutione pupillari, *l. qui liberis, in fi. & l. seq. de vulg. subst.* Pater heredes sibi scripsit ex disparib. partibus, eosdem etiam heredes scripsit filio pupillo suo in secundis tab. & non adscriptis partibus: sane quas partes habuerunt in paterno testamento, easdem etiam habebunt in pupillari testamento. Adden-

C dum etiam, illud observari in substitutione precaria, *l. nostra, l. præced. d. l. Lucius*, §. *Mævia*. Finge: Quatuor instituit heredes, & duos rogavit, ut restituerent hereditatem: sequemur partes, quas adjecit in institutione. Excipitur tantum unus casus in *d. l. si plures*, nisi alia mens fuerit testatoris: Et adjicit, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum, ut ille ait, *vix*. Nam etiamsi non sit evidenter expressum, veluti verbis conceptis, modo sit evidens voluntas; satis est, quæ colligitur ex multis argumentis & certissimis, *l. licet, de leg.* 1. Et ait Pap. nonnunquam de hac re varie judicatum & rescriptum fuisse ex voluntate, id est, ut Accursius recte ait, ex præsumptione voluntatis. Argumentamur autem non tantum a rescriptis, sed a re judicata. Rerum enim perpetuo similiter judi-

D catarum auctoritas, vicem legis obtinet, *l. nam imper. de leg.* Et hoc est, quod ajunt Rhethores, judicatum esse partem juris. Exemplum est, in *l. præced.* Species est: quatuor heredes scripsi, primum ex uncia, secundum ex duabus, tertium ex tribus, quartum ex semisse; & rogavi primum solum, vel primum & secundum, ut coheredib. suis hereditatem restituerent acceptis ab uno quoque 10. aureis. Æquales partes fecit dandæ pecuniæ. Ergo evidens est voluntas, evidens est, voluisse eum, ut æquales haberent partes in fideicommisso, cui nullas adscripserit partes. Nam in dubiis ex comparatione alterius rei ducitur certa conjectura, ut in casu *l. 1. de reb. dub.* Hoc judicio fuit testator, ut tertius & quartus darent æquales partes pecuniæ, etiam hoc judicio fuisse videtur, ut æquales haberent partes in fideicommisso.

E Sed si tertium jusserit dare 30. quartum 60. quæ summa, si animadvertis congruit portionib. hereditariis: nam ex institutione altero tanto amplius habet quartus, quam tertius: ergo etiam quartus altero tanto debet amplius dare, quam tertius. Idem etiam esse existimo, ut habeant hereditarias partes in fideicommisso, si summa illa non omnino congruat portion. hereditariis, dummodo sit dispar, si non congruat, sed videatur congruere propter disparitatem. Et ita videtur accipienda *l. ult.*, §. *ult. de reb. dub.* Idemque erit, si heres cogatur restituere nulla adjecta summa, namque servabitur portio rerum hereditariarum. Alterum exemplum hic proponitur: Species est: Rogavit testator heredem, ut aliis coheredibus suis, qui omnes erant scripti

ex

ex partibus inæqualibus, restitueret partem suam, & non dixit simpliciter, heredibus restituito, vel coheredibus tuis, sed dixit, tertio & quarto restituito, qui erant coheredes; an in fideicommisso habebunt æquales partes, quales habuerunt in institutione? Minime: habebunt viriles partes, quia propriis nominibus expressis relictum est fideicommissum. Qui exprimit propria nomina, enumerat personas. Enumeratio autem personarum hunc effectum habet, ut exæquentur in fideicommisso, *l. si hered. nomin. de l.* 1. Et ita in *l. cui fundus, de cond. & dem.* Si quis ita legaverit duobus, *lego Cajo & Titio fundum, si heredi centum dederint:* enumeratione personarum conditio dandæ pecuniæ divisa videtur, adeo ut singulis offerendo 50. perveniant ad legatum, nec cogantur offerre 100. *l. si quis leg. §. ult. de cond. & dem.* Et eadem forma in *l.* 8. *quibus mod. usufr. amit.* Commemoratio temporum, repetitionis potestatem habet: legavit usumfr. in annos singulos, repetiisse videtur usumfr. singulis annis. Itaque si usufructuarius sit hoc anno capite minutus, finitur ususfr. hujus anni, sed redit sequenti anno. Ergo si heredem coheredibus restituere rogaverit, coheredes ex fideicommisso ferent portiones hereditarias: si tertio & quarto restituere rogaverit, ferent viriles partes. Enumerat personas, qui nomina propria exprimit: ergo viriles partes servari vult: ut viritim eos recenset, ita viritim eos honorat. Sed qui coheredes dicit, non personas exprimit, neque numerum earum, sed qualitatem: nam quum dicit *coheredes*, vel *heredes*, heredes dicit, pro qua parte heredes sunt: nam ultra eam partem non sunt heredes. Ergo partes hereditarias servari vult. Sed quid fiet, si utrumque dixerit, *Titio & Cajo coheredibus tuis, vel coheredibus tuis?* si præposuerit sive præmiserit nomina propria, servantur viriles partes, quia appellatio heredum vel coheredum, quæ subjicitur pro demonstratione est, & omnis demonstratio abundat. Sed si dixerit, *coheredibus tuis Titio & Cajo*. Servantur partes hereditariæ, & propria nomina sunt pro demonstratione, ergo abundant, *l. si communis servus, de stip. serv.* Et notandum, hanc distinctionem servari in stipulatione servi communis: nam si sit stipulatus dominis suis, simpliciter dominis adquiruntur portiones dominicæ: si stipulatus Titio & Cajo, qui erant domini, debentur viriles: idem sequemur, si ab heredibus legatum sit relictum: nam si ab heredibus sit simpliciter, debent hereditarias partes: si a Titio & Cajo, debent viriles, *d. l. si heredes nominatim;* Idemque sequemur in his, quæ dantur conditionis implendæ causa: *Illi lego si heredibus meis dederit* 100. dare debet pro rata partium, ex quibus sunt heredes mei. Verum si dixero, *si dederit Titio & Cajo*, dare debet viriles, *l. statuliber, in fi. de stat.* Et in omnibus his casibus, si utrumque dixerit, & nisi heredes appellaverit, sequemur quod diximus supra. Nec his obstat *l. proinde, de stip. serv.* Si quis stipulatus sit nominatim omnibus dominis suis, debere dari partes dominicas: atqui stipulatus est nominatim: ergo debentur viriles: *nominatim* illo loco, non est *nominibus dominorum expressis*, sed *nominatim*, est *sub commemoratione omnium*. Nihil etiam obstat *l. sive a certis, de duobus reis:* quæ exhibet negotium omnibus. Legavit testator ab heredib. certis (nominatim ergo) a certis personis heredum debent, inquit, partes hereditarias (imo viriles) Sed distinguamus: aut legat ab omnibus propriis nominibus expressis, & debent viriles, aut legat certis personis heredum propriis nominibus expressis, & debent hereditarias: ergo non videtur eorum nomina expressisse, ut eos exæquaret, sed ut eos secerneret a ceteris, ut ceteros exoneraret: at corrupta est hac in re *lex. turpia, §. ul. de leg.* 1. *si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent: si vero omnes, hereditarias*. Quod ait, *si vero omnes, hereditarias*, est certissimum, sed prius illud est falsissimum, quia noluit eos exæquare, sed coactus est nomina exprimere: legendum igitur est, *si personæ heredum nominatæ sunt in legando*.

Ad L. I. de Bon. poss. furios. infant. &c.

Furioso Titius substitutus est: bon. possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem conditione est, neque instituto, neque substituto cedit: nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus præfinitum est, videbitur cedere: nam & pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. Quid ergo si curator accipere nolit, nonne justius, atque utilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona jaceant? quo admisso substitutus cautionem præstare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus, ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret: nam & fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius & ipse decesserit, quam hereditatem adquireret.

Titulus est de bonor. poss. furioso competente, muto, cæco, &c. competit, quæ delata est, & defertur ex edicto statim, vel postea ex decreto prætoris, furioso, furiosive nomine ex decreto; ceteris, ceterorumve nomine ex edicto. Et his personis furioso, infanti, adjungo etiam municipes, id est, cives civitatis cujuslibet ex *d. l.* 14. nam de omnibus his personis dubitatur, an competentem sibi bon. poss. sec. tab. vel ab intestato unde legitimi, aut unde cognati petere possint, & an eis cedant dies petendæ bon. poss. præstituti edicto successorio. Ac primum de surdo & muto dubitatur. Igitur adire hereditatem non possunt. Mutus non potest, quia verba aditionis loqui non potest, *l. eum qui, de adq. her.* & est actus legitimus, id est, solemnis, quique fit solemnib. verbis *l. act. de reg. ju.* Surdus adire non potest, quia non potest audire sibi testimonium perhibentes: nam non aditur hereditas, nisi testibus præsentibus, qui appellantur ab eo, qui vult adire, hoc fere modo, *vos, Quirites, in hanc rem testimonium perhibetote*. Invocat testimonium illorum. Ergo ut etiam id exaudiat, necesse est: hinc est, quod apud Paulum 3. *Sent. tit. de testam.* cæcus dicitur test. fac. posse, quia accipere potest adhibitos testes, & quia loqui potest. Et adjicit, & potest audire sibi testimonium perhibentes & auditus, & loquelæ capax est: at mutus & surdus pro herede gerere possunt: atque ita hereditatem adquirere *l.* 5. *de adq. her.* possunt bon. possessionem petere, per se, vel per procuratorem: Nam & procuratorem sibi instituere possunt, *l. mutus, de proc.* puta mutus potest interrogari, an eum velit sibi procuratorem esse: nutu significabit, se id maxime velle: surdus autem id edicendo palam, & ab eo, quem nominavit, suscepto mandato, suscepta procuratione, quæ suscipitur etiam tacite: nam mandatum etiam tacito consensu contrahitur: Et pro herede gerere possunt, ut dixi, quia hic modus adquirendæ hereditatis, neque auditionem, neque locutionem requirit. Et pertinet ad hoc, quod dixi de nutu *l. servo, §. si pupil. ad Treb.* Hæc autem ita procedunt, si sc. rem intelligant, si non sint rerum imperiti, *l.* 2. *h. t.* nam si nihil intelligant, ut non raro sunt, qui his vitiis laborant, curator eis datur, *l.* 3. *§. ult. de postul.* & per curatorem hunc petent bonor. possessionem, *d. l. servo invito, §. pen. ad Treb.* nec poterunt sibi instituere procuratorem. Et hoc est, quod ait *l. mutus, de proc.* mutus & surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare possunt, id est, si intelligant, quid agatur, si rerum ignari non sint. De cæco etiam dubitabatur, an bon. possessionem petere possit, & an ei cedant dies petendæ possessionis, quia non cernit, quod agatur, quod tamen res non exigit, sed quia etiam cæcitas deputatur vitio in quibusdam causis: nam cæci hodie non possunt testamentum facere, nisi adhibita majori quadam solemnitate, *l. hac consult. C. qui testam. fac. poss.* & pro alio postulare non possunt, *l.* 1. *§. casum, de postul.* at adoptare possunt, *l. etiam cæcus, de adopt.* possunt sibi procuratorem instituere, ut Paulus scribit 4. *Sent. tit.*

de

de manum. nec eis datur curator ob cæcitatem: & si tutores dati sunt, possunt auctoritatem interponere contrahenti pupillo, *l. etiamsi tutor, de auctor. tut.* & judicandi officio fungi possunt, *l. cæcus, de judic.* & postremo hereditatem adire possunt, quæ eis competit, vel bonorum possessionem petere per se vel per procuratorem, si modo quid agatur intelligant. Quidam sunt cæci & mente & oculis, quibus est æquum dari curatorem. Nam curator datur omnibus, qui suis rebus superesse non possunt. De municipibus etiam dubitabatur, quia est incertum corpus, an eis institutis heredibus, vel ab intestato delata hereditate liberti civitatis, an iis competeret bonorum possessio, & competentem an petere possent: quia vix universi municipes consentire possent, & consequenter, an eis cederent dies petendæ bonorum possessionis? nam non cedunt, nisi is, qui petere potuerunt, & scierunt sibi competere. Et hac de re eodem libro tractasse Papin. constat ex *l. 14. ad municip.* in qua sic scribit: *municipes intelliguntur scire, quod sciant hi, quibus summa Reipub. commissa est*, effectus hujus sententiæ nullum profertur exemplum. Sed respicit, dum hoc scribit ad bonorum possession. cujus dies scientibus tantum procedunt, ut ait idem Papin. *l. 1. hoc tit.* Scientibus sibi competere possessionem morte alterius, *l. 2. quis ordo in bonor. possess. servet. l. 2. qui admit. ad bonor. possess.* Et ita dies adeundæ hereditatis procedunt scientibus tantum, juxta formulam aditionis sive cretionis, *in diebus* 100. *quibus sciveris, poterisque*. Ergo secundum *dict. l. 14.* municipibus cedunt dies, quibus actor civitatis vel syndicus scivit municipibus delatam esse hereditatem. Nam quod scit actor civitatis, cives scire intelliguntur. Et eodem meo judicio referendum est, quod est in *l. ult. de jur. & fact. ignor.* Impuberes sine tutore agentes, nihil scire intelliguntur: ergo eis non cedunt tempora petendæ bonorum possessionis: & e contrario impuberes sub tutore agentes, scire intelliguntur, quod tutor scit. Valet argumentum ab actore civitatis ad tutorem pupilli, *l. qui solidum, de legat. 2.* Civibus vel municipib. cedunt dies, quibus actor scivit reipublicæ competere bonorum possessionem. Ergo pupillo cedunt dies, quibus tutor scivit pupillo bonorum possess. competere. Et ita est proditum in *l. 7. §. ult. de bonor. possess.* De patre magis dubitatur, an scil. infanti, cui debita est bonorum possessio cedant dies, quibus pater hoc scivit, & loquitur de filiofam. nam emancipatus tutorem habet, & sine tutore nihil scire intelligitur; *l. pupill. de adquir. hered.* nisi intelligatur scire, quod scit pater, de quo est magna quæstio: nam in hac l. 1. apertissime Papin. ait, dies quibus scit pater filio suo infanti competere bonorum possessionem, infanti non cedere, contra *d. lex 7. §. ult.* ait, *dies quibus tutor scit, &c.* fateor cedere dies, quibus tutor scit: dies quibus pater scit, nego cedere: nitor hac l. 1. optima ratione. Et videtur in *d. l. 7. §. ult.* duplex fuisse scriptura: alii habent, tutor, alii pater; & utraque relicta est perperam: nam falsum est, dies, quibus scivit pater, cedere infanti. Et alia est causa tutoris, alia patris, & ne cavillemur, ut fit vulgo, duobus modis dies, quibus pater scit, cedunt infanti: in ejus utilitatem, inquiunt, non in damnum ejus, hoc est cavillari: nam quid est *cedere dies?* præscriptione dierum excludi, nisi intra eos petierit, cui competit bonor. possessio: proficit ei præscriptio dierum, si venerit intra eos dies, vel rursus nocet, si post eos venerit. Et rursus male dies quibus pater scit, placet currere. patri scil. sed non infanti: quod etiam cavillari est, & ridiculum: nam dies non cedunt nisi ei, cui competit bonorum possessio, id est cui delata est: & huic cedunt, etiamsi per se non potuit petere, ut si fuerit infans vel quis alius, sed hoc modo dies cedunt ei, cui competit bonorum possessio, etiamsi non per se, sed per alium potuerit petere, veluti per procuratorem: non cedunt autem ei, cui non competit, etiamsi alii potuerit petere: ergo non cedunt patri, licet potuerit infanti petere, quia non delata est patri, sed infanti. Igitur hoc dico, dies non cedere infanti, quibus pater scivit. Cujus

A sententiæ ratio est: pater infanti petere potest bonorum possessionem, quia non potest infans bonorum possessionem petere sibi, cum fari non possit, *l. 7. §. pen. de bonor. possess. l. si infanti, C. de jure delib. l. 1. C. Theod. de cretione vel bonorum possess.* Pupillo, qui excessit infantiam, pater non potest petere bonorum possessionem, sed ipse pupillus sibi petit, jubente vel ratum habente patre. Infantis nomine significatur minor septennio, non pupillus. Et ideo in *Instit. de hered. qual. ait, mutum, surdum, & infantem non posse testamentum facere, posse tamen capere ex alieno testamento*. Infanti adjungere oportet pupillum ex Theophilo. Omnino ex eo possis constituere, majorem esse tutoris auctoritatem, quam patris hac in re: nam tutor pupillo petit bonorum possessionem, *l. 7. & 8. de bonor. possess.* pater non petit nisi infanti: neque
B est nova hæc differentia inter patrem & tutorem: nam & femina tutore auctore testamentum facit, ut est in *fragm. Ulpiani*, patre auctore testamentum non facit, *l. 6. qui test. fac. poss.* & pupillus tutore auctore obligatur ex stipulatione: patre auctore non obligatur, *l. ult. §. pen. de verb. oblig.* Similiter in hoc proposito: quod scit tutor, pupillus scire intelligitur: quod scit pater, filius scire non intelligitur: & ideo dies petendæ bonorum possessionis, ut aperte demonstrat Papinianus, quibus pater scivit, filio non cedunt: vel ut alias ait *l. 3. quis ord. in bonor. possess.* scientia patris, non nocet filio: scientia tutoris, nocet pupillo: & pupillo cedunt dies, quibus scivit tutor. Nam & in plerisque aliis causis scientia tutoris, vel dolus nocet pupillo, *l. non solum, §. pen. de lib. causa*. Ergo neque curatoris, qui furioso, neque pa-
C tris, qui infanti petit bonorum possessionem, scientia & cessatio furioso vel infanti nocet. Curatoris, qui petit furioso bonorum possessionem, scientia non nocet: tutoris tamen scientia nocet pupillo. Sed de furioso, qui habetur similis infanti plenius dispiciamus. Curator ergo potest furioso petere bonorum possessionem, non quidem edictalem, quia defertur tantum sanis hominibus, *l. 1. §. furiosi, de success. edic.* sed potest petere decretalem, *l. 2. §. si quis, ad Tert. l. ult. §. non itaque, C. de curat. fur.* Cur datur decretalis? Quia scilicet potest fieri, ut furiosus recipiat sanitatem, & recepta sanitate moriatur, nondum ex edicto petita bonorum possessione, quo casu nihil transmitteret in heredem suum. Succurritur ei decreto, id est, mature petita a curatore bonorum possess. decretali. Decretum proficit ad transmissio-
D nem, quod remedium decreti adhibetur in multis aliis causis, *l. 1. ad Tertull. l. scriptus, de Carbon. edict. l. 4. de bon. lib. l. ventre, de adquir. hered. & l. illud, §. ult. de bonor. possess. contra tab.* Sed si furiosus in eodem furore decesserit, quamvis ejus nomine petita sit bonorum possessio decretalis, nihil transmittit in heredem suum: & ideo furiosi nomine postulatur cautio de restituenda hereditate his, ad quos perventura esset, si furiosus heres institutus ac proximus agnatus non esset, videlicet in casum, *si moreretur in eo statu inops mentis, d. l. ult. §. tali*. Et curator furiosi solvendo legata accepta bonorum possessione decretali furiosi nomine exigit cautionem a legatariis, *l. Licinius 48. §. ult. de legat. 2.* Ergo bonorum possessio decretalis est sine re, nisi resipiscat ante mortem, & evincit hereditatem fiscus vel heres legitimus, si in
E eodem statu moriatur infirmato decreto, *l. heres, de petit. hered.* Sed quid fiet, si curator furiosi non petierit bonorum possessionem decretalem? Finge: furioso herede instituto, Titius ei substitutus est vulgari modo, non ad exemplum pupillaris substitutionis secundum constitutionem *legis humanitatis, de impub. & aliis substitut.* curator noluit petere bonorum possessionem, dies non cedunt substituto, quia speratur institutus, quia potest venire institutus sanitate recepta, & quandiu institutus speratur, substituto locus non est, *l. quandiu, D. de acq. her.* non cedunt etiam dies furioso petendæ bonorum possessionis: Ergo furioso nulla cedit bonorum possessio. Potest ei peti decretalis per procuratorem, sed non edictalis: & quamvis non sit petita, ei non cesse-

cesserunt dies, quibus curator scivit: nam quod scit curator furiosi, & furiosus non intelligitur scire, sicut quod scit pater, filius non intelligitur scire. Quid igitur fiet? an fiet mora creditoribus, quorum interest, ut sit aliquis bonorum possessor, ne diutius bona vacent, jaceant? *ad eundem modum*, id est, sub hoc modo, ne tempora cedant furioso, *proximo cuique ex decreto datur bonorum possessio*. Et dum ait, *proximo cuique*, respicit ad illa verba edicti, *tum uti proximum quemque heredem esse oportet*. Ergo datur interim bonorum possessio substituto, quamvis nondum substitutioni locus sit, decretalis scilicet: nam proximior est causa substituti, proximior causa testati, sed substitutus præstabit cautionem, ut sæpe alias evenit, ne creditoribus fiat longior mora, ut primum heredi scripto sub conditione detur bonorum possessio ante conditionem, *l. 8. de præt. stipulat.* Et eadem ratione hereditas restituitur ante conditionem fideicommissi, ne bona jaceant, *l. apud Jul. l.9.ult. & pen. de tempor. præscript.* Sed ubique præstatur cautio: & ita hic substitutus, cui datur bonorum possessio, cavebit de restituendis bonis heredibus legitimis, si furiosus in eodem statu decesserit, vel si compos mentis effectus decesserit, nondum agnita bonorum possessione. Sed dices, in eum casum substitutioni locus erit, non legitimis heredibus: cur igitur cavebit? Est quiddam adjiciendum, ut huic cautioni locus sit, nempe substitutum mortem obiisse vivo furioso. Denique hoc cavet substitutus accepta decretali, legitimis heredibus bona restitutum iri, si ipse decesserit vivo furioso, ac decesserit furiosus in eodem statu, vel factus compos mentis nondum adiverit hereditatem, quæ est sententia Pap. in hac lege 1. Et dum ait *quo admisso*, hoc est, eo concesso, ut interim detur bonorum possessio proximo cuique, quod dixit ante. Ne interpretemur, *quo admisso*, id est, substituto admisso. Et breviter hæc omnis l. 1. quum loquitur de furioso, est accipienda de bonorum possess. decretali; cum autem loquitur de infante, est accipienda de bono. possessione edictali: nam infanti edictalis defertur: & ideo infans transmittit jus deliberandi in patrem vel avum, in cujus potestate est, vel si sit sui juris, in heredem suum, si moriatur intra annum, *l. si infanti, l. seq. C. de jur. delib. Novell.* 158. Accipere possessionem, id est, ex decreto. Ad ea quæ diximus superest, quod addamus. Quæritur, qua de re nondum tractaveram, *an dies bonorum possessionis, quibus curator adolescentis scivit competere bonorum possessionem, adolescenti cedant, & an scientia curatoris adolescenti noceat?* Et statim dicerem non nocere, *l. 5. de jur. & fac. ignor.* nemini scientiam alterius nocere, & dicerem ab ea generali definitione excipiendum tutorem pupilli, & actorem civitatis, sive syndicum: Nam scientia tutoris pupillo nocet, dies quibus tutor scivit, nocent pupillo cessante tutore in petenda bonorum possessione. Scientia quoque syndici municipibus nocet, & dies, quibus actor scivit, Reipubl. procedunt: nam potuit tutor petere bonorum possessionem, *l. 7. §. pen. & l. 8. de bonor. possess.* actor quoque potuit Reipublicæ, sive municipibus petere bonorum possessionem, *l. 7. §. ad municip. de bonor. possess.* Comparatur, ut dixi, tutor actori sive syndico, *l. qui solidum, §. 1. l. 3. C. de jure Reipub. lib.* 11. Curator autem non potuit petere bonorum possessionem: nam sibi ipse adolescens potuit etiam sine curatoris auctoritate, tantum abest, ut ei curator possit petere inscienti, ut ipse si petat, necesse non habeat curatorem adhibere, quam habet. Nam hoc tantum de pupillo proditum est in *d. l. 7. §. pen.* pupillum non posse petere bonorum possessionem sine tutoris auctoritate. Ergo aliud est in curatione adolescentis. Accurs. *d. l. 7.* idem esse existimat in curatore adolescentis, ut adhiberi eum non oporteat, & ut in aliis causis, ita, & in hac quoque causa abutitur *lege si curatorem, C. de in integ. restit.* Idem, inquam, esse existimat in curatore adolescentis: tamen si idem esset in adolescente, & curatore ejus, non fuisset grave Jurisconsulto pupillo adjungere adolescentem. Igitur quum quid scribitur de impubere, hoc argumentum præbet idoneum ad existimandum aliud esse in pubere: nam casus *leg. si curatorem, C. de in integr. restitut.* non debet trahi ad alios casus: est de adolescente alienante res suas, quæ alienatio non valet, si habeat curatorem, & non fiat auctor curator. Ergo in alienatione rerum adolescentis est necessaria curatoris auctoritas. Et similis adolescens est prodigo: nam utrique curator rerum administrator constituitur: hoc est, munus curatoris, nec sine eo quicquam adolescens vel prodigus rerum suarum administrare potest; & ideo alienare non potest sine auctoritate curatoris: ceterum poterit se obligare veluti ex stipulatione etiam sine auctoritate curatoris quem habet, ut *l. puberes, de verb. obligat.* Puberes obligantur sine curatoribus suis: ergo habent curatores. Ac præterea adolescentes hereditatem adire possunt sine curature suo, jure. Si hujus auctoritas ei esset necessaria in adeunda hereditate, non sufficeret auctoritas prætoris, *l. cum nulla, §. ult. de appellat.* Ergo potest etiam adolescens petere bonorum possessionem sine curatore: ipse autem curator non potest sine adolescente. Ergo merito dies, quibus curator scivit, non cedunt adolescenti: scientia curatoris non nocet adolescenti, tutoris & actoris nocet: quia tutor potuit petere nomine pupilli, actor nomine Reipubl. qui potest alii petere, ejus scientia alii nocet. Neque tamen ex eo inferendum est, quicumque potest alii petere, ejus scientiam alii nocere. Sed constituere possis hoc recte: si quis non possit alii petere, ejus etiam scientiam non nocere. Illud non est perpetuo verum, si quis possit alii petere, & scientiam ejus alii nocere: Nam ut ostendit hæc l. 1. curator potest furioso petere, & scientia tamen ejus non nocet furioso, id est, non cedunt dies furioso. Item pater potest infanti petere, & scientia tamen patris non nocet infanti. Major est auctoritas tutoris, quam patris in hac re, ut & in aliis quibusdam: tutor igitur accedit propius ad personam pupilli, eumque repræsentat magis, quam pater filium, adeo ut passim loco domini habeatur, qui scilicet, habet imperium & potestatem in pupillum, *l. tutor qui tutelam, de adm. tut. l. qui Stichum, §. si tutori, pro empt.* Plus est esse dominum, quam patrem. Ergo tutoris (*) quidem scientia nocebit pupillo, sed non potest jure scientia patris infanti nocere. Et suppositità sunt hæc verba, *aut pater*, in *d. l. 7. §. ult.* & certe omnino pugnant cum hac *l. 1.* & cum *l. 3. quis ordo in bon. possess. serv.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XVI. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XV. de cond. institut.

Filius, qui fuit in potestate sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in ejus potestate: nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram: & ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

FILIUSFAM. non potest a patre institui sub qualibet conditione: potest institui sub conditione, quæ sit in ejus arbitrio vel potestate. Si filiusfam. a patre heres institutus sit sub conditione, quæ non est in ejus potestate, nec sit exheredatus sub contraria conditione, non valet institutio, & filius pro præterito habetur: ergo omnino testamentum inutile est, *l. Lucius, de condit. & demonstr. l. 10. l. ult. h. t. l. 4. l. jam dubitari, de her. instit.* ceteri liberi, puta filia vel nepos,

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 43.*

nepos, neptis, & alii, poſſunt inſtitui ſub qualibet conditione. Primum ea conditio non eſt in poteſtate filii, quæ eſt impoſſibilis, veluti, ſi digito cœlum tetigerit, ſi mare ebiberit. Item ea, quæ eſt difficilis, veluti in *l. cum her. §.ult. de ſtatul.* ſi millies dederit, id eſt, millies centena millia, & ut ait, fere impoſſibilis. Ita etiam *l. 55. & l. 56. fam. erciſc.* Syneſius in epiſt. & M. Tullius in partitionibus; perdifficilia ſunt habenda perinde ac ſi effici non poſſint. Item conditio, quæ exſpectatur ex caſu, ut ſi navis ex Aſia venerit, ſi Titius Conſul factus fuerit. Item ea quæ pendet non tam a voluntate filii, quam etiam ex voluntate alterius, veluti ſi Titius filium adoptaverit: neque enim invitum adoptabit, *l. 11. h. t.* Ac poſtremo non eſt in poteſtate filii conditio, quæ improbata eſt legibus, vel S.C. vel bonis moribus, veluti ſi uxorem non duxerit, ſi liberos non ſuſceperit, ut eſt apud Paul. 3. *Sentent. ti. de teſtam.* has conditiones improbat lex Julia & Papia. Item hæc conditio, *ſi tutor pupillam uxorem duxerit*, hanc improbat SC. quod factum eſt D. Marci temporibus. Item hæc, *ſi ſororis filiam duxerit*, hanc improbant conſtitutiones Principum, & hanc etiam noviſſimæ conſtitutiones, ſi conſobrinam duxerit: nuptiæ inter conſobrinam permiſſæ ſunt, ſive Digeſtorum jus ſpectes, ſive Cod. ſive Novell. ſed prohibitæ per conſtitutiones poſteriores: nec male poſſis adducere ex conſtit. Juſtin. exemplum, quo utitur Accurſ. *l. 14. h. t.* ſi etiam quam ſuſcepit de ſacro fonte in uxorem duxerit; *l. ſi quis alumnam, C. de nupt.* Et inceſtas eſſe has nuptias probant, quod ſit loco filiæ, quæ cognatio ſpiritualis dicitur. Contra bonos mores ſunt hæ conditiones, ſi barbaro habitu proceſſerit, vel ſi muliebri: nam quum dicimus contra bonos mores, non tantum intelligimus contra naturales, ſed etiam contra civiles, & ſi patrem ab hoſtibus non redemerit, *l. 9. h. t.* quod filius non poteſt facere pietate illæſa: vel ſi patrono aut patri alimenta non ſuppeditaverit, quæ res pietatem lædit, nec poſſis ſine rubore negare alimenta patri: verecundiam igitur pulſat ea res, ut ait Pap. *l. pecuniæ, de alimen. leg.* Item ſi homicidium fecerit, ſi lenocinium, ſi adulterium, quæ res exiſtimationem lædit. Filius ſi ſub iis conditionibus inſtituatur, non valet inſtitutio; quia hæ conditiones non intelliguntur eſſe in ejus poteſtate: non eſt in mea poteſtate, quod mihi facere non licet. Et eleganter ait Pap. in hac lege, *Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam, &c.* vox eſt Chriſtiano digna. Duas ſoleo referre opiniones noſtrorum: altera eſt in *l. 4. de alien. judic. Prætor non improbat, &c. nam verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, laudanda potius quam vituperanda.* Obſtat huic legi ea quæ præcedit l. 14. quæ eſt de iiſdem conditionibus, quæ ſunt contrariæ legibus & conſtitutionibus. Et ait, ſub his conditionibus ſcriptum pure, ſcriptum videri. Ergo conditio habetur pro non ſcripta, ergo filiusfam. in *hac l.* ſub conditione ſcriptus, pure ſcriptus videtur, & proinde capiet hereditatem ex teſtamento, atque ſi ea conditio adſcripta non fuiſſet: non infirmabit ergo teſtamentum, quia pure fuit ſcriptus, vel intelligitur eſſe. Eam rem attigit Accurſius in *l. 1. h. t.* ſed nihil attulit. Diſtinguendum eſt inter filiumfa. heredem inſtitutum, & extraneum, ceteroſque liberos. Lex hæc 15. eſt de filiofa. qui non poteſt inſtitui ſub omni conditione: nam non poteſt inſtitui niſi ſub poteſtativa: lex 14. eſt de extraneo herede inſtituto, ceteriſve liberis, qui poſſunt inſtitui ſub omni conditione, *l. 4. de her. inſt. & l. 6. §. 1.* Unde ita conſtituamus: Inſtitutione filiifa. facta a patre ſub conditione inhoneſta & turpi vitiari teſtamentum: inſtitutionem alterius perſonæ non vitiari: ſed explicanda eſt ratio diverſitatis: lex 15. ſubjicitur l. 14. tacite a l. excepit filiumfa. heredem inſtitutum: ergo l. 15. ſatis demonſtrat l. 14. eſſe accipiendam de ceteris perſonis omnibus: ſed cedo rationem differentiæ. Si filiusfa. ſit inſtitutus ſub conditione illicita a patre ſuo, in eo prima hæc occurrit ratio, quæ facit, ut non valeat inſtitutio, quia con-

Tom. IV.

A ditio non eſt in ejus poteſtate, & ideo ab inteſtato hereditatem vindicat, non ex teſtamento, quia pro derelicto habetur: hæc eſt proxima ratio: ſequenti ratione utitur extraneus ſolus, ut efficiat, ne habeatur ratio illa adſcriptæ conditionis illicitæ, vel turpis, quia impoſſibilis eſt conditio: ideo hereditatem vindicat ex teſtamento: nam conditiones impoſſibiles ſcriptæ in teſtamentis, pro non ſcriptis habentur, vel pro mendis habentur, *l. 1. h. t.* dum ait, ſub impoſſibili conditione, vel alio mendo factam inſtitutionem non vitiari: & menda haberi pro non ſcriptis. Ergo excepto filiofam. ceteri hac ratione, quia impoſſibilis eſt conditio, relicta ſub illa conditione illicita & turpi, ex teſtamento hereditatem capiunt, perinde ac ſi pure inſtituti eſſent: nam non tantum impoſſibilis eſt conditio, cui rerum natura obſtat, ſed etiam cui impe- B dimento ſunt leges, Senatuſc. conſtitutiones, edicta prætoria, & mores boni tam civiles quam naturales.

Ad L. LXXXIV. de Adquir. heredit.

Ventre præterito, ſi filius, qui fuit emancipatus, aut exter, heres inſtitutus ſit, quandiu rumpi teſtamentum poteſt, non defertur ex teſtamento hereditas: ſed ſi vacua ventre mulier fuerit, & incerto eo, filius in familia retentus vita deceſſit, heres fuiſſe intelligitur emancipatus, aut exter, non aliter poſſunt hereditatem quærere, quam ſi non eſſe prægnantem ſciant. Ergo ſi ventre pleno ſit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi ſuo relinquere nihil? Et ideo decreto filio ſuccurrendum eſt; quia ſive frater ei naſcatur, ſive non naſcatur, patri heres futurus eſt: eademque ratio facit, ut emancipato quoque ſubveniri de- C *beat, qui alterutro caſu rem omnimodo habiturus eſt.*

TRactavimus ante hanc quæſtionem in *l. ſcriptus, de Carbon. edict. l. 15. §. ult. de inoffic. teſtam. l. 41. de bon. libert.* Hic proponitur differentia una inter filium emancipatum heredem inſtitutum a patre poſtumo præterito, & filium retentum in familia, qui & *ſuus* dicitur, *l. nepos, de legat. præſt. l. adigere, de jure patron.* Et quod dicitur hic de filio emancipato, idem etiam obtinet in extero herede inſtituto: qua de cauſa emancipato jungit extraneum. Sciendum autem eſt, agnatione poſtumi præteriti teſtamentum rumpi: nam ſi naſcatur, nec agnaſcatur (non omnis enim qui naſcitur, agnaſcitur, ſed qui naſcitur agnatus) ſi inquam, naſcatur & non agnaſcatur, teſtamentum valet, *l. 3. §. ex his, de inj. rupt.* ut ſi abor- D tum factum ſit, *l. 2. de poſt. her. inſt.* Idem ſciendum eſt, quandiu ſperatur poſtumus frater præteritus teſtamento patris, filium emancipatum heredem inſtitutum non poſſe adire hereditatem ex teſtamento, quia nondum delata eſt, non poſſe petere bonorum poſſeſſionem edictalem, ſecundum vel contra tabulas: filium autem ſuum heredem inſtitutum præterito poſtumo, non poſſe interim heredem exiſtere patri ex teſtamento, etſi vel ſuus vel emancipatus interim moriatur, dum incertum eſt, an poſtumus naſci poſſit, & in heredem ſuum nihil poſſe tranſmittere, *l. cum quidam, §. quod dicitur, & §. ſive igitur, de adquir. her. l. 16. de lib. & poſt. l. 4. in fin. de bon. poſſ. cont. tab.* Neuter igitur moriens interim quicquam tranſmittit ad heredem ſuum, non ex cauſa inteſtati, quia nondum fuerat ei delata hereditas ab inteſtato pendente E cauſa teſtamenti, quod poteſt valere non nato poſtumo: non etiam delata ex teſtamento, quia in eo erat teſtamentum, ut rumperetur, ſi naſceretur poſtumus. Et hoc ita procedit, ſi revera mulier fuerit prægnans. Hoc caſu nihil diſtat ſuus ab emancipato, quia ſive hic, ſive ille moriatur, interim nihil tranſmittit. Sed ſi putetur mulier eſſe prægnans, quæ non eſt, filius emancipatus inſtitutus, qui mulierem eſſe prægnantem putat, interim non poteſt adire, dum incertum eſt, an poſtumus naſci poſſit. Et quia non adivit, nec potuit, nihil tranſmittit, & hereditas non adita non tranſmittitur: & ſi forte adivit, nihil egit, quia præfeſtinavit adire. Emancipatus, niſi ſciens certuſque uteri vacui, non adquirit hereditatem, etiamſi adeat: ſuus adquirit hereditatem, etiamſi adeat: ſuus ad-

quirit etiam ignarus, & existimans mulierem esse prægnantem, quæ non erat. Suus adquirit hereditatem ipso jure, etiam invitus & ignorans statim atque delata est, morte patris: emancipatus adquirit justa & tempestativa aditione. Suus heres existit, emancipatus fit. Et ideo si mulier non fuerit prægnans, quamvis suus hoc ignoraverit, intelligitur patri heres extitisse ipso jure; & si decesserit, antequam constaret mulierem non esse prægnantem, ad heredem transmittit, *l.cum quidam*, §. *suum, hoc t.l.illud, si pars hered. pet.* Et hæc est differentia inter suum & emancipatum circa causam transmissionis: cui, ut dixi, locus est, si mulier fuerit ventre vacuo: nam si ventre fuerit pleno, & eo incerto moriatur filius suus, vel emancipatus, neuter quicquam transmittit ad heredem suum, quia nec ex testamento heres fuit, quod pendebat ex spe præteriti postumi, nec potuit esse heres vel hic, vel ille ab intestato, propter testamentum, quod nondum ruptum erat: nam quamdiu testamentum subsistit, cessat jus legitimæ successionis ab intestato, *l. quamdiu, hoc tit.* Ergo si mulier sit utero plena, neuter intelligitur quidquam transmisisse in heredem suum. Sed illud videtur esse iniquum, ut nihil suus vel emancipatus transmittat in heredem, quia per eos factum non est, quo minus hereditatem adquirerent? sed non quæsierunt? quia nec potuerunt propter spem postumi. Iniquum ergo videtur, ut rem patris amittant morientes interim, nec eam transferant ad heredes suos, ac propterea iniquum videtur, nihil eos transmittere: quia sive postumus nascatur, sive non, in omnem eventum ad bona patris perventuri sunt: si postumus nascatur, concurrent ei in successione intestati: si vero non nascatur, ex testamento rem patris obtinebunt. Iniquum est repelli eos, si interim moriatur, qui si viverent, omnimodo erant perventuri ab bona patris. Tollenda est igitur hæc iniquitas remedio decreti. Jus civile iniquum est sæpe, asperum, & rigor juris dicitur. Verum subveniemus filio vel suo, vel emancipato ventre præterito, nec vacua muliere, data interim bonorum possess. decretali secundum vel contra tabulas: nam cessat edictalis secundum tabulas, quasi non nascituro postumo: contra tabulas, quasi nascituro postumo, & commissuro edictum, ut scilicet, tam institutus frater, quam ipse postumus veniant ab bonorum possessionem contra tabulas, ac si ambo præteriti essent & alius institutus: Hoc est, *committere edictum*. Diximus emancipato comparari exterum: an ergo subveniemus etiam extero heredi instituto ventre præterito, non vacua muliere? Sic videtur: subvenimus enim decreto extraneo heredi instituto, & proderit decretum, si forte postumus non nascatur, ut si ante mortuus sit, exter intelligatur transmisisse, *l.scriptus, de Carbo.edict.l.41.l.42. §.ult.de bon. libert.* Sed si postumus nascatur, in hunc casum nihil subveniemus extero, id est, decretum non complectetur hunc casum, quia natus postumus penitus exterum excludit, non fratrem. Et hæc omnia confirmantur, *l.4. §. tutor, l.seq. de bonor. possess. cont. tab. l.1. §.1. ad Senatusc. Tertull,* Confirmatur a simili ab his, quæ diximus in *l. 1. de bon. possess.fur.* dari curatori decretalem bonorum possessionem furiosi nomine, quod deficiat edictum, vel hereditas transmittatur ad heredem furiosi. Quæ jure cessat transmissio, inducitur remedio decreti: & non tantum remedio decreti filio subvenitur, sed & heredibus filii tam emancipati, quam sui. Finge: cessasse filium, & non petiisse bonorum possessionem decretalem, an ea res fraudi erit heredibus? Minime: nam prætor fingens quodammodo filium patri heredem extitisse, dabit bonorum possessionem. Emancipatus sciens adquirit bonorum possessionem, suus ignorans. Bene alterutro, ut in *l. conditionum, de condit. & demonstr.* Obstat *l. si filius, de lib. & post.* quæ ponit, filium suum heredem institutum, nullo dato coherede, vel substituto, quod etiam hic ponendum, & postumum præteritum, & interim, dum incertum est, an postumus nasci possit, filium decessisse, deinde natum postumum rupisse testamentum. Quo casu lex ait, filium suum videri moriendo patri heredem extitisse ab intestato, quia, quæ mortem ejus secuta est agnatio postumi, declaravit, fuisse locum causæ intestati: Quod si ita est, ergo transmisit, nec opus est decreto, quoniam illa lex ait, jure ita procedere. Diceret quis contra sententiam illius legis; imo filius neque ex testamento, neque ab intestato eo tempore, quo moritur, patri intelligitur heres extitisse, quia nondum erat certum nasci postumum, vel non nasci, id est, quia nondum erat certa causa successionis, & qui non est certus, non potest succedere. Sed potes dicere, fuisse causam certam successionis intestati, quia moriente filio, desertum est testamentum patris: deseritur autem mortuo herede scripto, non adquisita hereditate: hoc casu autem filius non habuit coheredem vel substitutum, & ideo moriente filio in ipso articulo mortis, pater fit intestatus, non autem postea nato filio: postumi agnatio non rumpit testamentum, quod jam nullum fecerat destitutio heredis scripti, *l.5.de inj. rup.* sed opus est filio decreto, quod tamen non exigit *lex si filius*, sed loquitur de filio suo, & de jure civili: suo non est necessarium decretum, quia jure civili heres existit: jure prætorio est necessarium decretum, ad quod pertinet *l.ventre*. Igitur prætor non novit existentiam sui heredis, sed mistionem: filium suum non habet pro herede nisi miscuerit se bonis paternis. Emancipato autem filio, de quo non loquitur *lex si filius*, necessarium est omnino decretum ventre præterito. Restat quæstio, quid sit dicendum, si ventre pleno pater intestatus decesserit? Si pater intestatus decesserit filio uno relicto, vel uxore prægnante, inveniemus in plerisque idem jus esse sui & emancipati: rationem tantum esse diversam in adquirenda hereditate, suum existere, emancipatum adire; suum ignorantem, emancipatum scientem: in quibusdam autem esse discrimen inter suum & emancipatum. Et primum ventre exheredato, filio instituto vel suo, vel emancipato, post mortem patris ei statim deferetur hereditas ex testamento, & suus heres existet, & transmittet ad heredem suum, etiamsi moriatur, antequam partus edatur. Emancipatus filius poterit adire hereditatem, & transmittere non exspectato postumo, *l.cum quidam*, §. *sive igitur, de acq. her.* Exheredato autem postumo datur querela inofficiosi adversus heredem scriptum, qui ex testamento extitit, vel factus est heres. Exheredari potest postumus, licet nihil male mereri possit de patre, quem nunquam vidit, quia scilicet, in perpendenda causa exheredationis non tantum inspiciuntur merita exheredati, sed etiam merita matris, & sæpe, qui est bene meritus, jure exheredatus censetur, si mater fuerit male merita, ut si dicatur ex adulterio susceptus, quod tamen nondum probatum sit, *l. 3. §. si emancipatus, de bonor. possess.contra tab.* Quid autem fiet, si instituti sint postumi, vel si institutus sit postumus: nam in institutione, & in legato, & in tutela, appellatione postumi, etiam plures continentur, & qui postumum instituit, vel postumo legat, vel tutelam dat, pluribus natis, omnes instituisse, omnibus tutores dedisse, legasse omnibus videtur, *l.qui filiabus, §.1. de legat. 1. l.7. de reb.dub. l. si quis ita, §.1. ff.de test.tut.* Quod non ita obtinet in exheredatione, quæ est damnosa: nam postumo exheredato, plurib. natis nemo exheredatus intelligitur, *l.2. de lib. & post.* Si igitur postumus & simul filius jam natus instituti sint ex æquis partib. filius suus patri extitisse heres intelligitur ex asse, nullo nato: & si medio tempore decesserit, intelligitur integram hereditatem transmisisse ad heredem, quasi quæsitam jure ἀναφάνσεως, existentiæ. Et hoc constat inter omnes, *d. l. cum quidam, §.suum, l.illud, si pars hered.pet.in pr.* Et consequenter, si filius suus interim petierit a possessore totam hereditatem, vel si ab hereditario debitore petierit totum id, quod patri debitum erat, nullo nato, recte egisse videtur, & si victus fuerit, videtur rem totam amisisse, *l.si pater, de solut.inf.* Et hoc, si postumus non nascatur. Quid fiet, si unus, duo, vel plures nati sint? pro qua parte interim filius heres extitisse intelligitur? Hac in re videtur fuisse controversia inter JC. & ita etiam Accurs. affirmat: Nam aliud refertur ex Pomp. in *l.cum quidam*, §.

suum,

suum, aliud ex Sabino & Cassio in *l.*28. §. *ult. de judic.* cui est conjungenda *l.*3. *si pars her. pet.* Et Pompon. hac de re argumentatur a toto ad partem, quod solet eadem esse ratio totius, & partis, hoc modo: si nemine nato filius intelligitur heres extitisse ex asse, *ergo*, pari ratione servata uno nato, intelligetur heres fuisse ex semisse, duobus natis, ex triente, quia scripti sunt ex æquis partibus, tribus natis, ex quadrante, quatuor natis, ex 5. parte, itemque ex sexta parte: & si medio tempore decesserit partu nondum edito, pro numero eorum, qui nati sunt, intelligitur, vel semissem, vel aliam portionem transmisisse in heredem suum, *d.*§. *suum*: & si interim petierit totam hereditatem vel totum, quod patri debebatur, antequam certum esset, quot essent nascituri, nec obtinuerit, quidam auctores, ut est proditum in *l. si pater, de solut.* dicebant, nihil eum perdidisse: puto, quia etsi petierit totum, non videtur petiisse partem, cujus erat incertus, *d.l. si pater*. Sed horum opinionem improbat Jul. merito *d.l. si pater*, & ait: eum perdidisse petendo totum medio tempore eam partem, ex qua heres fuit, antequam certum esset, neminem nasci, aut tot nasci. Pro qua autem parte interim fuit heres? Jul. non definit palam, sed ait interim: vel igitur fuit heres ex semisse, ergo unus tantum nasci potuit: vel ex triente, ergo duo nasci potuerunt: vel ex quadrante, ergo tres: vel ex quinta parte, ergo quatuor. Et ita ponit Jul. sed nihil definit, id est, non definit, pro qua parte interim videatur fuisse heres: hoc tantum statuit: interim pro parte tantum eum fuisse heredem videri, & eum partem amisisse petendo totum, non obtinendo. Verum ex *d.*§. *suum*, intelligitur Jul. probasse opinionem, quæ tribuitur Sabino & Cassio in *l.* 28. §. *ult.* a quibus etiam Jul. profectus est, ut scil. interim filius intelligatur heres fuisse uno nato, non ex semisse, ut Pompon. dicebat, sed ex quadrante, etiamsi unum tantum mulier paritura sit. Ergo tres nasci potuerunt. Et hoc accidit non raro, ut nascantur tres: ultra tres nasci rarum est, & portentosum, *l. utrum*, *de rebus dub.* Et JC. non spectant ea, quæ raro eveniunt, id circo non spectant quinque nasci posse, vel quatuor, vel 7. vel 9. vel 11. Picus Mirandula in hymnis scribit, sua ætate Dorotheam quandam gemino partu genuisse 20. uno 9. altero undecim. Septenos tantum genuisse mulieres JC. prodiderunt in *l.*3. *si pars her. pet.* quod portentosum esse putant, & hæc, quæ portentosa sunt, non spectant, sed tres posse nasci spectant, & ideo interim filio superstiti designant quartam partem tantum, quæ tamen postea vel crescat pluribus natis, *d. l.*3. *&* 4. *si pars her. pet.* Et ideo, si filius superstes interim moriatur, videtur tantum transmisisse in heredem suum quadrantem, qui tamen similiter postea crescere, vel decrescere poterit. Interim non poterit hereditatem petere nisi pro quadrante, & si petierit assem, nec vicerit, quadrantem videtur perdidisse. Atq; ita, si & in suo hæc opinio vera est, non erit eadem ratio totius, & partis, non valebit argumentum Pom. a toto ad partem, quod etiam nonnunquam fallit in jure, ut in casu *l. ex mille*, *de evict.* Quid ergo? Dicesne hac in re pugnare inter se JC. Dicesne *d.*§. *suum* pugnare cum *d.l.*3. *si pars her. pet. &* *l.*28. §. *ult. de jud.* Quod facile quivis crederet statim, sed valde probabo, si dixeris, §. *suum*, locum habere in suis, de quibus etiam loquitur nominatim, ergo ignorantes heredes existunt: & ideo, si nullum est paritura mulier, tacito jure heredes existunt ex asse: si unum est paritura, ex semisse: si tres, ex triente, quandoquidem cum postumo pro parte heres fuisset scriptus ex æquis partibus: lex 28. locum habet tantum in emancipatis, vel extraneis heredibus, ut sc. interim non possint adire hereditatem nisi ex quadrante. Et hac distinctione adhibita non infirmabitur argumentum a toto ad partem, quod notandum. Et hæc, quæ diximus de filio, & postumo heredibus institutis ex æquis partibus, & de differentia, quæ eo casu intercedit inter suum, & emancipatum, locum etiam habent, si pater intestatus decesserit relicto uno filio, & uxore prægnante: namque ab intestato æquales partes fiunt, & ideo nullo nato filius suus intelligitur heres extitisse ex asse, uno nato ex dimidia

A parte, pluribus natis pro numero natorum, *d.* §. *suum*, *&* *l. intestato*, §. *est autem*, *de suis*, *& legit.* Emancipatus autem, sive nascatur postumus, sive non, interim adire poterit pro quadrante tantum, qui tamen crescere poterit, & decrescere, *d. l.* 3. *&* *l. seq. ff. si pars her. pet.* Erit in emancipato idem stylus indistincte, sive heres institutus fuerit cum postumo ex æquis partibus, & hereditatem adjerit: namque adibit pro quadrante tantum, sive pater intestatus decesserit relicta uxore prægnante, & filius emancipatus item petierit bonorum possessionem unde legitimi: namque adire potest ex testamento, vel bonorum possessionem petere pro quadrante, etiamsi incertum sit, quot sint nascituri, id est, etiam si plane nesciat suam partem, modo certus sit de eo, quod agit, modo cetera sciat, quæ eum scire oportet, veluti delatam sibi hereditatem morte patris, *l. illud*, §. 1. *si pars her. pet.*
B Et ita hæc differentia quam ostendi, valet inter suum & emancipatum etiam ab intestato. Verum nulla est differentia inter suum & emancipatum, si filius sit institutus ex certa portione, veluti ex triente: nam uno vel plurib. natis nihil refert; ex ea tantum portione filius suus extitisse intelligitur. Emancipatus, si adjerit hereditatem, quæsiisse intelligitur, residuum servatur postumis; nullo autem nato, ex asse hereditatem acquisiisse intelligitur, *l. illud*, §. 1. quasi ab initio asse relicto, *l. utrum*, *de rebus dub. l. her. de acq. her.* causa testati trahente ad se causam intestati, vel heredi scripto ex certa portione accrescente residua portione, quæ deficit nullo postumo nato. Et idem, quod diximus in filio emancipato, obtinet in extero herede scripto: nam ab intestato exter non venit.
C

Ad L. XXVI. Si quis omis. caus. testamenti.

Julianus scribit, patrem qui filiam sibi substitutam jussit adire hereditatem, legata, quæ ab ipso data sunt ex sententia edicti, præstiturum: quoniam filiæ patri substituitur in casu, ut non arbitrium eligendi relinquatur, sed si varia legata supra dodrantem data sint, eorum prius rationem habendam, quæ a filia relicta sunt: non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso, propter compendium alienam institutionem maluit. Denique si filiæ pater substitutus adiit hereditatem, nihil eum dolo facere Julianus existimat: quia nemo filiæ patrem contra votum parentum substituere videtur, sed ut arbitrium eligendi relinquat.

D Heredes sæpe instituimus eos, qui & ab intestato heredes nobis erunt ex æquis partibus. Quid ergo? frustra igitur eos heredes instituimus? imo vero non frustra, quia ideo instituimus, primum ut judicio nostro honoremus; est enim institutio honor; deinde, ut oneremus legatis, vel libert. relictis, quib. onerari non possent codicillis factis ab intestato, §. *præt. Inst. de fideicom. her.* nihil in codicillis directe factum valet, si fiant ab intestato, vel si facto testamento non confirmentur. Et hinc ex iis pleriq; heredes instituti, qui & lege nobis essent heredes sine testamento, ut ea onera vitent, omittunt causam testamenti, spernunt testamentum, & amplectuntur hereditatem ab intestato, ne scil. præstent legata testamento relicta, quæ scil. ab intestato non debentur. In quo Pap. indicat esse compendium, quoniam integram hereditatem ca-
E piunt ab intestato sine delibatione ulla, & ita fraudem faciunt legatariis, & voluntati defuncti. Quamobrem huic fraudi, doloq; malo occurrit prætor hoc edicto, *si quis omissa causa*. Quomodo occurrit? data in eos utili actione legatorum, causa cognita, perinde atq; si ex testamento essent heredes: legata non debentur nisi ex testamento: testamentum nullum est, quia omissum est, desertum, destitutum: ergo non debentur. Sed hoc edicto dolus vindicatur ejus, qui omisit testamentum in necem legatariorum, ita scil. ut perinde obligetur legatariis, atque si ex testamento hereditatem quæsiisset. Est etiam edicto locus in substitutis, qui prætermissa substitutione ab intestato hereditatem capiunt, ut loquitur *l. si ab intest. h. t.* nam & substituti instituti sunt. Quid est substitu-

tio? Institutio, quæ fit in locum alterius institutionis: vel latius, institutio heredis quam quis facit sibi, vel liberis suis, non habentibus jus testamentum faciendi, & heredis instituendi sibi, in hunc casum, si anterior institutus defecerit: liberis suis, in hunc casum, si ante moriantur, quam jus habuerint heredis instituendi. Est etiam huic edicto locus in patre, qui potuit quærere hereditatem defuncti per filium institutum: & in domino similiter, qui defuncti hereditatem quærere potuit per servum heredem institutum, & non jussit adire hereditatem: jussum exigitur patris vel domini: non jussit autem adire ex institutione filium vel servum dolo malo, ut vel ipso jure ab intestato succederet defuncto, vel filius omisso testamento, *l.1.§.1.l.si filius meus, h.t.* Et hujus rei inspectio proprie pertinet ad *h. l.Jul.* quæ merito subjicitur legi præcedenti: lex, quæ præcedit, est de domino, lex sequens est de patre: proximitas sive confinium utriusque demonstrat hac in re nullum esse discrimen inter dominum & patrem. Exponamus primum speciem in domino. Dominus heres est institutus, & servus ejus substitutus est ei, & ab utroq; sunt legata relicta: dominus noluit adire ex institutione dolo malo ne præstaret legata a se relicta gradu institutionis, quasi destituta institutione destituatur & id omne, quod ei adhæret: nihil egit: nam ea legata præstabit ex sententia ejus edicti, salva tamen Fal. nec enim amittit Fal. quamvis id egerit, ut interciderent legata, & quantum in eo est, interciderunt, *l.duo, §.ult. h.t.* Nunc ponamus speciem in patre eodem modo: Pater institutus est heres, filius ei substitutus est, ab utroq; relicta sunt legata: pater noluit adire ex institutione, jussit filium adire ex substitutione: præstabit legata non tantum relicta a substituto, sed & legata relicta ab instituto, quia filius vel filia substituitur patri: non ut arbitrium eligendi eis relinquatur, utrum ex institutione suo nomine hereditatem acquirat, an per filium ex substitutione: non, inquam, ut ei relinquatur arbitrium quærendæ hereditatis ex institutione, vel ex substitutione, utrum maluerit, sed filius vel filia substituitur patri in casum, puta, si acciderit, ut pater non possit adire, vel si pater ante aditam hereditatem mortem obierit. Et ita dixit in casu *l.1. §.1. ut leg. nom. cau. l.filium, §.1. de fideic. lib.* aliter in eventu, *l.sed etsi dim. in fin. de acq. her.* Ergo pater, qui omisit institutionem, & filium substitutum sibi jussit adire ex substitutione, legata a se relicta etiam præstat ex sententia hujus edicti. Ergo non caret dolo pater, qui honore suo omisso, id est, neglecta institutione, mavult alienam institutionem, id est, substitutionem filii, cujus emolumentum ad eum redit, qui affectat compendium illud, hoc est, integram hereditatem sine delibatione legatorum. Et potest hæc sententia aptari multis casibus, & aptari audivi in Senatu contra aliquem, qui quod compendiosior esset cathedra juris civilis, optabat deponere cathedram juris canonici. Si non caret dolo malo pater, ergo incidit in hoc periculum, & perinde obstringitur legatis a se relictis, atque si institutionem suam non omisisset, hoc est, si honorem suum non sprevisset. Dices. Pap. scripsit esse ex sententia edicti: imo est ex mero jure, hoc est, constitutione Severi, qui vult, ut legata relicta ab instituto, debeantur a substituto, *l. licet, de leg. 1. l.si Titio, §.Jul. de leg. 2. l.non justam, C.ad Treb.* Legata sunt relicta a patre instituto, ergo debentur a filio substituto, vel ab eodem patre instituto, ad quem redit commodum omne substitutionis. Hoc igitur ex constitutione Severi: nam ultra sententiam edicti, ultra edictum ita jus se habet, cui objectioni ut respondeam, sunt distinguenda tempora. Quod est scriptum in *l. præc.* est ex Celso: quod in hac l. *ex Jul.* quorum ætate, legata relicta ab instituto non debebat substitutus, *d. §.Jul,* sed post constitutionem Severi, aliter, *l.Celsus, §. ult. eod.* nondum exierat constitutio Severi. Celsus & Julianus non habuerunt notitiam constitutionis Severi, cui fraudi obviam it prætor. Verum adjicitur etiam in hac priori parte hujus l. si legata sint relicta tam a patre instituto quam a filio substituto, & pater omissa institutione jusserit filium adire ex substitutione, & utraq; legata simul juncta excedant dodrantem, ita ut interveniat Falcidia, Pap. ait, prius haberi rationem legatorum relictorum a filio vel filia substituta patri, hoc est, solvi prius ea legata, si sola non excedant dodrantem, separata a legatis relictis a patre, & deinde ex legatis relictis a patre instituto detrahetur Fal. quia per se sola, quæ vel sunt relicta ab instituto, vel a substituto, non excedebant modum legis Falcidiæ: juncta excedebant, sed non commiscebantur. Prius enim habebitur ratio legatorum relictorum a filio, & persolventur non detracta Fal. si non excedant dodrantem, deinde ex legatis patris detrahetur Falc. Sed huic sententiæ obstat *l.Nesen. §.pen. ad l.Fal.* quæ lex loquitur quidem non de patre, sed de domino, quod idem est. Verum ait d.lex, prius solvi debere legata relicta a patre, vel domino herede instituto, & tunc eorum legatorum rationem haberi, quæ relicta sunt a filio vel servo: nihil est, quod magis adversari possit Pap. Ratio concordiæ sumenda est ex ea distinctione temporis, quam exposui ante. Ea *l.Nesen.* est Pauli, cui non erat incognita constitutio Severi, erat ignota Juliano & Celso. Nunc dicam, in *h. l.* prius habetur ratio legatorum relictorum a filio substituto, quæ ipso jure debentur, cum ex substitutione adita sit hereditas: legata autem relicta a patre instituto, ipso jure non debentur ante constitutionem Severi, sed debentur ex mente hujus edicti: & rursus ex mente, non ex verbis. In *l.Nesennius*, legata relicta a patre instituto vel domino, ipso jure debentur ex constitutione Severi, & priora sunt, quæ relinquis ab instituto: posteriora, quæ relinquis a substituto. Ergo merito priorum prior habetur ratio, cum utraque ipso jure debentur: nihil est evidentius. Posuimus casum in patre herede instituto, & filio ei substituto, patrem omisisse institutionem, filium adiisse ex substitutione jussu patris, nec de eo casu quicquam amplius restat. Sed quæritur, *quid sit dicendum e contrario, si filio heredi instituto, substituatur pater, & pater non jubeat filium adire ex institut. sed adeat ipse suo nomine ex substitutione, an præstabit legata a filio relicta?* Et ait prudentissime Pap. non præstiturum legata patrem a filio relicta ex sententia hujus edicti: quia hoc edicto dolus tantum vindicatur, & hoc casu dolo caret pater, qui mavult adire ex substitutione, quam filium ex institutione. Sed ostendo dolo carere patrem, & priore casu dolo factum videri. Ratio est elegans: est quidem pater substitutus filio, sed non est proprie substitutus. Nam substitutio est, quæ confertur in casum, *si telle chose advient.* veluti, *si filius prior decesserit superstite patre*: quomodo accipies hanc patris substitutionem? Erit præpostera substitutio patris, erit contra naturam, contra commune votum parentum: nam illi volunt, ut superstites sint filii illis. Nec videtur hoc cogitasse, rem non naturalem, nec optabilem parenti, qui eum substituit filio. Ergo non videtur substituisse patrem filio, ut plane ita haberetur, sed ut ei relinqueretur arbitrium eligendi: nihil gestum contra voluntatem eligendo substitutionem. Ergo hoc maxime voluisse videtur testator, *l.1. §.si proponi, hoc. t.* Idem institutus est, & sibi ipsi substitutus, quod quandoque fit recte, *l.sed etsi plures, §.ult. de vulg. sub.* Ab institutione relicta sunt legata, a substitutione forte nulla: substitutio est compendiosior, omittit institutionem, & amplectitur substitutionem, an incidit in hoc edictum? minime, quia ei potestatem eligendi testator reliquisse videtur: dolo caret, qui sequitur voluntatem defuncti.

Ad L. Peculium LXV. de Leg. II.

Peculium legatum augeri, & minui potest, si res peculii postea esse incipiant, aut desinant. Idem in familia erit, sive universam familiam suam, sive certam veluti urbanam, aut rusticam legaverit, ac postea servorum officia, vel ministeria mutaverit. Eadem sunt lecticariis aut pedissequis legatis.

§. 1. *Quadrigæ legatum, equo postea mortuo, perire quidam ita credunt, si equus ille decessit, qui demonstrabat quadrigam: sed si medio tempore deminuta suppleatur, ad legatarium pertinebit.*

§. 2.

§. 2. Titio Stichus legatus, post mortem Titii libertatem accepit, & legatum adita hereditate, & libertas post mortem Titii competit. Idemq; est, etsi moriente Titio liber esse jussus est.

§. 3. Si tamen Titio ex parte herede instituto, servus legatus sit, & post mortem ejus liber esse jussus sit, sive adierit hereditatem Titius, sive non adierit, post cujus mortem libertas ei data est, defuncto ejus libertas competit.

MUltum interest, quæ res cuique legetur, quove nomine, communi an proprio. Aut res una legatur, aut plures; si plures, aut sigillatim propriis nominibus, aut generatim & universæ: si sigillatim res legentur, quot sunt res, tot legata sunt, ut in stipulationibus, *l. scire, de verb. obligat.* Si uno nomine res plures legentur, ut si grex legetur, aut peculium, unum est legatum, *l. 9. hoc tit.* Enumeratio singularum rerum scindit legatum. Verbum generis contrahit legatum. Unum autem legatum pro parte agnosci, pro parte repudiari non potest. Plura si sint legata, unum agnoscere, alterum repudiare nihil vetat. Ac rursus res singulæ, aut ejusmodi sunt ut minui vel augeri non possint, ut si legetur homo: aut sunt ejusmodi, ut minui vel augeri possint, ut si legetur fundus, augetur alluvione, minuitur eluvione, *l. 21. h. t.* Idem erit, si grex legetur, legatum augetur aucto grege, minuitur minuto grege, *l. 22. de leg. 1.* Idem est etiam, ut hic ostenditur, si legetur peculium: Nam peculium etiam accessionem & decessionem recipit, *§. si peculium Inst. de leg.* Atq; ita sicut res singulæ, aliæ augeri & minui non possunt, ut homo, aliæ possunt, veluti fundus: ita res uno & generali nomine comprehensæ, aliæ minui vel augeri possunt, ut grex, ut peculium, addamus etiam familiam ex hac lege. Nam legatum familiæ minuitur, si legata familia urbana, quidam ex servis urbanis ad opus rusticum transferantur, & augetur, si ex rure quidam in urbem transferantur. Familia est universitas servorum, quo nomine utimur etiam hodie, demonstrando eos, qui apparent judicibus, apparitores, quod essent olim servi publici. Hoc autem loco Pap. ait, familiam dividi in officia & ministeria, prætermittit artificia. Igitur textor, fullo, faber, non videntur esse ex familia, & non sunt in ministerio & in officio: nam familia dividitur tantum in ministeria & officia. Ostiarius est in officio, ut dispensator, vel atriensis: in ministerio est is, qui est ab argento, a scyphis, a poculis: ministrat, qui honoratior existimatur ceteris, sicut actor etiam, qui administrandarum rerum domini officio incumbit, ceteris honoratior est, *l. 51. de man. test.* Subjicitur autem in hac lege, legatis quoque servis lecticariis, aut pedissequis, etiam legatum minui posse, si quidam ex his ad aliud ministerium transferantur vivo testatore. Plerumq; autem legabantur octo lecticarii, *l. 4. & 8. §. 1. de leg. 1.* Mart. *Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.* Vel sex, qui dicuntur *ἑξαφόροι* Pedissequi autem, qui comites dicuntur, & pædagogi, plerumq; legabantur 10. & inde optio legata 10. servorum, *l. pen. de opt. leg.* Sed quod attinet ad optionem servorum ad lecticam: si decem ad comitatum, nullus est labor: sed quid si legetur optio servorum simpliciter, quot eligi poterunt? Et definitur *l. 1. eod. tit.* tres tantum eligi posse, quod congruit maxime frugalitati veterum. Athenæus lib. 6. ait Cæsarem in Britannica expeditione habuisse tantum tres servos. Valer. 4. Catonem superiorem ait, Hispaniam rexisse comitatum tribus servis: nec ergo, cui servorum optio legata est, plures quam tres optare potest. Aliæ igitur res sunt uno & generali nomine comprehensæ, quæ quandoque augmentum & decrementum non recipiunt, & sumito exemplum ex *§. quadrigæ.* Quadriga legata est, unus equus periit: videndum est, qualis ille equus fuerit: nam si fuerit eminentior equus, ut est in Basilicis: omnium præstantissimus, qui demonstraret quadrigam, hoc est, ex quo potissimum quadriga clarescat, si equus perierit, extinctum potius, quam minutum legatum videbitur: ergo ceteri equi non debebuntur: si suppleatur autem ille equus vivo testatore, redintegrabitur legatum. Ceterum superstite illo equo, qui demonstrabat quadrigam, & altero perempto, legatum deminutum intelligitur, non extinctum: maxima igitur ejus pars superest. Scio de quadriga quæri inter alios professores, an quadriga intelligatur sine rheda? Id vero nemo melius expedire possit, quam Jureconsultus. Quadriga intelligitur sine curru. Fateor quadrigam haberi, ut jungatur ad currum, sed nego ita quadrigam accipi, quasi junctam currui, alioqui quadriga legata deberetur currus, quod est falsum: nam neq; legatus est, cum quadrigæ nomine contineantur equi quatuor, *l. si id quod, pro soc. l. 10. §. ult. quib. mod. ususfruct. amitt.* Et non cedit legato quadrigæ currus, ut pars vel accessio: ergo per se intelligitur, quoniam per se currus alia res est, sine qua quadriga intelligitur, licet ad currum jungi soleat, sicut argento legato non cedit arca, *l. argen. de legat. 3. l. 3. §. ult. de pen. leg.* Deniq; quadriga est nomen numeri, idque intelligitur perspicue translato eo nomine quadrigæ ad alias res, non ad equos, ut cum Varro ait, *esse quadrigam initiorum, corpus, locum, tempus, actiones*, & Vopiscus, *quadrigam tyrannorum vocat*, & Hieron. ad Jovin. *quadrigam virginum, quatuor filias Philippi*, de quibus in act. Apostol. ad Paulinam, *quatuor easdem quadrigam domini, & quadrigam sanctitatis.*

Quod in ultima parte hujus legis Papinianus tractat, pertinet ad hanc speciem: Servum legavi Titio, & ei servo post mortem legatarii dedi libertatem directam, hoc modo, *cum morietur Titius, liber esto*: quæritur, *an valeat legatum servi, cui est legata directa libertas?* Namque videtur non valere secundum id, quod dicitur, efficaciorem esse libertatem legato, puta si idem servus legetur, & liber esse jubeatur; sive prius sit legatum, sive posterius, dicimus, prius adscriptam libertatem esse priorem, nisi fuerit evidens voluntas testatoris, qui legato posteriore voluerit adimere priorem libertatem, quoniam hodie potest adimi libertas, olim non potuit, *l. 14. & l. legatarius hoc tit.* videlicet, si idem servus sit legatus, & liber esse jussus simpliciter: sed si jussus sit liber esse post mortem legatarii, vel cum morietur legatarius, utrumque valet: legatum valet adita hereditate, libertas valet mortuo legatario, atque ita tacite legatum videtur relictum ad tempus. Et idem esse ait Papin. si quis sit heres institutus ex parte, & ei sit legatus servus a coherede, & post mortem ejus eidem servo sit relicta directa libertas: nam etiamsi hic heres, idemque legatarius non adierit hereditatem, capiet legatum servi, sed evanescet legatum eo mortuo: interim valebit, etiamsi ipse non adierit hereditatem, ut confirmat *l. si servus, & seq. de vulg. substit. & l. qui filio, in princ. de her. instit.* ubi ponitur servo legato non tantum data libertas directa, sed etiam hereditas filii impuberis, hoc est, ponitur servus legatus substitutus pupillo a patre post mortem legatarii, vel etiam post mortem impuberis; evanescit legatum existente conditione substitutionis; consistit interim, non est igitur prorsus inutile tale legatum. Et hoc voluit Pap. non consumpsit omnino legatum libertatis datio. Obstat *l. si post mortem, §. pen. de leg. 1.* Lex idem omnino ponit, servum legatum Titio, & post mortem Titii servo adscriptam directam libertatem, & ait, inutile esse legatum, quia certum est inquit, Titium moriturum; ergo competituram libertatem, si modo servus supervixerit Titio. Igitur certum est, Titium moriturum, sed non est omnino certum competituram libertatem. Quid enim si præmoriatur servus? Ergo, ut ait, legatum est inutile, & tamen hic Pap. ait competere, hoc est, deferri adita hereditate, valere statim atque adita est hereditas. Res non est difficilis, si quod ait *l. post mortem, §. pen.* & in hoc §. conferatur modo hic casus cum casu, qui præcedit: non habita ratione ad casum, qui præcedit, hoc casu legatum est inutile. Duo sunt casus in illo *§. ult.* Prior est, quem ita demonstrat: legavi Titio servum pure, & ei dedi libertatem sub conditione: hoc casu ait, legatum non valere adita hereditate, si pendeat conditio, sed esse in suspenso, legatum pendere: non possumus dicere id esse utile abfci-

scise, vel esse inutile, quia pendet: videtur enim legatum relictum sub contraria conditione. Ideoque si existat conditio libertatis, perimitur legatum: si deficiat, pertinet ad legatarium. Ergo legatum est conditionale, ac proinde, si medio tempore moriatur legatarius, non transmittit legatum ad heredem suum. Posterior casus hic est: legavi servum Titio pure, & post mortem Titii servo dedi libertatem, quærebatur in *d. l. si post mortem*, §. *pen.* an etiam hoc legatum esset conditionale propter transmissionis causam? Et lex ait, esse inutile, non esse conditionale, sed statim pronuntiari inutile, non quod eo interim non fruatur legatarius, sed quod futurum sit, ut evanescat præmortuo legatario.

Ad L. V. de Servit. leg.

Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen, quæ servis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere: sic ad fundum domini via servo frustra legatur.

PRoponuntur in hac lege duæ regulæ. Una est vetus regula juris antiqui, cum servis alienis esse testamenti factionem ex persona dominorum, *l.* 12. §. *res de leg.* 1. Altera regula est nova, introducta a Juliano Jureconsulto, quæ præceptum dicitur in *l. debetur*, §. *pen. de leg.* 2. Regulæ juris sunt præcepta juris. Hæc tria illa præcepta, *honeste vivere*, *alterum non lædere*, *jus suum cuique tribuere*, sunt summæ regulæ juris. Primo prohibemur ab injuria, quam inferimus nobis ipsis, ne mortem nobis consciscamus, ne dissolute vitam agamus, ne ullo nos contaminemus stupro, ne ullam nobis infamiam contrahamus. Secundo & tertio præcepto, prohibemur ab injuria, quam inferre possumus alteri. Secundo, ne quid adimamus alteri, ne vitam ac honorem injecta contumelia. Tertio prohibemur, ne quid retineamus ex alienis, ne depositum non reddamus, ne debitum non solvamus, ne legatum a nobis relictum non præstemus. Verum ad rem. Servus non habet jus stipulandi, nisi sit servus ejus, qui stipulari possit, *init. t. de stip. ser.* Et similiter servus heres institui non potest, nisi & cum domino ejus nobis sit testamenti factio, *d. reg.* Et quod dicitur in *l. filiusf. qui test. fac. pos.* servum alienum habere testamenti factionem, sic accipiendum est, si & dominus ejus habuerit: nam ex persona domini servus vel capax esse intelligitur, vel incapax: imo nec videtur esse servus, nec ulla esse persona servi, nisi per personam domini: servo enim dominus personam imponit suam, alioqui pro nullo habetur: potest servus esse sine domino, & is plane pro nullo habetur: nam non est, ex cujus persona ipse personam suscipiat, nec vero suscipere ex alio potest quam ex domino, cujus in potestate est. Et hæc est vetus regula juris civilis, quæ proponitur initio h. leg. Ait cum *servis alienis*. Cum servis propriis autem non est testamenti factio, quia nec cum nobis ipsis: cum servo meo non est mihi testamenti factio. At cum libertate, id est, si servo meo adscripsero libertatem, est testamenti factio: & similiter adscripta libertate fideicom. mihi cum servo ejus cum quo mihi testamenti factio non est, testamenti factio est. Huic veteri regulæ subjicitur in hac lege nova regula, Juliani esse colligo ex *l. deb.* 82. §. *servo alieno*, *de leg.* 2. Regula hæc est: in legatis, servi persona inspicitur: abutimur nomine personæ. Vel sic: ex persona servi legatum, quod ei relinquitur, ita vires accipit, id est, id demum servo recte legatur, quod & ei libero possit legari; & contra, servo non legatur recte, quod ei libero non possit legari. Ex causa igitur civili æstimatur, servo recte legetur necne, sicut dicitur in *l. non sol.* §. *ult. de pec.* ex causa civili æstimari, an servus domino obligetur. Causa civilis est ex qua cives Romani, vel liberi homines alii secundum jus suæ civitatis obligantur. Mutuum facit debitores liberos homines: ergo & servum: nuda ratio non facit debitorem liberum hominem, puta si quis rationibus suis præscribat, se aliquid debere Titio, cum omnino, nec mutuum acceperit a Titio, nec ulla causa debendi præcesserit: nuda illa ratio non facit debitorem, *l. nuda*, *de don.* quod & comprehendit *d. l. non solum*, nuda ratio non facit donationem, ut scilicet videatur donasse, cum scripsit se debere, quia donatio traditione perficitur, & nuda illa scriptura non habetur pro traditione: sunt fictæ traditiones quædam, ut retentio ususfr. pro traditione habetur. Si donavero, & retinuero usumfructum, *l. quisquis*, *C. de donat.* Precarii conventio, quæ fit hodie frequenter, pro traditione habetur, ut si constituam me precario possidere, me impetratam possidere abs te rem, quam tibi donatam volo; sed nuda scriptura pro traditione non habetur: denique nuda ratio donatorem non facit liberum hominem; nuda ratio liberum hominem non facit debitorem; ergo nec servum, quæ est sententia *d. l. non solum*, §. *ult.* Ac rursus libero homini non potest legari via ad fundum alienum: ergo nec servo ad fundum domini: certe non ad fundum extraneum, imo nec ad fundum domini, quia fundo alieno per non dominum non potest acquiri servitus, imo nec communi fundo per unum socium, *l. proprium*, *com. præd.* Unde notandum est valde, testamenti factionem esse separandam a rebus singulis, quæ servo alieno legantur: sunt duæ regulæ separatæ: una est de testamenti factione, altera de rebus singulis servo alieno legatis. Separatio hæc est: testamenti factio est cum servo alieno ex persona domini, si & cum domino sit testamenti factio: legatum autem rerum singularum in servo alieno consistit ex persona servi, non ex persona domini, non consistit ex persona domini: Nam etsi domino, ea quæ legantur non possint legari, servo tamen ejus legantur utiliter, si modo liber factus ea capere possit: ut res propria domini certe domino legatur inutiliter, servo ejus legatur utiliter, & effectum habet legatum, si manumissus fuerit ante diem legati cedentem. Item quod domino pure debetur, frustra legatur: quod debetur sub conditione, recte legatur: quia legato inest commodum repræsentationis, quia ex eo legato capiet statim, quod non caperet antequam existeret conditio, *d. l. debitor*, *in princ.* sed quod pure debetur, domino frustra legatur, servo tamen ejus frustra non legatur, & valet legatum, si die legati cedente liber inveniatur. Ergo legatum servo alieno relictum consistit, si hic liber factus capere possit, licet dominus ejus capere non potuerit, ut contra legatum relictum servo alieno non valet, si liber factus id capere non potuerit: ut si legetur ei via ad fundum domini, quamvis dominus id capere potuerit. Denique ut legem servo alieno, desidero quidem, ut ejus dominus sit capax, id est, ut sit cum eo testamenti factio: non desidero, ut rem, quæ legatur, dominus ejus jure legati capere possit: satis est, si in universum censeatur esse capax. Diximus servo alieno frustra legari viam ad fundum domini, & legatum relictum servo alieno valere ex persona servi, non domini. Obstat *l. si unus ex dominis*, *de serv. rust. præd. l.* 7. §. *ult.* & *l.* 17. *de stip. serv.* quibus locis ostenditur, servum alienum recte stipulari viam ad fundum domini. Cur non legatur recte servo aliena via ad fundum domini? Et est profacto verum, quod ait Acc. hanc esse differentiam inter stipulationem & legatum: sed enarranda est differentiæ ratio. In stipulationibus sive puræ, sive conditionales sint, & generaliter in contractibus, quos omnes stipulatio circumambit, spectari tempus contractus. Valere igitur eas ex persona domini, qui servum stipulantem eo tempore habuit in potestate: nam stipulatio, etiamsi sit conditionalis, ex eo tempore censetur: & conditio post existens retrotrahitur ad tempus contractus, & hoc commodum omne stipulationis pertinet ad dominum, etiamsi servus postea manumissus sit: in legatis autem non spectatur tempus, quo legatur, sed spectatur tempus, quo dies legati cedit. Fieri autem potest, ut qui tempore testamenti erat servus, cuique adscriptum est legatum, die legati cedente, inveniatur liber, & ob id persona servi inspicitur, nec valet legatum ei relictum, nisi & is liber

ber id capere potuit die legati cedente. Ex quo principio juris, videlicet, ut in stipulationibus spectetur tempus contractus: in legatis tempus cessionis, sequuntur multæ conclusiones: primum, ut stipulatio conditionalis conferatur, id est, ut frater fratribus suis conferat, quod ei debetur sub conditione, quoties agitur de paterna successione: ergo statim dies cedit, licet petitio suspendatur ex conditione, *l.2. §. id quoque, de collat. bon.* Item si filiusfamil. sit stipulatus sub conditione, & pendente conditione emancipatus sit, deinde extiterit conditio, competit actio ex stipulatu patri, *l. si filiusfamil. de verb. obligat.* legati petitio competeret filiofam. non patri existente conditione post emancipationem: & eadem ratione filiusfamil. de eo, quod stipulatus est sub conditione, pacisci non potest, *l. & heredi, §. filiusfam. de pact.* de legato pacisci potest. Præterea stipulatio conditionalis transmittitur in heredem: quia statim valet, & ex præsenti tempore censetur, *§. ex conditio. Instit. de verb. obligat.* legatum conditionale non transmittitur mortuo legatario medio tempore. Et hoc est, quod dicitur, stipulatorem conditionalem esse creditorem: legatarium conditionalem non esse creditorem, *l. is cui sub conditione, de obligat. & act.* conditionales stipulationes retrotrahi ad tempus contractus, quod observari semper volumus, *l. potior, §. videamus, qui pot. in pign.* Conditio legati non retrotrahitur ad tempus testamenti vel mortis. Item servus hereditatis (is autem est servus hereditatis, quæ jacet, id est, quæ nondum adita est) usumfructum inutiliter stipulatur & pure, & sub conditione: cur? quia ususfructus non consistit sine persona, & hic servus personam non habet, nec etiam est, cujus personam sibi adroget, quia jacet hereditas. Legatur tamen servo hereditario recte, *l. usumfr. de stip. serv.* Quæ omnia manant ex illo principio, quod in stipulatione spectetur tempus contractus, in legatis tempus quo dies cedit. Ac postremo, si unus ex sociis leget communi servo sine libertate, solidum legatum pertinet ad alterum socium, nec cogitur id communicare cum herede socii: cur? quia die legati cedente (quod hodie, & ante leges caducarias cedit statim a morte) illum solum dominum habuit, ei soli solidum acquiretur legatum: sed si unus socius servo communi stipulanti promiserit aliquid, pars ex qua promissor dominus fuit, non acquiretur alteri, id est, pro ea parte nulla est stipulatio, reliqua pars acquiritur alteri: ergo non solidum acquiritur alteri, quia scilicet tempore stipulationis non hunc promissorem dominum tantum habuit, sed & alterum, aut contra, *l.9. §. si servus, ff. de stip. serv.* Diximus id demum servo posse legari, quod ei libero legari posset, quæ est regula Juliani. Obstat huic regulæ, quod objicit Marcellus Juliano in notis: Servo alieno ita legatur recte, *quoad serviat Titio domino suo, l. servo alieno 113. de leg. 1.* Et tamen is servus liber factus ad hujusmodi legatum non admitteretur propter illa verba, *quandiu serviet*. Ergo servus alienus capit legatum, quod liber factus non caperet: sunt quidam servi, qui manumitti non possunt, ut qui testamento vel pacto sunt prohibiti manumitti, nunquam ad libertatem pervenire possunt, *tit. qui ad libert. per non.* his tamen recte legatur & capiunt legatum: non valet igitur legatum ex persona servi. Verum hæc argumenta sunt captiosa. Nam & priore casu servus liber factus caperet legatum, nisi esset apposita illa conditio (*quandiu serviet*) hæc enim oratio, *quandiu serviet*, conditionem facit, *l.4. de servit.* Et posteriore casu si liber fieret, utique caperet legatum. Est igitur, ut est in *d. l. debitor, §. servo alieno*, calumniosa argumentatio, seu nota Marcelli: est enim ille locus de Marcello intelligendus, ut constat ex *d. §. servo alieno*. Et verum est quod Joannes ait, esse captionem, secundum quid & qualiter, id est, captionem in accidenti & attributo: Nam ita Marcellus captionem formavit: id demum servo legari potest, quod ei libero posset legari. Libero non posset legari *quandiu serviet*, cum liber sit, non servus: ergo nec servo ita poterit legari: hoc autem est falsum, ergo & illud. Vis brevius: si id demum servo potest legari, quod posset libero, non poterit igitur ei legari hoc modo: *Quandiu serviet domino suo*. Hoc autem est falsum, ergo & illud. Est captio ex accidente. Nam quod in propositione sumitur simpliciter, ei in assumptione adjungitur conditio: non igitur similis assumptio propositioni, quæ res creat fallaciam, & hic est sensus *d. §. servo alieno, in l. debitor*, ubi refutatur sophisma Marcelli.

Ad L. XII. de His quæ ut indign.

Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat: quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen, ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem abstulit jampridem senatus hereditatem. Quod D. Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad præfectos ærarii misit. Verum ab eo legata relicta salva manserunt, de præceptionibus eidem datis voluntatis erit quæstio, & legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.

DUo proponuntur casus, quibus heredi instituto ut indigno, fiscus hereditatem aufert: indignus heres est, quem testator vel lex judicavit male meritum esse de defuncto, ingratum esse, immerentem, vel quem heredem instituit, non illicitum quidem eum, sed quem instituere nefas atque pudendum, ut nefas est instituere eam, quam nos in matrimonium jure non capimus, *l. 2. hoc tit.* His duobus casibus testator ipse, quem heredem fecerat, indignum esse honore isto demonstrat: nam indignis heredibus vel legatariis plerumque fiscus adimit bona, quæ & ereptitia dicuntur ab Ulpiano *in fragm.* Et fiscus ea eripere dicitur, *l. pen. de jure fisci, l.26. ad leg. Cornel. de fals.* Et ereptitia etiam communi nomine dicuntur caduca, *d. l.2. in fine, si quis aliq. test. prob. l. pen. de his, quæ in testam. delent*: nam generali nomine quæcumque obveniunt fisco ex alieno caduca sunt. Strictiori nomine caduca tantum sunt ea, quæ deficiunt mortuo testatore, ut si post testatorem heres moriatur ante aditam hereditatem, atque ita caduci nomen modo generaliter accipitur, modo specialiter: & generaliter acceptum comprehendit etiam ereptitia, id est, ea quæ ut indignis eripiuntur. Male autem Accursius in hac l. confundit incapacem cum indigno; & non in hac l. tantum sed & alibi, & ait, idem jus statuendum esse incapacis & indigni: & petenti exemplum incapacis, daut facile exemplum indigni doctores perperam, & inde fit, ut etiam male Accursius hoc loco scribat, incapacem mero jure heredem esse, quia obstat lex, quæ incapacem facit: ac præterea aditione hereditatis confundi actiones, quæ inter eum & defunctum fuerunt, & incapaci fiscum auferre hereditatem, legata, fideicommissa, quod scriptum tantum est de indigno: confundit titulum præcedentem de his, quæ pro non scriptis habentur, cum hoc tit. nam quæ relinquuntur indignis, indigni possunt capere, sed non retinere, *l.2. hoc tit.* relictum incapaci remanet apud heredem, vel transmittitur ad heredem legitimum sine onere, quia si est pro non scripto, & onus ei adscriptum, pro non scripto est necessario. Indigno autem relictum fiscus aufert cum onere: ne igitur unquam confundamus indignos cum incapacibus. Verum videamus, qui sint hi duo casus, qui proponuntur in hac l. Primus casus est. Quidam priore testamento instituit heredes capaces, quos instituere per leges poterat, posteriore scripsit incapaces, an posteriore testamento ruptum est prius? Rumperetur si posterius valeret, id est, si ex eo heres existere posset: non rumpitur, quia ex posteriori nemo heres existere potest: namque proponuntur ex eo esse incapaces heredes, qui neque fieri, neque existere possunt. Quæritur, *an heredes scripti priori testamento hereditatem obtinebunt?* Quod videtur, quia prius valet, nec ruptum est, & quandiu testa-

mento

mento locus est, repelluntur legitimi venientes ab intestato. Et sane verum est, heredem fore eum, qui priore testamento scriptus est heres, sed fiscus eripiet hereditatem quasi indigno. Indignus est bonis, quem defunctus judicavit esse indignum, & alio testamento confecto, in quo instituit incapacem, prætulit eum incapacem capaci, neque enim ignorabat leges de incapacibus, nec enim poterat ignorare, nec ergo alio fine testatus esse videtur, quam ut notaret, eum esse indignum hereditate sua, quem priore téstamento heredem scripserat, non ignorans non valiturum posterius, nec mero jure ruptum iri superius judicium defuncti: posterius enim si sit inutile, indignum esse coarguit eum, qui utili testamento scriptus est, id est, priori. Et ita est proponenda species ad priorem partem h. l. nam ponendum est necessario movisse Senatum ut ita pronuntiaret, voluntatem testatoris: fuisse certa argumenta, quæ probarent testatorem priore testamento heredem scriptum indignum esse censuisse, alioqui injustum esset Senatusconsultum. Nam potest fieri, ut qui posterius testamentum scripsit, ita demum a priore testamento recedere voluerit, si posterius valiturum esset, *l.18. de legat. 3.* Finge: posteriori testamento eosdem heredes scripsit, & alia quædam mutavit, quædam non mutavit: non valet posterius testamentum, quia omisit solemnia quædam: heredes primo testamento scripti non sunt indigni, qui & priore & posteriore judicio defuncti probati sunt, & honorati: Vel finge: posteriore testamento scripsit capaces, nec valet testamentum propter omissam solemnitatem quandam, an statim existimaveris priori testamento scriptos esse indignos? Sane non temere, nec enim mutamus testamentum semper odio priorum heredum, sed majore affectu posteriorum. Vel etiam finge, quod verius est: posteriore testamento scripsit incapaces, ignorans eorum conditionem, errans in facto, veluti cœlibem heredem scripsit, qui lege Julia & Papia est ex incapacium numero, vel orbum, quem putabat esse patrem: non valet posterius testamentum, quia vitiosa est institutio & illicita. An ideo primo testamento heredes scripti judicabuntur esse indigni? minime: videntur quidem non habere supremam voluntatem defuncti, cum alios heredes scripserit postea, quamvis inutiliter: sed non est usquequaque verum, quod ait Papin. hoc loco, indignum esse eum, qui non habet supremam voluntatem defuncti, in cujus institutione non perseveravit defunctus. Nam finge, eum heredem scripsisse, & prius quam moreretur dixisse, nolle eum sibi heredem esse, non fecisse quidem aliud testamentum, sed hoc tantum pronuntiasse, intestatum se mori malle, an heres judicatur indignus, qui non habet supremam voluntatem? minime, *l. militis, §. veter. de milit. testam.* neque enim justo testamento data hereditas nuda voluntate adimi potest, *l.pen. quib. mod. testam. infirm.* Vel finge: qui prius testamentum fecerat, cœpit aliud facere, & alios quosdam heredes scribere, nec perfecit testamentum, sed obmutuit forte in medio, morte præventus. Priore scripti non videntur habere supremam voluntatem, nec tamen sunt indigni, id est, fisco locus non est, *l. ex parte, de adim. leg.* Hoc modo igitur interpretor, indignus est is, cujus odio testator recessit a priore voluntate, quod liquido constet oportet: & constat liquido, si sciens prudensque instituerit incapacem odio alterius, quasi subindicans, si fieri possit, malle esse incapacem, quam capacem: quod etiam fortiter defendi potest idem procedere, si instituerit capacem, si modo id fecerit odio alterius, & omiserit solemnia quædam in posteriori testamento: nam ponendum est semper posterius non valere. Hoc enim casu, si modo probetur testatorem fecisse odio prioris, licet fuerit capax, pro indigno habetur, & aufertur ei hereditas. Non lex tantum, sed etiam voluntas testatoris indignum heredem facit: odium testatoris indignum facit: sed ponendum est, ut dixi, omissa fuisse solemnia quædam juris in posteriore testamento. Solemnia enim juris ignorare quilibet potest præter Jurisconsultos: leges vero, Senatusconsulta, plebiscita ignorare non licet. Qua de causa in testamentis conficiendis adhibebantur semper Jurisconsulti propter formulas, *l. pen. §. ult. de leg. 2.* & dictabant testamenta IC. *l. dict. C. de test. l. moris, de pœnis*: dictabant etiam stipulationes Ovid. in Epist. Acontii.

Dictatis ab eo feci sponsalia verbis:
Consultoque fui juris amore vafer.

Et in amoribus:

--- *Atque eadem consulti ante atria mittis,*
Unius ut verbi grandia damna ferat.

Ad hæc Accurs. non male, ad Senatusconsultum, quod refertur a Papiniano in priori parte hujus l. opponit aliud Senatusconsultum quod refertur in *§. pen. Instit. quibus modis test. infirm.* quod indiget explicatione. Diversi sunt casus hujus Senatusconsulti, & illius, sed in utroque casu videtur eadem ratio valere, & affirmatur in uno valere, negatur tamen in altero valere. In casu *§. pen.* testator aliud testamentum facere cœpit, nec peregit, veluti quosdam heredes instituit, non omnes, quos instituere decreverat, *l. si quis, cum seq. qui test. fac. poss.* In casu hujus legis testamentum peregit, scriptis heredibus incapacibus, quos scribere non poterat: hoc tamen casu aufertur hereditas priori heredi, ut indigno, quia non habet supremam voluntatem: ergo eadem ratione in casu *§. pen.* videtur ei esse auferenda hereditas ut indigno, quia testator id testamentum mutare voluit, & mutasset, nisi mors eum prævenisset. Et similiter, si testator non cœperit aliud facere, sed cum vellet incipere, prohibitus sit ab herede scripto, ei ut indigno auferetur hereditas, *l. si scripto, hoc tit. & l. 1. si quis alium test.* Et similiter ait, quod plus est, si neque fecerit aliud testamentum, neque cœperit facere, neque facere prohibitus fuerit, sed induxerit, & cancellaverit nomen heredis, ei ut indigno aufertur hereditas, ut non habenti supremam voluntatem. Qui est posterior casus hujus l. Cur ergo in *d. §. pen.* si aliud testamentum facere cœperit, nec perfecerit, non adimitur hereditas priori heredi, ut non habenti supremam voluntatem, ut indigno ex tacita voluntate defuncti? Posset dici, quod Accurs. tentat, non negari in eo paragrapho, quin ei sit auferenda hereditas, ut indigno, si testator posterius facere cœperit, nec morte præventus id perfecerit: sed hoc tantum proponi, prius testamentum non rumpi, quod & procedit in casu hujus l. Ceterum fisco locum esse, hoc ego nego, non admitto: nam considerandum in *d. §. ult.* esse scriptum, prius testamentum in eo casu non rumpi, & hoc cautum esse oratione D. Pertinacis: ergo & Senatusconsulto: nam omnem orationem Principis sequebatur Senatusconsultum: habebatur enim oratio in Senatu a Principe, vel a quæstore nomine Principis. Quamobrem in jure sæpe idem modo dicitur factum oratione Principis, vel libello, vel epistola, modo Senatusconsulto. Supervacuum autem fuit Senatusconsultum, & oratio illa, si hoc tantum cavit, posteriore testamento imperfecto non rumpi prius perfectum, quoniam hoc erat certissimum & vetustissimum exceptis casibus quibusdam. Itaque non hoc tantum voluit Senatus, prius testamentum non rumpi, sed fisco locum non esse, quasi herede scripto in priori testamento indigno, aut non habente supremam voluntatem. Idque omnino demonstrat Jul. Capitol. in *Pertinace*. *Legem tulit, ut priora testamenta non prius irrita essent, quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Et sane cum in eo *§. pen.* similia faciat hæc duo, si mortalitate præventus non perfecerit testamentum, & si ob id non perfecerit, quod eum hujus rei pœnituerit, & constet hoc casu posteriore, si pœnituerit, fiscum excludi, quia heres priore scriptus habet supremam voluntatem, consequens est, & priore

casu

casu fiscum excludi, si posterius testamentum non per-
fecerit morte præventus, licet prior heres non habeat
supremam voluntatem: sed melius est, ut eum habere
dicas supremam voluntatem, cum alia non sit perfecta,
l. ex parte, de adim. leg. At in casu hujus l. posterius te-
stamentum fuit perfectum, id est, peractum, nec defue-
re ulla solemnia juris. Incapacitate tantum heredis in-
stituti rumpitur testamentum, & perit perfecta volun-
tas suprema, quamvis effectu careat: tacite priorem
heredem indignum esse pronuntiat, modo conjecturæ
voluntatis suffragentur, & in alio casu quem attigimus,
l. si scripto, hoc tit. heres, qui volentem mutare testamen-
tum prohibuit, quamvis videatur habere supremam vo-
luntatem, cum alia non sit subsequuta voluntas, id est,
aliud testamentum: tamen ut indignus repellitur pro-
pter dolum malum. Et similiter in casu *l. hereditas, de
his quæ ut indig.* heres testamento scriptus pro indigno
habetur, si testator dixerit palam, eum esse indignum &
de se male meritum, nec tamen fecerit aliud testamen-
tum: nam quid est evidentius? Ergo invitatur fiscus. Et
idem etiam statuemus, si non facto testamento alio, he-
redis scripti nomen induxerit, deleverit; & ideo ex de-
creto D. Marci, quod enarratur plenius in *l. pen. de his,
quæ in testam. del.* hic heres habetur pro indigno, nec vi-
detur habere supremam voluntatem defuncti: & ideo
fiscus ad hereditatem vocatur. Alter casus, si consulto
testator nomen heredis induxerit, indignus erit heres:
plus est inducere nomen heredis, quam dicere, nolle si-
bi heredem esse: nam si aliquanto post factum testamen-
tum dixerit, nolle sibi heredem esse, heres pro indigno
non habetur, nisi addiderit elogium, *§. pen. qui. mod. test.
inf. l. 1. C. quib. ut indig.* sed si induxerit nomen heredis,
pro indigno habetur; plus est facere, quam dicere, &
voluntate factum est evidentius. Et ita refertur in hac
l. 12. & l. 6. eod. tit. & l. pen. de his, quæ in testam. del. Ita
judicasse D. Marcum, ad heredem, cujus nomen testa-
tor consulto induxit hereditatem pertinere non videri,
d. l. pen. ut veteres pronuntiare solebant ita, *esse videri*,
aut ita, *non esse videri*, & Imperator etiam modeste pro-
nuntiavit in *d. l. pen.* existimans testatorem ea sola ir-
rita esse voluisse, quæ induxit. Et testes olim in testi-
monio dicebant, arbitrari, se scire. Est autem valde no-
tanda *d. l. pen.* quia in ea referuntur acta hac de re ha-
bita apud D. Anton. Marcum. Ex quo intelligitur acta
confici solita breviter, simpliciter, monendi causa, non
ut fit hodie longa & supervacua oratione. Referuntur
in actis paucissimis verbis, quæ advocati litigatorum
dixerunt apud Imperatorem: & his omnibus auditis re-
movisse eos Imperatores omnes, & ea de re deliberas-
se cum assessoribus, id est, Jurisconsultis, ac rursus eos
admitti jussisse, ac apud eos hanc sententiam tulisse.
Et cum Imperator ita pronuntiasset, hereditatem ad he-
redem scriptum pervenire non videri, cujus nomen te-
stator induxerat, advocatus fisci remisit ad præfectos
ærarii, ut hic proponitur, ut scil. advocati fisci apud
eos hereditatem persequerentur, & peterent, quasi ad-
dictam fisco sententia Imperatoris, qui heredem bonis
indignum pronuntiavit secutus judicium defuncti. Præ-
fecti ærarii erant judices rerum fiscalium, *l. ait D. A-
drianus, ff. de jure fisci.* In provinciis procuratores Cæsa-
ris, *l. cum hi, §. trans. de transact.* Duos ergo ex hac *l. 12.*
habemus casus, quibus fiscus heredi scripto hereditatem
aufert quasi indigno. Primus hic est, quem exposuimus
supra; si post factum prius testamentum posterius fece-
rit, in quo capacem instituerit: quo casu superius te-
stamentum non rumpitur. Alter est, si nomina here-
dum induxerit & cancellaverit, & hi jam casus satis
sunt expositi. Sed superest hæc quæstio: an fisco eripien-
te hereditatem heredi scripto, debeantur legata, an debean-
tur fideicommissa, an libertates? an his casibus caduca sit
hereditas cum onere? an præstabit fiscus legata relicta ab
herede indigno, cui hereditatem obtulit? Et posteriore
casu idem Imper. decrevit fiscum debere legata, ergo
& fideicommissa, & libertates multo magis. Quod con-

A firmat lex 16. §. *ult. hoc tit. & l. 2. & 3. de his, quæ in te-
stam. del. & l. cetera, C. de his quib. ut ind.* Hoc igitur po-
steriore casu ex decreto Marci, legata, quæ non indu-
xit testator, & alia manent, & fiscus a legatariis conve-
niri potest. Idem statuemus in priore casu, si aliud te-
stamentum fecerit, in quo scripserit heredem incapacem:
nam illo priore casu mutavit testamentum odio here-
dis. Plectuntur igitur soli heredes, non legatarii. Nam
si ei tantum legatarii odio fuissent, id facile potuisset
explere, non mutato testamento, ut puta adempto le-
gato in codicil. vel etiam quacumque nuda voluntate,
l. 3. §. ult. de adim. leg. & l. militis, §. pen. de mili. testam.
Ergo utroque casu hujus legis caduca fit hereditas, id
est, eripitur indigno cum onere legatorum, aut fidei-
commissariorum, aut libertatum. Et generaliter adver-
tendum est, hodie quacumque ex causa caduca fieri cum
onere, *l. 3. §. cum ex causa, & l. dicitur, de jure fisci, l. Imper.
§. pen. de fideicomm. l. libert. l. in factum, §. pen. de condit. & de-
monst.* Restat adhuc ea quæstio, an etiam fiscus debeat
præstare prælegata, sive præceptiones relictas heredi in-
digno? Præceptiones sunt, quæ heredi præter portionem
hereditatis præcipuo titulo dantur, *l. 2. de instr. vel inst.
leg.* Ideoque non relinquitur prælegatum, sive præceptio
heredi ex asse, sed heredi ex parte scripto, ut scil. lega-
tum illud præcipiat in primis, deinde reliquum dividat
cum coherede. Finge igitur: heredi indigno, cui here-
ditatem fiscus abstulit, idem testator prælegatum reli-
querat; ceteris fiscus præstat legata sua, an & heredi
indigno prælegatum? dices igitur, etiam prælegatum
cadere in fiscum sicut hereditas. Quin quæro an præ-
C legatum præstet fiscus? Cui quæstioni ut respondeatur,
sciendum prius est, quæ sit natura prælegati. Finge: duo
sunt heredes, uni prælegavit fundum, an valet legatum?
non valet nisi pro parte coheredis: nam pro altera par-
te, quam ille habet & legatarius habet in fundo, inu-
tile est legatum. Igitur pro sua parte capit fundum ju-
re hereditario, quia est heres, non jure legati: nam he-
redi a semetipso non potest legari. Ergo pro sua parte
fundum capiet jure hereditario, pro parte coheredis, ju-
re legati. Jure ergo duplici, & partem quam capit jure
hereditario imputabit in quartam, si intervenerit Fal-
cidia, partem quam habuit jure legati a coherede, non
imputabit, *l. in quart. ad Falcid. & l. filium quem, C. fam.
ercisc.* In summa prælegati pars capitur jure heredita-
rio, pars jure legati; videtur ergo pars ea quam capit
D jure hereditario, esse caduca: illa autem altera, quæ ca-
pitur jure legati, non videtur esse caduca, quia heredi-
tatis tantum indignus est, non legati, sed tamen etiam
integrum fundum fiscus capiet, sicut heres caperet, si
non esset indignus, quia fiscus omnino obtinet locum
heredis scripti, ut inferius dilucidius demonstrabitur.
Ergo fisco ut heredi scriptum est præstandus integer fun-
dus. Sed quæro, an fiscus hunc fundum debeat heredi
indigno restituere, an ut ceteris præstat legata, præstet
etiam prælegatum heredi indigno? Et Papinianus ait,
esse voluntatis quæstionem, totam facere voluntatem
defuncti, *cela gist en preuve*: videndum est, quid volue-
rit, quid senserit, sed in dubio etiam prælegatum præ-
stabit heredi indigno, quamquam pars hereditaria vi-
deatur esse caduca tantum, & hanc partem, & alteram
E præstabit, id est, integrum legatum, nisi aliud probetur
testatorem voluisse. Confertur ergo integrum prælega-
tum heredi indigno, & præstabitur a fisco omissa here-
ditate ab herede, cui quid prælegatum est, tunc capit
prælegatum integrum, & jus legati omne, quia jam non
est heres, sed est ex integro fundo legatarius, quod
ostenditur in *l. qui filium, §. ult. & seq. l. quæsitum, §. domi-
ni, de leg. 1. l. cum resp. C. de leg.* Idem etiam dicemus erepta
hereditate heredi quasi indigno, cui quid prælegatum
erat: nam capiet integrum legatum *l. eum qui, §. ult. hoc
tit.* Non sane omne jure legati, quia heres manet ipso jure,
cui hereditas aufertur ipso jure, ut indigno, *l. ex facto, §.
ult. de vulg. substit.* Sed interpretatione coercetur, &
constringitur jus fiscale, ut scilicet fiscus præstet inte-

grum prælegatum, ac si is qui præripuit hereditatem, heres esse desiisset. Adnotandum alias indigno etiam eripi prælegatum, in hac causa non eripi: quia præsumitur testator prælegatum præstari voluisse, quod non induxit: At in casu *l. si sequens. §. ult. de Senatus. Syllan.* si heredi auferatur hereditas ut indigno, quod ultus non sit necem defuncti, an præstabitur prælegatum? minime. Et ita extra eam causam heredum indignorum evenit sæpe; ut qui summovetur ab hereditate, submoveatur etiam a prælegato, ut videtur commodissime ob hoc posse huic legi 12. conjungi *l. 70. de cond. & demonst.* quæ est ex eodem libro Papin. in qua ponitur casus, quo qui submovetur ab hereditate, etiam a prælegato submovetur.

Ad L. LXX. de Condit. & demonst.

Duos mater filios sub conditione emancipationis ex partibus heredes instituit, eisque plurium rerum præceptiones pure dedit: hereditatem adierunt: patrem a legatorum commodo illa quoque ratio debet summovere, quod emancipando filios obsecutus voluntati, supremum judicium uxoris suæ custodiri voluit.

CAsus hic est: mater duos filios heredes scripsit ex partibus sub conditione, *si emanciparentur a patre*: heredes igitur scripsit sub conditione, & eis prælegavit res plures pure; pater filios emancipavit, & ita existente conditione hereditatem adierunt, & eam sibi acquisierunt non patri. Quæritur, *an sibi acquirant prælegatum non patri*? Dubitatur, quia die prælegati cedente erant in potestate patris: ergo legatum pertinet ad patrem, quia in legatis tempus cessionis observatur, & dies legati cessit statim a morte matris: filiis nondum emancipatis hereditas non cedit, antequam adeatur, *l. miles, §. ult. de leg.* 2. Verum placet patrem submoveri etiam a prælegato relicto filiis, quia ut ait Papinianus emancipando filios, ut voluerat mater, obsecutus voluntati matris supremum ejus judicium custodire voluit, & qua ratione submovetur ab hereditate, eadem submovendus est etiam a prælegato, ne emancipando filios partim videretur probasse judicium matris, partim improbasse. Et observandum est, male Accursium scribere, patrem submoveri a prælegato, quod in prælegato videatur repetita conditio emancipationis. Hoc enim est falsum: nam pure prælegavit, & non pure videretur prælegasse, si repetiisset conditionem emancipationis, & abutitur *l. avia hoc tit.* in cujus specie conditio adscripta in institutione, videtur repetita in prælegato: sed hoc ideo, quia ita prælegavit mater: *hoc amplius, quod eum heredem scripsi, ei do, lego*: quæ verba, *hoc amplius*, continent manifestam repetitionem, & ob id repetita conditio intelligitur: sed in specie hujus l. ejus nulla est nota repetitionis in prælegato. Cur igitur a prælegato submovetur pater? quia supremum judicium matris omnino constitisse intelligitur. Et male objicit etiam *l. heres statuliberum, hoc tit.* nam est diversa species: servum liberum esse jussi, & ei legavi sub eadem conditione, *si navis ex Asia venerit tibi do, lego*: heres servum ultro manumisit antequam existeret conditio, an ei præstabit statim legatum non exspectata conditione? minime. In illa specie non exstitit conditio libertatis, neque legati: in specie legis 70. exstitit conditio institutionis.

Unum restat: ad *l.* 12. diximus inducto nomine heredis fisco locum esse. Obstat valde *l. 2. §. pen. si tab. test. & l. ult. de his, quæ in testam,* quibus locis proponitur apertissime, inducto nomine heredis, ad hereditatem venire legitimos ab intestato: non venire igitur fiscum. Videtur quidem prima specie res esse difficilis, sed expedietur adhibita distinctione. Aut testator induxit omnem scripturam testamenti, & confregit tabulas, qui est casus superiorum legum, quo casu sane videtur intestatus decedere voluisse: ergo venient legitimi sine onere ullo. Aut induxit tantum nomen heredum, vel unius tantum. Et hoc casu in locum illius, cujus nomen testator induxit, fiscus vocatur cum onere, quia testator videtur odio heredis nomen ejus induxisse. Atque ita in locum heredis illius fiscus veniet, & perinde habebitur, atque si ipse fiscus heres esset scriptus, adeo ut scripto prælegata relicta, & fisco sint præstanda. Denique fiscus est loco heredis scripti, ut videatur defunctus, etiamsi omnium nomina induxerit, testatus esse, fiscum habere pro scripto, alioquin interciderent legata, quæ omnia fiscus præstat. Ad summam, si totum testamentum deleverit, intestatus est, si nomina sola heredum induxerit, testatus est. Etiam illud est notatu dignum, legatarios admitti, & a fisco legatum petere actione ex testamento, substitutos vel coheredes non admitti. Finge: induxit nomen unius heredis, cui dederat substitutum: vel cui adjecerat coheredes: non induxit nomen substituti, neque coheredum. Quæritur, *an summoto eo, cujus nomen induxit substitutus veniat*? Et placet non venire, nec coheredem jure accrescendi; jus fisci est potius hoc casu jure substitutionis, & jure accrescendi: eripitur enim heredibus pœnæ causa. Pœna autem unius non debet esse præmium alterius; pœna igitur indigni, id est, exceptio hereditatis, non proderit substituto, *l. si sequens, de S C. Syllan.* Et verba substitutionis, si heres non erit, sic intelliguntur, si omiserit hereditatem, neque ei eripiatur, *l. 2. de his, quæ in test. del.* ait: *si instituti nomen induxerit, substituti non induxit, institutus emolumentum hereditatis non consequitur*: oportet pro *institutus*, reponere, *substitutus*. Ea etiam lex vult separari legatarium a substituto, & ex ea causa erepta hereditate heredi, ostendere, legatarium admitti, substitutum vero non admitti. Addendum est aliquid, *l. duos, de condit. & demonst.* non enim mihi videor satis eam enodasse, & rationem ejus quod est maximi momenti explicasse. Mater duos filios heredes instituit sub conditione, *si emanciparentur a patre*, & eis prælegata dedit: non sub conditione, sed pure: prælegatorum jus hoc est, ut heres prælegatum pro sua parte capiat jure hereditario, pro parte coheredis jure legati, (*ce n'est qu'un demy-legat*) pars prælegati est hereditaria, alia pars legati jure obvenit. Et inde hæc differentia, quod pars hereditaria imputatur in Falcidiam, pars altera, quæ capitur jure legati non imputabitur. Et inde est alia differentia, quod pars hereditaria venit in restitutionem fideicommissi, si heres rogatus sit portionem suam restituere, pars altera non venit, ut si coactus adierit hereditatem, vel si militis testamentum fuerit, *l. in fid. §. ult. ad Treb. l. cum virum, C. de fideicomm.* Duplex igitur est in prælegato jus, hoc meminisse oportet. Redeamus ad speciem. Mater duos filios heredes instituit sub conditione emancipationis, & eis quædam pure prælegavit post mortem matris, pater filios emancipavit, atque ita filii adierunt hereditatem injussu patris, eam igitur sibi acquisierunt: quia jam exierant potestate patris. Et hoc est certissimum, sed legata, an adquirentur patri? Videtur prælegatum pertinere ad patrem, quia dies prælegati cessit ante emancipationem, cum erant in potestate patris, hoc est, statim a morte matris, *l. miles, §. ult. de leg.* 2. & in legatis spectamus tempus cessionis. Verum Papinianus ait patrem repelli non tantum hereditate, sed etiam a prælegatis, una eademque ratione, quia emancipando supremum judicium uxoris sequi voluit. Quomodo? nam dies prælegati dicitur statim cedere, ex *d. l. miles*: sed non cedit ante aditionem hereditatis, nisi pro parte coheredis, id est, fratris, & ex parte coheredis, qui & ipse est filius, pater nihil capere potest: ergo ut ab hereditate, ita & a prælegato summovetur pater: nam non potest capere ex legato unius filii, quin capiat ex hereditate alterius. Nihil autem ex hereditate capere potest, qui emancipavit, & obsequutus est voluntati uxoris: ergo nec ullum prælegatum capere potest, & ipsos emancipando exclusit se ab utroque. Qua ergo ratione repellitur ab hereditate, eadem repellitur a legato. Nec est quærenda alia ratio: nihil autem opus est adminiculo Accursii, quod addit in *l. avia*, qua utitur Accursius, adscripsit notam repetitionis: nam herede scripto sub conditione adjecit, *hoc amplius, quod heredem scri-*

psi

psi eum, do, lego, quæ nota repetitionis non est in hac lege: Sed quærere quis posset, cur conditio emancipationis non intelligatur repetita in prælegato, cum ex *l. cum proponebatur, de legat.* 2. mutuam substitutionem factam didicerimus inter plures heredes videri repetitam in fideicommisso. Et rursus in *l. quoties, ad Treb.* partes adscriptas in institutione videri repetitas in fideicommisso. Quod obtinet etiam in directa institutione. Argumentum quod ex his locis ducitur, laborat vitio reciproci: nam ita respondere licet, in prælegato non videtur repetita conditio: igitur relictum est pure, ut ponit, hoc est, præsenti die, & similiter substitutio mutuo facta in institutione, non intelligetur repetita, si ostendat se nolle in eo fideicommisso, ut invicem substituti essent. Denique partes adscriptæ in institutione, non videntur repetitæ in fideicommisso, nisi in fideicommisso sint adscriptæ aliæ partes. Par ergo jus est in omnibus his casibus, si pares eos feceris: nam impares nunquam coæquaveris. Et hoc est, quod addere volui.

Ad L. IV. ad L. Falcid.

Fundo legato mihi sub conditione, pendente legati conditione, heres me heredem instituit, ac postea legati conditio exstitit: in Falcidiæ ratione fundus non jure hereditario, sed legati, meus esse intelligitur.

SCiendum est, in quartam Falcidiam, quæ detrahitur ex legatis vel fideicommissis singularum rerum, imputari tantum ea, quæ capiuntur jure hereditario, non ea, quæ capiuntur jure legati, vel fideicommissi, vel mortis causa capionis, vel quo alio jure, *l. in quartam, hoc tit.* Quod obtinet etiam in ea Falcidia, quæ detrahitur ex fideicommissaria hereditate ex Senatusc. Pegasiano vel Trebell. *l. filium, C. fam. ercisc. l. in ratione* 30. *§. tametsi, hoc tit.* Species legis hæc est: testator fundum mihi legavit sub conditione: pendente conditione fundus est heredis, sicut statuliber, hoc est, cui sub conditione est data libertas, interim est servus heredis, *l. 12. famil. ercis.* Ideoque si pendente conditione is heres me instituerit heredem, fundus ad me pertinet jure hereditario, quia tum heredis fuit. At finge: postea exstitit conditio legati, nunc videtur esse meus jure legati; quia etsi ad me pervenerit primum jure hereditario, tamen ea causa non perseveravit, & antiquior causa fuit legati. Denique nunc est meus ex causa legati, ergo non imputabo eum in Falcidiam, quia ei imputantur tantum, quæ jure hereditario capiuntur: non potest fundus esse meus ex utraque causa, sed ex una tantum esse potest, & potius ex jure legati; atque ita quodammodo mutatur causa possessionis & dominii: non possum mihi causam dominii mutare: res ipsa mihi potest mutare, *l. non solum, §. quod vulgo, de usucap.* Et similis ratio refertur ex eodem libro Papin. ab Ulpiano in *l. 1. §. sed si mater, ad Tertull.* Species est: filii succedunt matri ad intestato, & præferuntur agnatis matris ex Senatusconsul. Orfit. Ex testamento autem, id est si mater fecerit testamentum præteriti filii agunt querela. Finge: mater duos habet filios, unum prætermittit, alterum instituit: prætermissus queritur de inofficioso. Nunc rursus finge: mater, quæ habebat plures filios unum tantum heredem instituit sub conditione, filios ceteros prætermisit, institutus petiit bonorum possessionem secundum tabulas: nam datur pendente conditione, *l. 2. de bon. possess. secun. tab.* Postea defecit conditio: mutabitur causa possessionis, & qui erat institutus cum ceteris fratribus præteritis, succedet matri, & bonorum possessio secundum tabulas convertetur in bonorum possessionem contra tabulas. Restat quod objicit Accursius, *l. cui res, de act. empt.* Res mihi legata est sub conditione, ego interim illa emi ab herede imprudens & accepi, & pretium solvi: colligit Accurs. eam rem esse meam ex causa emptionis, non legati. Verum non hoc vult *l. cui res*, rem meam esse ex causa emptionis, si postea exstiterit conditio legati, sed hoc tantum ait, me actione ex empto, ut pretium, quod solvi, recipiam, agere adversus heredem posse, quia quandiu mihi pretium abest, non habeo ex causa legati, quæ est lucrativa, & ex qua legati causa ea res ad me pertinet. Nam & rem meam non traditam possum petere ex testamento, *l. hujusmodi, §. qui servum, de legat.* 1. Et quæ traditæ mihi, est res ex causa emptionis, videtur mihi evinci existente conditione legati, ac proinde sicut re evicta ago ex empto, ita existente conditione legati ago ex empto, ad pretium recipiendum, ut res apud me resideat jure legati.

Ad L. Divus Adrianus. XIII. de Castr. peculio.

D. Adrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat, filium extitisse heredem, & ab eo servos hereditarios manumissos, proprios ejus libertos fieri.

QUæstio legis est de quibusdam rebus, an sint hæ adnumerandæ castrensi peculio. In eo numeratur, quod filio agenti in militia datur, *l. 11. hoc tit.* Quod a commilitonibus quoque datum est, vel ab his, quos filius cognovit propter militiam, *l. 5. hoc tit.* quod inquam, ei attulit militia; Quæro, *an in castrensi peculio computetur, quod uxor donavit filiofamilias in castris, vel legati, vel institutionis jure.* Et in hac *l.* & *in l. dote, eod.* proponitur rescriptum, quo Adrianus ait, filiumfamilias militantem heredem institutum ab uxore, hereditatem imputaturum in castrense peculium, & servos hereditarios manumissos, castrenses libertos fore, pleno jure: quod pugnat cum *l. 6.* & 8. *hoc tit.* quibus ostenditur, servum, quem uxor filiofamilias marito suo militanti donavit, ut eum manumitteret, si manumittatur, non fieri libertum filiifamilias: ergo non computari in castrensi peculio, & *l.* 8. id quod donatur vel legatur ab uxore, vel cognatis filiofamilias militanti, non est in peculio castrensi, etiamsi id adjectum sit nominatim, ut esset in peculio: non potest quis facere, ut sit quid in peculio castrensi, quod esse alioqui non potest. Agenti in militia, aut eunti in militiam, quodcunque donatur a quocunque, id omne est in peculio castrensi, ut arma, equi, mancipia, *l. 6. §. ult. hoc tit. l. 1. C. de castr. pecul. milit. Paulus 3. sent. tit. de testam.* Castrense peculium est, quod in militia acquiritur, vel proficiscenti ad militiam datur, sed si jam agenti in militia donet parens, vel uxor, vel cognatus, sine dubio non est in peculio castrensi, quia id extorsit ratio sanguinis potius, quam militiæ, *l. dotem, §. ult. hoc tit.* Donasset etiam pagano: sed si donavit aliquid, ut eo se tueatur in militia, ut aptior esset ad militiam, vel ornatior, alioqui non donaturus, sane imputatur in peculium, & ita accipienda est lex. Dos data filiof. militanti nunquam imputatur in peculium, quia dos nunquam datur ratione militiæ, sed propter onera matrimonii, & communes liberos. Itaque dos ab uxore data filiofa. militanti, nunquam est in castrensi peculio: hereditas ei data esse potest in peculio, quam non erat datura pagano.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XVII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXIII. De Usufr.

Si Titio fructus, Mævio proprietas legata sit, & vivo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur. Et id Neratius quoque respondit.

EX lib. 17. quæstionum Papiniani prima quæstio, quæ datur, aut potius duæ, quæ dantur, sunt in *l. si Titio 33. de usufr.* Et ad primam quæstionem fac speciem hoc modo: testator ab

herede scripto, Titio usumf. fundi legavit, Mævio pro- A prietatem ejusdem fundi, ita ut plane declararet, nihil vel se ex eo fundo quicquam apud heredem residere, quandoquidem uni usumfructum, alteri proprietatem legavit. Titius, cui legaverat usumfructum, mortuus est vivo testatore, antequam inciperet fructuarius esse; post mortuus est testator, videtur legatum ususfructus esse in causa caduci: nam in causa caduci sunt legata, quæ deficiunt vivo testatore, puta præmortuo legatario, *l. un. §. & cum triplici, C. de cad. toll.* Denique legatum ususfruct. Titio relicti, videtur esse in causa caduci, quia præmortuus est Titius, & proinde videtur pervenire ad fiscum ex *l.* Julia & Papia, sed eo nos absolvemus confestim. Hæ leges caducariæ non habent locum in usufructu legato, quod demonstrat hæc lex nostra, & lex *9. de usuf. leg.* Cur non habent locum leges caducariæ, B leges fisci in legato usufructu? quia scil. si ex causa caduci ususfructus caderet in fiscum, nunquam rediret ad proprietatem, nunquam consolidaretur, inanis esset proprietas, quia fiscus nunquam moritur, nunquam capite minuitur, quibus potissimum modis ususf. finitur, & ut habent Institutiones juris, ne in universum proprietas inutilis esset semper abscedente usufructu, placuit certis modis usumfructum exstingui, & ad proprietatem reverti. Præcipui modi hi sunt, mors & capitis deminutio. Et hac ratione leges caducariæ fisco vindicabant bona, hoc est, proprietatem, non usumfructum, alioqui cum usufr. sensim sibi fiscus bona vindicaret quasi vacantia, quæ nemo vellet. Quid enim est proprietas sine fructu, vel spe fructus? Ergo in specie proposita sicut constat fisco locum non esse, quamvis is casus ex- C stiterit, quo legata fiunt in causa caduci, puta, quia legatarius decesserit vivo testatore, & sic etiam non quæritur hoc loco, an ususfr. pertineat ad fiscum, sed lis est inter Mævium, cui ejusdem fundi legata est proprietas, & heredem scriptum, uterque sibi vindicat usumfructum. Sed hac ratione, quia legata, quæ deficiunt, vel vivo testatore, vel post mortem testatoris, si non cadant in fiscum, vel si non adcrescant legatario, vel si non obveniant substituto, ea sola debent remanere apud heredem, *l. id autem, infr. ad l. Falcid.* Legatum hic ususfructus vacat, aut vacare videtur: nam deest fiscus vel collegatarius, vel substitutus, qui in id succedat. Mævius, cui legata est proprietas, non est collegatarius, non est substitutus in usufr. Ergo ususfructus apud heredem remanere debet. Contra Mævius ait, ad D se pertinere, quia ususfructus deficiens solet ad proprietatem reverti, suam autem esse proprietatem sibi legatam. Et sane, si ususf. cœpisset in persona Titii, post mortuo Titio recurreret ad proprietarium, id est, pertineret ad Mævium, & hoc est certissimum: sed in hac lege est jus singulare, quod in hac specie, etiamsi ususfructus non cœperit in persona Titii, qui mortuus est vivo testatore, tamen pertineat ad proprietarium, hoc est, Mævium. Et hæc est ratio, quia evidens est, testatorem noluisse usumfructum venire ad heredem scriptum, quæ ratio proponitur in *l. 4. infr. si ususfr. pet.* Nam hoc judicio, ut initio dixi, quid egit aliud, quam ut ex eo fundo nihil quicquam perveniret ad heredem scriptum? & voluntati defuncti consequens est, ut ususfructus is qui deficit vivo testatore, ut legatum ususfr. pertineat E ad Mævium, cui proprietas legata est, non ad heredem scriptum.

Ad §. Usumfructum.

Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit. Unde si fundi vel fructus portio petatur, & absolutione secuta, postea pars altera, quæ accrevit, vindicetur, in lite quidem proprietatis judicatæ rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Julianus: quoniam portio secundi, velut alluvio portioni, personæ fructus adcresceret.

SEcunda quæstio *l. si Titio, de usufr.* non est principalis quæstio, sed ut mihi quidem videtur, appendicula ejus quæstionis, quæ ex eodem Papin. libro exponitur in *l. Mævius, §. fundo, de legat. 2.* Quod apparebit, si constituamus primum id, quod est in *l. 4. h. t.* usumfructum multis casib. partem dominii esse; deinde id, quod est hoc loco, usumfr. in quibusdam casib. partem dominii non esse. In his duobus explicandis consumemus omnem operam. Mirum est quod ait *l. 4.* usumf. in multis casibus partem dominii esse. Nihil refert dixeris, partem dominii esse, an partem fundi, partem hominis, partem rei cujuscunque. Nam & fundi vel hominis, vel rei cujuslibet nomine dominium significatur, ut qui exempli gratia, fundum legat, aut promittit. Quis vero non videt, usumfructum non esse partem hominis, non partem rei, non partem fundi? Est enim potius pars vel species servitutis, ut ait *l. recte, de verb. signif.* est servitus potius, quam fundus, vel quælibet alia res, per B quam fundus servit homini, ut ex ea omne emolumentum capere possit. Servitus est qualitas; qualitas autem non est pars rei, ergo ususf. non est pars rei. Pars fundi est locus, *l. locus, de verb. sign.* ususfr. non est locus fundi, ergo non est pars fundi. Dominium perficit sola proprietas, *l. si procurator, de acq. rer. dom.* Ususfr. igitur non est pars dominii vel fundi. Et hoc est, quod ait Pap. *d. l. Mævius, §. fundo,* usumf. in jure consistere, non in parte, id est, usumf. esse jus, quod homo habet in fundo, non partem fundi. Et hoc nihil est certius. Ergo quod ait *l. 4.* ususf. in multis casib. pars dominii est: usumfr. partem dominii esse, id est, similem esse parti dominii, & *l. qui usumfr. de verb. obl.* instar habere partis, ut ait *l. cum suis, §. dominus, de leg. 2.* effectum habere partis dominii, ut e contra hoc loco Papin. ait, in quibusdam casibus, eum non habere effectum partis, idem C est instar & effectus. Instar enim ex solo effectu dignoscitur, denique usumf. partem esse dominii seu fundi, non pro servitute in multis casibus, quamquam revera sit servitus, non pars rei: in multis casibus, inquit, ex his casibus aliquos enumeremus. Primus casus: reo in fundum obligato recte accipitur fidejussor in usumf. *l. si reo, de fidejuss. inf.* quia fidejussor recte accipitur in partem, *l. 10. eod. tit.* & ususfr. obtinet instar partis, & ususf. pro parte habetur, ergo recte in usumfructum fidejussor accipitur, nec videtur accipi in aliam rem, sed in partem, quam debet reus. Cur vero ususfr. habetur pro parte? quia ut est in *d. §.* jus est fundi: ea verba non ita sunt accipienda: ergo est servitus fundi, quia revera ususfr. non est servitus fundi, sed hominis vel personæ, *l. 1. l. quoties, de servit.* est jus in fundo, non servitus fundi. Ac præterea reo obligato in D fundum, non recte acciperetur fidejussor in servitutem fundi, puta in iter, vel actum, quia in aliam rem acciperetur, quam in eam, quæ in principalem obligationem deducta est. Non potest autem in aliam rem accipi utiliter, & est servitus fundi, nec est fundus, id est, neque est totum, neque pars fundi: alia res igitur. Quid est ergo, quod ait, *quia ususfr. est jus fundi?* Id nimirum, quod ait Papin. in *d. §.* quia omne emolumentum fundi continet, *omne jus*, id est, omne emolumentum: non immerito igitur pro parte habetur fundi, id cui inest emolumentum fundi totum. Idemque de eo non immerito censetur, quod de parte fundi. Jus fundi est bonitas, salubritas, amplitudo, *l. quid aliud, de verb. sign.* Et multo magis emolumentum fundi, quod est fructus, quem fert: & ita sæpe in jure emolumentum accipitur pro fructibus, frugibus, E annonis, *l. dominus, h. tit. & d. §. ejus, l. cum filius, §. dominus, de legat. 2. l. cum Imperator, in fi. ad Trebell. l. ult. in fin. si cui plus quam per l. Fal.* Sequitur alius casus, quo etiam ususfruct. pars rei est, hoc est, partis instar obtinet: si stipuler totum, deinde partem non novandi causa, posteriori stipulatione nihil ago, quia sufficit prior, ut si stipuler decem, deinde quinque, vel si stipuler actum, qui non potest esse sine itinere, *l. in fine, de adim. leg.* deinde stipuler iter, frustra stipulor; vel si stipuler usumfructum, deinde usum, nihil ago, nihil proficio; sed contra si stipuler partem, deinde totum, posterior stipulatio utilis est, quia & pinguior est, & plenior, ut si stipuler quinque, deinde decem: si iter, deinde actum; si usum, deinde usumfr. *l. qui usumf. de verb. obl. l. si pupillus, §. ult. de novat.* Secundum

dum hæc, ſi prius ſtipuler fundum, deinde uſumfr. poſterior ſtipulatio inutilis eſt, quia uſusfr. pars eſt fundi, quæ eſt in toto, quod primum ſtipulatus ſum. Et e contrario propter eandem rationem, ſi ſtipuler uſumfr. deinde fundum, utilis ſtipulatio eſt, quæ eſt ſententia *d.l. qui uſumfr.* Nec ſervitutis prædii eadem ratio eſt, quia etſi ſtipuler fundum, deinde iter ad eum fundum, utilis ſtipulatio eſt, quia aliud quiddam proprium ſtipulor, non partem fundi: nunquam iter, via, actus, vel quæ alia ſervitus fundi, habetur pro parte fundi. Itemque utilis eſſet ſtipulatio, ſi ſtipularer iter ad fundum, qui nondum erat meus, deinde fundum; nam & fundo meo futuro ſervitus conſtitui poteſt, *l. Labeo, de ſervit. ruſt. præd.* Sed tranſeamus ad alium caſum, quo etiam uſusfr. habeatur pro portione dominii: ſi petiero fundum, & non obtinuero, deinde non poſſum petere partem, quia in toto pars eſt: qui toto cecidit, & parte cecidit, aut mihi petenti partem, obſtabit exceptio rei judicatæ, *l.7. in pr. de except. rei jud.* Ergo non poſſum petere deinde uſumfr. quia uſusfr. pro parte eſt, *l. ſi cum argentum, §. ſi fundum, eod.* Et ſimiliter, ſi pactus ſum de non petendo fundo, qui mihi debebatur, me non petiturum fundum, ſi cavero, nec uſumfr. petere poſſum, aut petenti obſtabit mihi exceptio pacti conventi, *l. ſi unus, §. item ſi, de pact.* Sed etſi petiero fundum, nec obtinuero, deinde fundo pars accreverit quædam, nec partem adcreſcentem petere poſſum, quæ adcrevit poſt rem judicatam, quia ejus eum non eſſe fundum judicatum eſt, & partem adcreſcentem ejus non eſſe, judicatum eſt. Ergo nec uſusf. ei acquiretur, qui proprietati accreſcit mortuo uſufructuario, aut capite minuto. Sed addamus alium caſum: fundo legato, ſi is fundus debuerit ſervitutem heredi ſcripto, heres eum ea ſervitute liberum præſtare non debet, præſtabit fundum, & ſibi retinebit ſervitutem: ſed ſi ejus fundi uſusfr. ſit heredis ſcripti, uſumfr. ſibi retinere non poteſt, quia partis inſtar obtinet, cum continet omne emolumentum rei, *l. 26. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2.* Idemque erit, ſi fundus legatus alii debuerit ſervitutem, non heredi ſcripto: Nam heres fundum præſtabit, qualis eſt, nec cogetur liberare ſervitute: ſed ſi fundi uſusf. alienus ſit, debet eum liberare uſufr. atque ita uſumfr. præſtare, non proprietatem nudam. Et hoc ita Papin. hoc ipſo libro docuit, *d. l. nullus §. 2. & l. 2.* Atque ita oſtendit, hoc caſu eſſe partem fundi uſumf. & non præſtare fundum totum eum, qui detrahit uſumfructum. Et hoc cum docuiſſet in *d. §. fundo*, puto eum ſubjeciſſe, quod eſt hoc loco, non tamen in omnibus caſib. uſumfructum partis effectum obtinere, in quibuſdam non obtinere, ut hoc loco ait, partis ſc. fundi, vel partis dominii, quod idem eſt, hoc loco & *d. §.* dum ait ſimpliciter *partis*, Baſil. habent, *partis dominii*, οὐκ ἔοικεν ἡ χρῆσις μέρει τῆς δεσποτείας, *non eſt ſimilis uſusfructus parti dominii.* Unum vero hoc loco Papin. caſum affert, quo uſusf. non imitatur partem dominii, ſeu fundi, ſeu rei, de qua agitur. Sententia hæc eſt: ſi petiero partem fundi, nec obtinuero, deinde repudiatione conjuncti vel collegatarii pars altera accrevit fundo, an eam partem repetere poſſum, quæ adcrevit? minime: amittenti partem ſuam pars altera, quæ poſt vacat, non adcreſcit. Aliud eſt dicendum, ſi petiero partem uſusfr. nec obtinuero: Nam ſi poſt repudiationem collegatarii defecerit pars altera uſusfr. ego eam petere poſſum: atque ita non habenti partem ſuam pars uſusf. accreſcit, quia hoc caſu uſusfr. non habetur pro parte rei. Nam ſi haberetur pro parte rei, rem ſequeretur, non perſonam, quæ eam amiſit, quæ ejus rei partem nullam habet. Et ut eleganter docet, ratio diverſitatis hæc eſt, quia fundi portio accreſcit fundo, non perſonæ, ſicut alluvio: & utitur comparatione alluvionis, quia & jus alluvionis, eſt jus accreſcendi. Et hoc tamen intereſt, quod jus accreſcendi competens ratione conjunctionis, eſt a jure civili, alluvio a jure gentium. Ceterum ut alluvio adcreſcit fundo, non perſonæ, ita & portio, quam fundus habuit adcreſcit fundo, non perſonæ, uſusf. accreſcit per-

A ſonæ, non fundo, quia ei perſonæ, quæ amiſit partem ſuam, nihilominus pars altera uſusf. adcreſcit, quod confirmat *l. & an eadem, §. qui cum partem, de except. rei jud. & l. interdum, de uſufr. adcreſc.* Denique quamvis judicatum ſit, partem uſusfr. meam non eſſe, quia tamen judicatum non eſt me fructuarium non eſſe, pars altera uſusfructus mihi non habenti partem meam, ſed amittenti, accreſcit. Et ita apparet hoc caſu uſumfructum non eſſe pro parte rei: nam ſi eſſet pro parte rei, ſequeretur rem ſeu fundum, non perſonam: quia ita licet argumentari recte: partem rei meam amiſi, ergo & eam, quæ poſtea accrevit, quia pars parti accreſcit, quia habenti partem accreſcit, non amittenti: at non ita licet argumentari: partem uſusf. meam amiſi, ergo & eam quæ poſtea accreſcit, quia non parti pars uſusf. adcreſcit, ſed B perſonæ: uſusfr. eſt jus perſonale, quod cohæret perſonæ, *l. pen. C. de uſuf.* uſumfr. exſpirare cum anima, id eſt, cum vita. Et hic eſt caſus, quem voluit proponere in hoc loco Papinianus, quo aliud ſtatuimus de parte rei, aliud de uſuf. ſeu parte uſusf. Sed propoſitio eſt talis hoc loco: uſumf. in quibuſdam caſib. non eſſe partem rei, & unum tantum adfert caſum: cedo alterum. Addam ex *l. & per jusjurandum, §. illud, de accept.* ſi is, cui debetur fundus, creditor ſc. acceptum ferat uſumf. an valet acceptilatio? minime: quia vel totum eſt accepto ferendum, vel pars ejus quod debetur. Pars obligationis accepto ferri poteſt *l. pars, & ſeq. eod. tit.* Uſusf. autem non eſt pars fundi, ergo acceptilatio in uſufructu non valet, & perinde eſt, ac ſi is, cui debetur domus, accepto ferat feneſtras vel lapides ejus quæ non ſunt partes domus: duæ ſunt partes domus, C ſolum, & ſuperficies tantum. Si mihi debes domum, & tibi accepto feram feneſtras, nihil conſequeris: & ita etiam uſusfr. non eſt pars fundi vel rei. Sed cur non habetur pro parte in hac ſpecie, ut & in multis aliis caſibus? nam invenio, fundo legato recte adimi uſumf. quaſi partem, *l. 2. de adim. leg.* Cur & fundo debito non recte accepto feram uſumfr. ut proprietas ſola maneat in obligatione? Puto etiam fundo in obligationem deducto, nec recte paciſci de uſuf. non petendo. Cur ergo fundo debito uſusfructus non recte accepto fertur? Ratio eſt, quia ut ſtipulatio, ita & acceptilatio ſunt ex jure ſolemni, quod nihil aliud eſt quam ſtipulationis corruptio: uterque eſt actus legitimus, hoc eſt ſolemnis, *l. actus, de reg. jur.* utraque fit verbis ſolemnibus, non quibuſcunque verbis, & conſentire altera cum altero debet, & congruere in verbis: ſi ſtipulatio D ſit de fundo, etiam acceptilatio debet eſſe de fundo, vel parte fundi: niſi conſentiat, & congruat acceptilatio cum ſtipulatione, imperfecta eſt ſtipulatio, *l. niſi ff. de acceptilat.* At ademptio legati fit nuda voluntate, fit conjectura, *l. 3. §. ult. de adim. leg.* Pactum quoque fit nudo tacitoque conſenſu, *l. 2. de pactis*. Hi actus non ſunt ſolemnes, nec exigunt verborum ullam ſcrupuloſitatem.

Ad L. II. Quib. mod. uſusfr. amit.

Si duobus ſeparatim alternis annis uſusfructus relinquatur, continuis annis proprietas nuda eſt, cum ſi legatarium unum ſubſtituas, cui alternis annis legatus ſit uſusfructus, plena ſit apud heredem proprietas, eo tempore quo jus fruendi legatario non eſt, quod ſi ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit. Neque enim E *accreſcere alteri quicquam poteſt, quoniam propria quiſque tempora non concurrente altero, fructus integri habet.*

QUæſtio *l. 2. quib. mod. uſusfr. amit.* de qua tractatur *in princ. l. & in §. ult.* eſt de uſuf. uni vel pluribus legato alternis annis, & de jure adcreſcendi, qua de re eſt lex *quoties duob. de uſufr.* quæ ſequitur legem *ſi Titio*, & in eam neceſſario videndum eſt prius, inter quos ſit jus accreſcendi. Vulgo dicitur jus adcreſcendi eſſe *inter conjunctos, vel inter eos, qui pro conjunctis habentur*; quæ definitio in pleriſque falſa eſt, & certior eſt definitio Celſi, quam paulo poſt tradit: ſed interim, quæ ſint genera conjunctorum perſtringamus. Alii ſunt conjuncti re & verbis, qui ſcil. conjuncta ſcriptura in eandem rem vocantur, puta hoc modo: *Primo & Secundo illum fundum lego, l. tri-*

plici,

plici, *de verb.signific.* Alii sunt conjuncti re tantum, quibus separata scriptura eadem res legatur, hoc modo: *Primum illum fundum lego. Secundo eundem lego, l.re conjuncti, de leg.*1. quia separata scriptura eis eadem res legatur, non conjuncta. Ideo in jure dicuntur separati & disjuncti, in §.*conjuncti, de leg.Instit.* Conjunctio scripturæ conjunctos facit: disjunctio disjunctos. His vero, qui re & verbis conjuncti sunt, vel re tantum, relinquitur solidum ab initio singulis, maxime si per vindicationem legatum datum sit, concursu autem partes faciunt. Alii sunt conjuncti verbis tantum, quibus conjuncta scriptura ejusdem rei diversæ partes legantur, hoc modo, *Primo & Secundo illum fundum æquis partibus lego:* aut *Primo & Secundo fundum lego, ita ut unus habeat bessem; alter trientem*, si ab initio partes habent, non concursum facient, *d.l.re conjuncti*. An inter hos omnes sit jus accrescendi, vel inter quos sit jus accrescendi quæritur. Hac de re certior est definitio Celsi in *l.3.de us.accres.* quæ non tantum pertinet ad usumfr. sed etiam ad proprietatem. Quoties dicitur inter aliquos jus esse accrescendi, toties singuli solidum habebunt ab initio: concursu autem partes facient, id est, quoties hoc egit testator, ut concurrant, & non concurrente uno, ut alter totum haberet. Jus accrescendi nihil aliud est, *quam jus retinendæ partis ejus, qui non concurrit, vel jus legati integrum, nec imminutum concursu socii*. Denique jus accrescendi non dicitur, nisi inter eos, qui per concursum partes habent, faciuntque. Et notandum, aliquando jus accrescendi esse inter non collegatarios, veluti inter legatarium & alium non legatarium, si modo sint conjuncti, & concursu partes faciant, ut *l.si mulieri, de usufr. accresc.* Testator legavit usumfr. mulieri cum liberis suis: sunt conjuncti re & verbis, & concursu faciunt partes: Ideoque non concurrentibus liberis, puta amissis, mater habet usumfr. integrum jure accrescendi, vel liberi mortua matre. Et in hac sane specie mater & liberi collegatarii fuerunt. Sed idem etiam statuendum est de jure accrescendi, quod inter eos versatur, si liberi legatarii non fuerint, quod procedit in hac specie. Finge: solos liberos heredes scripsi, & legavi matri. Cum matre liberi non sunt legatarii, quia heredibus a semetipsis inutiliter legatur, *l.plane §.si duobus, de leg.*1. Et sane videtur etiam nominasse liberos testator, non ut legatarios, sed ut ostenderet se malle ita frui matrem, ut & liberos secum haberet fruentes. Ergo legataria est mater, sed liberi non sunt legatarii, & tamen inter eos erit jus accrescendi: mortuis liberis eorum pars accrescet matri, & contra, *d.l.si mulieri.* Et ad hæc est notandum, jus quoque accrescendi non semper esse inter collegatarios, vel conjunctos: non est inter collegatarios, qui partes habent ab initio adscriptas, vel habere intelliguntur, non concursum faciunt, licet sint conjuncti verbis: ut si ita legavi: Primo & Secundo illum fundum æquis partibus lego: inter Primum & Secundum non est jus accrescendi, *l.pen. de usufr.accresc.* Item inter conjunctos re & verbis, vel inter conjunctos re tantum, in legato damnationis non est jus accrescendi, quia ab initio heres singulas partes dare damnatus intelligitur, & hoc secundum jus antiquum: Nam ex constitutione Justin. *de caduc.toll.* inter eos est jus accrescendi. Non est etiam jus accrescendi inter collegatarios, qui prorsus separati sunt, qui neque conjuncti sunt re neque verbis: ut si uni sit legatus fundus, alteri domus, uni fructus unius anni, alteri fructus alterius anni. Ergo hi sane nihil habent inter se commune. Credo vos jam intelligere definitionem illam generalem Celsi de jure accrescendi. Alia ut puto fuit definitio Sabini, quam existimo proponi in *princ. l.1.de usufr.accresc.* Lex est Ulp.ad Sabinum, quæ leges solent semper incipere a propositione Sabini aliqua. Initio ergo d. legis ita de jure accrescendi definit Sabinus: si conjunctim relictus sit ususfr. inter fructuarios esse jus accrescendi: si separatim unicuique partis rei, sine dubio inter eos cessare jus accrescendi. Videamus, quæ sit sententia hujus definitionis. Sicut scripta est, eadem videtur esse hæc definitio Sabini, quæ est Celsi: nam hoc statuitur, inter conjunctos re & verbis, vel re tantum, esse jus accrescendi: in-

A ter conjunctos verbis tantum, aut sane nec conjunctos ullo modo, cessare jus accrescendi: nam his solis dici potest ususfr. legari separatim, unicuique partis suæ, ut ait, qui sunt conjuncti verbis tantum, vel qui nullo modo conjuncti sunt. Ergo inter eos statuit Sabinus cessare jus accrescendi, quod congruit cum definitione Celsi. Sed ut ego jamdiu ostendi, verba illa *l.1. unicuique partis suæ*, sunt subdititia, & spuria erunt quæ ex ora transierunt in textum; verba ejus, qui separatim voluit interpretari, & vero etiam interpretatus pessime est. Nam Sabinus hoc tantum definire voluit simpliciter; inter conjunctos esse jus accrescendi, inter separatos non esse jus accrescendi. Quod aperte demonstrat Ulpian. in *l.1.§.idem*, dum definitionem Sabini interpretatur, & temperat convenienter definitionem Celsi, ut interdum etiam inter separatos sit jus accrescendi,
B si modo sint re conjuncti. Et similiter dices contra Sabinum, interdum inter conjunctos non esse jus accrescendi, nisi & re conjuncti sint, aut esse intelligantur, quæ interpretatio necessario addenda est ad sententiam Sabini, si ut in jure semper conjunctim significat, conjunctum scriptura, & separatum, separatum scriptura. Atque ita si tollas illa verba, *unicuique partis suæ*, opus est illa interpretatione. Alioqui si non tollas, nihil opus est ista interpretatione, nihil illo §.*idem*. Et ita etiam in Basil. non sunt illa verba: *unicuique partis suæ*, verba eorum hæc sunt: ὅτε ἡνωμένως ληγατευθῇ ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν, οὐ μὴν ὅτε διῃρημένως, ἁρμόζει τὸ δίκαιον τῆς προσαυξήσεως: *quotiens conjunctim legatus est ususfr. non quoties separatim, competit jus accrescendi*. Quæ definitio simpliciter accepta falsa est, ut post indicat Ulpian. §.*idem nunc videamus*,
C qua de re tractatur in principio *l.2. & 8. §. ult.* Finge, uni tantum legatus est ususf. alternis annis, quid fiet? alternis fruetur ipse, & heres scriptus, & singulis annis intermittetur. aut vacabit ususfr. & plena proprietas erit apud heredem scriptum, singulis annis ususfruct. erit apud legatarium, & nuda proprietas apud heredem scriptum, atque ita vicissim, modo fruetur legatarius, modo heres scriptus per vices annuas. Et hoc loco alternis annis Græci interpretantur rectissime ἐνιαυτὸν πὰρ ἐνιαυτόν. Et quidem res est expeditissima, si ususf. uni tantum legetur alternis annis. Sed quid si legetur duobus separatim alternis annis, Primo & Secundo? Respondetur, quandiu hi duo vivent, aut integri status erunt, continuis annis apud heredem erit nuda proprietas, sine usufr. Et eleganter, alternis annis opponit continuos. Al-
D tero autem ex eis mortuo, quæro, an accrescat alteri, ita ut continuis annis uti & frui possit, & semper sit nuda proprietas apud heredem scriptum? Et placet non accrescere, non esse inter eos jus accrescendi. Ergo testator inter eos divisit usumf. ab initio per vices annorum, nec voluit alterum cum altero concurrere eodem tempore, vel eos inter se partes facere concursu, sed ipsorum partes fecit per intervalla temporis. Ergo deficiente jure accrescendi, locum habebit jus consolidationis, hoc est, quæ apud heredem continuis annis erat nuda proprietas, nunc erit nuda alternis tantum annis, plena alternis annis: nam si simul duobus legaverit usumf. alternis annis, ut sc. in eum annum concurrent ambo, hi duo pro uno habentur, & alternis annis apud heredem scriptum est plena proprietas: quod ostenditur §.*ult.* & consequenter inter eos est
E jus accrescendi, puta uno mortuo pars ejus accrescit alteri. Nam quod observandum est, & in quo notissimum est distare proprietatem ab usufructu, ususfructus pars accrescit alteri, non tantum, quæ nunquam acquisita est, sed repudiata, verum & quæ acquisita est, post vero amissa, puta morte aut capitis deminutione. At pars rei acquisita semel non accrescit alteri, omissa accrescit, amissa non, *l.1.§.pen.de usuf. accresc.* Quæro, quoties ususf. separatim duobus relinquitur alternis annis, quis fruetur prior, vult quisque frui prior, nec ea in re inter se consentiunt? Primum quidem lis dirimitur ex ordine scripturæ: nam si ita dixerit, *Titio & Mævio lego usumfr. alternis annis*. Titius prior fruitur, qui prior nuncupatus est, *l.quotiens duob. de usuris*, qui ordo scripturæ in simili causa servatur in l.Fu-

sia

ſia Canin. & l. Ælia Sentia. L. Fuſia teſtatori non licebat manumittere, niſi certum numerum hominum. Finge: manumiſſi ſunt plures, qui ex his pervenient ad libertatem? quibus prioribus erit adſcripta intra numerum legitimum: ceteri non conſequentur libertatem. L. Ælia Sentia in fraudem creditorum non licet, niſi unum ſervum manumittere, & heredem ſcribere. Finge, eum ſcripſiſſe duos vel tres, quis erit liber & heres? & ſequemur ordinem ſcripturæ. Is igitur erit liber, qui priore loco fuerit ſcriptus, *l. qui ſolvendo* 2. *& l. ſi non lex*, §. 1. *de hered. inſt.* Verum quid fiet, ſi is ordo ſcripturæ non appareat? Finge, in propoſita ſpecie, eum legaſſe uſumfruct. duobus, qui erant ejuſdem nominis ſeparatim, ea ſcilicet mente, ut alternis annis fruerentur, non ſimul uterque, & dicitur ſcripſiſſe hoc modo: *Titiis uſumfruct. do lego alternis annis*. Vel finge, eum legatariorum nomina ſcripſiſſe in orbe tereti. Et hoc ſane caſu, quia non apparet, quis ſit prior, quid juris? Neceſſe eſt, ut inter ſe conveniant ea de re, vel ſi nolint convenire, ſe invicem impedient, ſibi invicem obſtabunt; quia ſane occurrere non poſſunt in idem tempus contra voluntatem defuncti. Et ita etiam ad *l. Æliam Sent.* in ſuperiore caſu reſpondet *l. qui ſolvendo*, 1. *& ſeq. de hered. inſtit.* Item etiam Cajus 1. Inſtitut. reſpondit ad *l. Fuſiam Caniniam*. Ergo neuter perveniet ad legatum, quia ſunt refractarii nimis. Verum placet, quod annotat Accurſ. in *l. quoties duobus*, eos poſſe cogi, ut conveniant inter ſe interventu prætoris, vel etiam rem hanc poſſe ſorte dijudicari, ut in duplicibus judiciis quotiens quæritur, quis prior cauſam dicere debeat, ſorte dirimitur, *l. ſed cum ambo, de judic.* Quintil. 7. *Scio ſæpe quæſitum, quis prior diceret cauſam, quod atrocitate formularum, vel noviſſime ſorte dijudicatur: nam vult præferri atrociorem actionem, & eum cujus numerus eſt amplior, in qua de majori quantitate vel auro agitur, vel ſi pares ſint actiones, neceſſe rem dirimi ſorte.* At quid rurſus fiet, ſi uni tantum legatus ſit uſusfr. alternis annis, quis prior fruetur, ipſe, an heres? Hoc vero facile expediri poteſt, & ſine ſorte: nam jus eſt certiſſimum, fruiturum priorem eum, cui fructus legatus eſt, quando quidem legatum eſt purum. Cedet ergo ſtatim ab adita hereditate. Et hoc etiam ſignificat Papin. §. *ult.* his verbis, *quod ſane ultra primum ſuc.* Sed & de legato uſuf. alternis annis, notandum eſt in *l.* 28. *h. tit.* ſi uſusf. legetur alternis annis, non poſſe eum non utendo amitti, regulariter autem amittetur non utendo uſusfruct. anno rei mobilis ſecundum jus antiquum, hodie triennio: vel rei immobilis non utendo biennio olim, hodie decennio: ſed ſi relictus ſit uſusfr. alternis annis, non poteſt perire uno anno, quia plura legata ſunt: quot ſunt alterni anni, tot ſunt legata uſusf. *l. cum uſusfruct. de uſufr. leg.* Quo loco addit, aliud tamen eſſe in via, itinere, aquæductu, vel aquæ hauſtu, vel actu, aliud eſſe in ſervitute ruſtici prædii: nam etiamſi via ſit relicta alternis annis, vel aqua alternis annis, una eſt via, unum legatum, quod etiam oſtendit *l. ſi ſic, quemad. ſervit. amit.* Cur plura ſunt legata uſusfr. ſi ſit relictus alternis annis, & una eſt via, ſi ſit relicta alternis annis? Difficile eſt reddere rationem: redditur ratio, ſed obſcure in *d. l. cum uſusfr.* his verbis: *quia via vel aqua ſui natura habet intermiſſionem*, quia non ſemper poſſum ire, non ſemper aquam haurire, id eſt, ſemper hæc ſervitus habet intermiſſionem. Ergo ſi intermiſſio ſpectaretur, ratione intermiſſionis nunquam haberetur pro una, ſed habenda pro pluribus: non una eſſet via, ſed plures, quod eſt abſurdum. At uſusf. ſui natura non habet intermiſſionem, ſed facto noſtro, puta judicio defuncti: atque ideo hanc intermiſſionem, quam finivit defunctus annis alternis non accipimus in annum, ſed exiſtimamus tot legata teſtatorem facere voluiſſe, quot fecit annos. Igitur ſi uſufr. mihi relicto alternis annis, non utar hoc anno vel ſequenti, annis alternis, an ideo amitto uſumfructum reliquorum annorum? minime. Sed via mihi relicta alternis annis, ſi non utar hoc anno, non utar ſequenti, alternatim, & reliquorum annorum ſervitutem

A amitto, quia una eſt ſervitus: *ſubſtituas*, id eſt, ſupponas poſſe, *ſingulorum annorum fructus vacabit*, id eſt, eorum annorum qui non concurrent.

Ad §. Si non mors.

Si non mors, ſed capitis deminutio interceſſerit, quia plura legata ſunt illius anni tantum, ſi modo jus fruendi habuit, fructus amiſſus erit, quod & in uno legatario, qui fructum in ſingulos annos accepit, defendendum eſt, ut commemoratio temporum, repetitionis poteſtatem habeat.

§. 2. Cum ſingulis fructus alternis annis legatur, ſi conſentiant in eundem annum, impediuntur: quod non id actum videtur, ut concurrerent: multum enim refert, duobus ſimul alternis annis legetur, quod ſane ultra primum annum procedere non poteſt, non magis quam ſi uni B *legatus ita fuiſſet: an ſingulis alternis annis: nam ſi concurrere volent, aut ſe impedient invicem propter voluntatem, aut ſi ea non refragabitur, ſingulorum annorum fructus vacabit.*

QUæ proponuntur in §. *ſi non mors*, valde ſunt conjuncta, & proxima iis, quæ diximus: uſumfr. legatum alternis annis diximus non poſſe non utendo amitti, anno vel biennio, vel triennio, aut longiore tempore, quia plura ſunt legata, quandoquidem teſtator plura legata facere voluit, quia uſumfr. ſui natura intermiſſionem non habentem, intermitti voluit: at ſi legetur via, vel iter, vel actus, vel aqua alternis annis, unum eſt legatum, una ſervitus, quamvis intermiſſionem habeat ex judicio teſtatoris. Nam ſi intermiſſio faceret plures ex eo genere ſervitutes, quia nunquam C eſſet una, nunquam una aqua, vel quæ alia ſervitus, ſed eſſet omnis ſervitus ruſtica multiplex, quia omnis ſervitus ruſtica ſui natura intermiſſionem habet: non poſſum uti via ſemper, vel itinere, vel aqua: nam non ſemper fundus meus indiget aqua, & fundi tamen gratia ſervitus aquæ conſtituitur. Et hoc diſtant potiſſimum ruſticæ ſervitutes ab urbanis: nam urbanæ habent continuum uſum, *l. ſervitutes quæ, infra de ſerv. ruſt. præd.* Exempli gratia, ædes altius elatas, aut ſuppreſſas continuo habeo. Igitur habeo continuo in ædes vicini ſervitutem, nec habet ullam intermiſſionem. Uſusf. quoque ſui natura non habet intermiſſionem, quia etſi non fructus capio ſemper, tamen utor ſemper, dum habito ſemper in fundo, vel in ædibus, vel in villa. Nam fructuario habitare licet, & morari perpetuo in re fructuaria; ſed quod eſt D notandum, proprietario licet in prædio, cujus uſusf. eſt alienus, habere cuſtodem prædii invito fructuario, habere ſaltuarium vel inſularium. Quia intereſt proprietarii fines prædii tueri, *l. ſi ita legatus*, §. 1. *de uſufruct. & hab.* Ergo uſusfr. non habet intermiſſionem ſui natura; conſequenter, ſi aliud voluerit teſtator, id eſt, ſi intermitti voluerit, ut ſi eum legaverit alternis annis, plura legata conſtituere voluiſſe videtur, plures uſusfr. Et ita, per vices temporis renovabitur uſusfr. nec erit idem ſingulis annis, ſed alius. Notandum eadem ratione uſumf. legatum alternis annis uni vel duobus ſeparatim, non amitti capitis deminutione, quia plura tempora ſunt. Regulariter uſusfruct. amittitur morte naturali, quod eſt certiſſimum, ſed & capitis deminutione fructuarii amittitur; qualicunque ſecundum jus vetus, id eſt, maxima, media, minima. Maxima E facit te ſervum: media facit te peregrinum: minima facit te extorrem domo, penatibus, familia tua, ſalva civitate. Hodie amittitur uſusfr. maxima & media, non minima: non amittitur emancipatione fructuarii, non adrogatione, quibus familia commutatur. Sed notandum eſt etiam, uſumf. amitti morte ejus, in quo eſt uſusf. ut ſi ſit legatus uſusfr. ſervi. Adiicio etiam capitis deminutione ſervi uſumfruct. amitti: quaſi vero ſervus poſſit capite minui. Certe non poteſt, quia caput non habet, id eſt, neque civitatem ullam habet, neque libertatem, nec familiam, §. *ſervus, de capit. minut.* Sed ſi manumittitur ſervus, etiam capite non minuitur, quandoquidem manumiſſio aliud facit, quam capitis minutio. Capitis minutio ſervum facit, & peregrinum, manumiſſio, facit liberum, & civem & pa-

tremf.

tremf. Ergo manumissio non est capitis deminutio, sed in usufr. amittendo manumissio habetur pro capitis deminutione: nam usufr. amittitur manumissione servi, in quo erat, quia nec potest in libero homine usufr. esse alteri, *l. ult. C. de usufr.* Sed relinquamus eum hominem, in quo est usuf. Redeamus ad eum hominem, qui habet usumfr. Regulariter, morte ejus & capitis minutione amittitur usuf. excepta minima capitis minutione ex Constit. Justin. *l. pen. C. de usufr.* Verum est hoc, si usufr. sit legatus singulis: sed si alternis annis, non amittitur capitis deminutione, hoc est, illius tantum anni usufr. amittitur, quo legatarius capite minuitur, non sequentium annorum: illius, inquam, tantum anni usuf. amittitur, & perit, si non sit ei collegatarius conjunctus, cui adcrescat. Ideo posuit, si animadvertistis supra, speciem in usuf. alternis annis duob. legato separatim, non conjunctim. Cur vero illius tantum anni usuf. perimitur, quo fructuarius capite minuitur? Quia plura sunt legata, & ut Pap. ait in hoc §. *commemoratio temporis vim repetitionis habet.* Repetitio est relegatum: ait repetitio legati, ergo repetitio plura constituit legata, unum legatum, si amitto capitis deminutione, sequens non amittam, nisi accedat nova capitis deminutio. Qui ergo legat usumfr. alternis annis, plura usufr. legata constituit, & interveniente capitis deminutione, ille tantum usufr. perimitur, qui eam præcessit, *l. 1. §. usque, hoc tit.* non qui subsequitur. Idem omnino erit dicendum, si usufr. legetur in annos singulos, vel in menses, vel in dies: namque quot sunt menses, quot dies, anni, tot etiam legata, & commemoratio temporum facit plura legata: qui ita legat, non legat tantum, sed & relegat, iterum ac iterum *d. l. 1. §. ult. hoc tit. & l. 1. de servit. præd.* Idem etiam erit, si quis legaverit usumfr. ad certum tempus, puta ad decennium: nam perinde est, ac si legasset in annos singulos usque ad decennium: hæc definitio temporis pro repetitione habetur, & plura sunt legata, quæ non amittuntur simul omnia contingente una capitis minutione. Idem erit omnino, etiamsi quis legaverit usumfr. quamdiu vixerit legatarius, quod tacite intelligatur id quod voluit exprimere, & dixit, *lego tibi usumfr. quamdiu vives*. Hoc non videtur quod tacite inerat, expressisse frustra: hæc finitio vitæ pro repetitione habebitur, *l. 3. hoc tit. & l. si quem rem, §. ult. de evict.* Ac ita hoc casu non eadem est vis taciti, quæ expressi: nam si exprimat quamdiu vives, plura sunt legata, si id retineat, unum est legatum usufr. quod evenit sæpe in jure: expressa pupillaris excludit vulgarem, tacita quæ inest vulgari, non excludit vulgarem, *l. precibus, C. de impub. & aliis subst.* Idem est, si non legetur usuf. adscripto tempore certo, sed legetur aliud certum quid in annos singulos, vel in menses singulos, & usque ad certum tempus, veluti certa pensio, certa quantitas alimentorum nomine: nam plura intelliguntur esse legata, quæ omnia mors una exstinguet, sed non capitis minutio una, *l. 4. l. cum in annos singulos de ann. leg. l. si duas, l. si cum præfinitione, quand. dies leg. ced. l. rem, de usufr. leg.* Idem est, quod est notandum, si legetur perpetuus rei eventus ad certum tempus, vel in annos singulos, quod ipso jure non valet. Eventus non potest finiri tempore solo, eventus non potest acquiri ad tempus, *l. nemo potest, de leg. 1. l. obligationum fere, §. placet, de oblig. & act.* Sed si ita constituatur dominium ad tempus, ratum erit legatum. Rata conventio remedio cautionis: nam legatarius cavebit de restituenda re post tempus, vel etiam remedio exceptionis: Nam si eam nanciscatur heres, heres retinebit rem ope exceptionis doli mali, quæ est sententia *l. ult. C. de leg.*

Usufr. repetitus & relegatus esse videtur, qui legatus est alternis annis, mensibus, diebus, quo genere perspicuum est, testatorem intermitti usumf. voluisse. Et hæc voluntas satis idoneum argumentum præbet repetitionis. Sed etsi testator noluerit usumfr. intermitti, verum legaverit in annos singulos, vel si ad certum tempus, puta usque ad decennium, vel ad tempus vitæ, quamdiu vivat legatarius: his quoque modis non videtur repetitus usufr. Et his quidem omnibus modis repetitur palam, sed repetitus intelligitur. Igitur commemoratio illa sine definitione temporis vicem repetitionis habet, ut hic ait Papin. Videamus an nunc repeti nominatim usufruct. possit, ut proponetur in *l. 3. in princ. hoc tit.* Titio lego usumfr. illius fundi, quotiensque Titius capite minutus fuerit, alii eundem usumfr. do, lego, vel quotiens amissus erit usuf. ei eundem do lego, & recte Florentiæ scriptum, *quotiensque*, pro *quotiescunque*. Et ita est scribendum in *l. in singulos, de ann. leg. & l. 2. §. merito, ne quid in loco publico, quotiensq. in publico aliquid fieri permittitur, oportet promitti, ut sine injuria cujusque fiat.* Ergo ex principio *l. 3.* intelligimus, non tantum tacite, sed etiam expressim usumf. in eum casum, quo amittatur, repeti & iterari, id est, relegari posse atque restitui. Repetitio usufr. est relegatum vel relegatio, quæ fit in casum capitis minutione, ut sc. & post capitis deminutionem, alius ejusdem personæ, quæ capite minuta est, ejusdem rei usuf. competat & debeatur, & non tantum post capitis deminutionem, sed postquam amissus erit qualicunque ratione, dummodo non morte, *l. 5. hoc tit.* nam post mortem frustra repetitur, nisi heredibus legatarii legetur quasi novæ personæ, quo tantum casu heredum appellatio pertinebit tantum ad proximos, non ad quoscunque in infinitum, argumento *l. antiquitas, C. de usufr.* Alioquin si usuf. pertineret ad omnes heredes in infinitum, inutilis fieret proprietas, semper abscedente usufruct. Qui legat igitur usumfr. heredibus, primis tantum heredibus legat. Sed notandum valde quod ait *d. l. 5.* repeti posse usumfr. amissum qualicunque ratione, dummodo non morte: qui excipit amissum morte, qualicunque alia ratione amissum concedit repeti posse. Et ob id in *l. 7. h. t.* non hæc tantum datur formula repetendi usuf. quæ est specialis, *quotiescunque capite minutus fuerit.* Septem sunt rationes amittendi usuf. morte, capitis minutione, tempore, si ad certum tempus sit legatum, non utendo legitimo tempore, & rei mutatione sive peremptione, itemque cessione in jure, id est, si fructuarius ad prætoris sellam usumfr. cedat proprietario. Ac postremo dominii seu proprietatis acquisitione, quod est confusione, sive consolidatione. Excepta morte, his omnibus modis, postquam amissus est, usufr. repeti potest. Post capitis minutionem certum est: postquam intermisit uti, *l. si usufr. alternis, h. t.* Post tempus, cur non etiam repetetur? Item restituta re, quæ debuit usumfr. puta restituta domo, cujus usufr. fuerat legatus, & quæ post fuit exusta: cur etiam non repetetur usufr. hoc modo, *quotiens res perimetur, eidem usumfr. do, lego,* si restituatur. Item posteaquam fructuarius cessit proprietario, cur in hunc casum etiam non repetetur? Ac postremo proprietate acquisita fructuario, & ea reversa ad heredem, cur etiam in hunc casum non repetetur? ergo verum est, quod ait *d. l. 5.* qualicunque ratione amissum repeti posse usumfr. Videamus, an etiam qualicunque capitis minutione amissus usufr. repeti possit. Accurs. existimat, non posse repeti nisi amissum minima capitis deminutione, quandoquidem existimat, non posse his legari, qui passi sunt maximam & mediam capitis deminutionem, quod falsum est: nam *l. 5.* ait *qualicunque ratione*: ergo & qualicunque minutione: aut si hoc restringatur ad minimam, inutile est quidquid scriptum est in *l. 3. h. t.* & in *l. in singulos, de ann. leg.* Nam hodie ex Const. Justin. usufr. non amittitur minima capitis minutione, *l. pen. C. de usufr.* Quod non amittitur, inutiliter repetitur. Tribonian. ex Constit. Justin. *§. 1. de usufr. leg.* dum ibi dicitur, usumfr. amitti, si legatarius minutus fuerit, adjecit ex magna causa, hoc est, si subjerit maximam & mediam capitis minutionem, quia sc. hodie non amittitur minima deminutione; & fortiter defendi potest; hodie nullam esse minimam capitis deminutionem. Emancipatio & adoptio est minima capitis deminutio, redigitur enim his modis quis in imaginariam servitutis formam, antequam adoptetur, vel emancipetur, *l. ult. de capit. minut. l. ult. C. de adopt.* Hodie eæ imaginariæ venditiones non sunt in usu: qui emancipatur, apud acta emancipatur. Ergo qui adoptatur, fit alieni juris sine capitis minutione. Et qui emancipatur, fit

sui

sui juris sine capitis deminutione. Sicut qui morte patris, vel adoptione fit sui juris sine capitis deminutione; Nec quod ex filiof. paterf. fio, ideo capite minuor, *l.3.§. ult. ad Maced. l.1. §. sed etsi morte, quando de pecul. act. annalis est*. Et similiter dignitatib. quibusdam certis mei juris fio sine capitis minutione, *Nov.* 81. & jure veteri Sacerdotio & Flaminio Diali mei juris efficior. Ac similiter hodie mei juris fio sine capitis minutione per emancipationem. Merito igitur hodie emancipatione non amittitur ususfr. Tribonian. igitur, qui ex Constit. Justin. in *d. l.3.* adjecit hæc verba, *ex magna causa*, non reliquisset tot locos de usuf. relicto post capitis minutionem, si non possent accommodari ad maximam & mediam capitis deminutionem. Ergo profliganda hæc opinio Accurs. quin potius affirmandum nobis est, aptari posse ad quamlibet capitis deminutionem. Non est præterea omnino verum, non posse legari his, qui passi sunt maximam & mediam minutionem: maxima facit servos pœnæ, media facit peregrinos. Constat autem primum servis alienis posse legari ex persona dominorum, *l. non minus, de hered. instit.* Ergo & relegari. Et consequenter, legatum libero relictum, post servitutem repeti constat etiam damnatis in metallum, quamvis nullius sint servi: ex cujus persona possint designari, & habere testamenti factionem: non servis Cæsaris, non fisci: sed servis pœnæ metallicis, quamvis nullius sint servi quam pœnæ, cui obnoxii sunt, tamen eis recte legatur ex causa alimentorum, *l. is cujus, de alim. leg. l.1. de his, quæ pro non script. hab.* Et similiter deportatis, id est, peregrinis recte legatur ex causa alimentorum, *l.16. de interd. & releg.* Et ususfr. nonnunquam legatur alimentorum causa, *l. cum hi, §. si annos, de transact.* Ergo ususfr. relegatur recte maximam & mediam passis capitis deminutionem. Obstat *l. licet, de usufr. leg.* quæ ut scripta est, videtur velle, uno tantum casu repeti usumfr. legatum: videl. si relegatur in annos singulos, quod pugnat cum his, quæ diximus: nam & repeti diximus, si legetur ad certum tempus, vel alternis annis ad certum tempus, vel si legetur, quamdiu vivat legatarius, & etiam nominatim recte repeti. Videamus quæ sint verba legis: *licet*, inquit, *testatori repetere legatum ususfructus, ut & post capitis deminutionem debeatur*. Quod autem licet, lege licet aut constitutione aliqua: & ideo quia dixit, licet, subjicit, *& hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum rescripsit*. Ergo ex ea Constitutione licet testatori repetere legatum ususfr. & subjicit, *tunc tantum huic Constit. locum esse, cum in annos singulos relegaretur*: male Accurs. legit, *res legaretur*, melius *relegaretur*, ut in *l.3. h.t.* Etiam male Accurs. legem intellexit de tacita repetitione: nam major erat quæstio, an posset repeti expressim: facilius quid fit tacite, quam expresse, *l. nonnunquam, de condit. & demonstr. l. si quis Sempronium, de hered. instit.* Est varia lectio illius loci: alii habent; *tunc tantum*, alii, *tunc tamen*: utraque falsa est: legendum est; *nec tantum*. Lex enim ait, *licet testatori repetere legatum ususfr.* Et hoc jus ait esse ex rescripto Antonini, *nec tantum huic Const. locum esse, cum in annos singulos relegaretur:* sed cum relegaretur nominatim: nam ita omnino scriptum est in princ. *l. 3. hoc tit.* id est, non tantum legari posse in annos singulos, atque ita tacite repeti, sed etiam palam posse repeti. Et de eo dubitabatur magis, quod repetitio usufr. post capitis deminutionem, videtur fieri fraus juri publico, quo cautum est, ut ususfr. finiatur capitis minutione. Verum fraus non fit in totum, aut naturali ratione: nam is ususfr. amittitur capitis minutione, qui jam præcessit, non qui insequitur: & qui insequitur secundum jus publicum extinguetur contingente alia capitis minutione. Ergo ex Const. Antonini, non tantum tacite, sed & palam repetitur ususfr.

Ad §. Hæc autem repetitio L. III. quibus. mod. ususfruct. amitt.

Hæc autem repetitio, quæ fit post amissum capitis minutione usumfructum, quæritur, an & jus accrescendi salvum secum habeat; ut puta Titio & Mævio ususfructus legatus est: & si Titius capite minutus esset, eidem usumfructum legavit: quæsitum est, si Titius ex repetitione usumfructum haberet, an inter eos jus accrescendi salvum esset? Et Papin. lib. 17. quæst. scribit, salvum esse, perinde ac si alius esset Titio in usufructu substitutus. Hos enim tametsi non verbis, re tamen conjunctos videri.

HIs quæ retulimus ex *l.2. hoc tit.* necessario addendæ sunt quæstiones duæ, quæ referuntur ab Ulpiano in *l.3. h. t.* Prior hæc est, *an repetitio ususfr. quæ fit post amissum usumfr. capitis deminutione, etiam jus accrescendi salvum secum habeat*, quæ proponitur in §. *hæc autem repetitio*. Eadem est quæstio posterior proposita in §. *idem Pap.* ejusdem legis. Et hoc tantum interest, quod una est de usuf. toto, altera de parte, & hæc subtilior illa. Ad priorem quæstionem fac speciem hoc modo: legatus est fundi ususfr. Titio & Mævio iisdem verbis: *lego usumfr. Titio & Mævio*: sunt conjuncti re & verbis, & inter eos locum habet jus accrescendi, id est, repudiante, vel moriente, vel capite minuto alter retinet totum usumf. Quid est jus accrescendi? est retentio totius legati. Quid est jus accrescendi? nullius in legato concursus. Sed rursus finge: idem ususfr. separatim repetitus est in persona Titii, hoc modo: *quotiensque Titius capite minutus erit, ei usumfr. lego.* Quæritur, *Titio capite minuto, & nunc habente usumfr. ex repetitione, an Titius & Mævius conjuncti sint? atque ita, an sit inter eos jus adcrescendi? An Titio mortuo, vel capite minuto adcrescet Mævio, vel contra, Mævio mortuo, aut capite minuto, an adcrescat Titio?* Et certissimum est, quod Papin. ait, inter eos salvum esse jus accrescendi: nam initio quidem fuerunt Titius & Mævius re & verbis conjuncti, post capitis minutionem Titii, Titio habente usumfr. ex relegato, non sunt conjuncti quidem verbis, quia separatim, id est, separata oratione in persona Titii repetitus est ususfr. sed sunt re conjuncti, quia unicuique in solidum legatus aut relegatus est ususfr. Ergo inter eos est jus accrescendi: nam jus accrescendi locum habet non tantum inter re & verbis conjunctos, sed etiam inter re tantum conjunctos, secundum regulam Celsi, quæ est in *l. 3. de usufr. accresc.* quia singulis ab initio solidum relinquitur, nec nisi concursu partes faciunt. Inter verbis tantum conjunctos, quibus ab initio adscribunt partes, atque ita qui quasi in diversas res vocantur, puta hoc modo: *Titio & Mævio usumfr. ex æquis partibus.* Inter hos non est jus accrescendi, quia concursu non faciunt partes, sed eas habent ab initio factas testamento. Et inter verbis tantum conjunctos non esse jus accrescendi, quod & ex veteribus animadverti, ostendit aperte lex *pen. de usufr. accresc. & l. 66. de her. inst.* Conjunctio orationis nihil facit, quia plerumque affectatur celeritatis & brevitatis studio. Conjunctio rei hæc est, quæ momentum habet, & pondus, quæque gignit jus accrescendi. Et idem etiam ostendit §. *si eadem, Instit. de leg.* qui statuit jus accrescendi inter re & verbis conjunctos, & inter re tantum conjunctos, & nihil adjicit de verbis tantum conjunctis, quia inter verbis tantum conjunctos non est jus accrescendi: nisi testator adscripsit partes ab initio ea mente, non ut eos separaret, & in diversas res vocaret, sed ut fieri adsolet, ut ostenderet, quas partes facturi essent concursu: quo casu verbis sunt conjuncti palam, non re, sed etiam re intelliguntur esse conjuncti ex mente defuncti. Et ita est casus ad *l. re conjuncti, de leg. 3.* dum ea lex non tantum re & verbis conjunctum præfert re conjuncto, sed etiam verbis tantum conjunctum, qui ex mente defuncti & re conjunctus est. Alioqui frustra quæris, an verbis conjunctus tantum præferatur ceteris, qui detracta voluntate defuncti, nullum jus accrescendi habet. In hac specie, quia & Titio habente usumfr. ex repetitione, Titius & Mævius judicantur esse re conjuncti, licet non sint conjuncti verbis inter eos versatur jus accrescendi: & idem eveniet usufr. legato Titio & Mævio, si non repetierit usumf. post capitis minutionem Titii, sed in eum casum Titio Sempronium substituerit: nam substitutio fit etiam recte in legatis, *l. ut in heredib. de leg. 1.* Ergo non ita dixit, *si capite*

minutus erit, tibi usumfr. lego, sed ita: *si capite minutus eris, Sempronius tibi substitutus esto*. Hoc casu inter Mævium & Sempronium erit jus accrescendi, quia sunt re conjuncti, quamvis non eodem gradu. Gradus non mutat conjunctionem rei inter me & te: si sit jus accrescendi, erit inter me & substitutum tuum. Et similiter in causa proprietatis, quæ potest transmitti ad heredem, erit jus accresc. inter me & heredem tuum, *l. hæc scriptura, §. ult. de cond. & demonst. l. cum ex filio, §. ult. de vulg. subst.* Et hæc sufficiant de priori quæstione.

Ad §. Idem, eodem.

Idem Papin. quærit, si Titio & Mævio usufructu legato, in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere. Quod si Mævius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quæ sententia habet rationem: neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumf. & resumit, etiam ipsi quicquam ex usufr. accrescere: Placet enim nobis, ei qui amittit usumf. ex eo, quod amittit, nihil accrescere.

SEquitur posterior quæstio. Finge: legavi usumfr. Titio & Mævio: sunt conjuncti re & verbis: & si Titius capite minueretur, eidem relegavi non totum usumf. sicut in priori specie, sed partem ususfr. tantum. Sed hoc casu, an etiam Titius post capitis minutionem, quam subjecit, & Mævius conjuncti sint? Et dicam esse etiam conjunctos re, non verbis: nam cum uni legatur totum, alteri pars, sunt invicem conjuncti re, quia pars est in toto: & cui legatur totum, ei etiam legatur pars, quæ legatur alteri, *l. Mævio, de leg. 2. l. 3. §. non solum, de usuf. accresc.* Mævio legatus est totus ususfr. Titio pars. Ergo inter Mævium & Titium habentem partem ususfr. ex repetitione erit jus accrescendi mutuum. Omne enim jus accrescendi est mutuum, & reciprocum. Sed tantum hæc est differentia hujus casus posterioris a priore, quia Titio amittente usumf. quem habet ex relegato, totus accrescit socio, *§. idem Papin.* id est, Mævio, collegatarium vocat socium, ut *l. 8. usufr. quemadm. cau.* Nam & collegatarios omnes conjungit ad societatem, *l. heredes, §. non tantum, famil. ercisc.* Et omnes re conjuncti, socii sunt. Hoc ergo dicas, Titio amittente partem ususf. quam habet ex relegato, quum ex legato habebat totum, totum illud parti accrescere Mævio; contra, Mævio amittente usumf. qui totus ei fuerat legatus, totus is, quem habuit Mævius, non accrescit Titio ex repetitione habenti partem ususfr. sed pars tantum: pars altera redit ad heredem scriptum, id est, ad proprietatem, atque ita ususfruct. fiunt tres partes: unam habebit Titius jure repetitionis, alteram jure accrescendi, tertiam autem habebit proprietarius, sicut heres scriptus jure consolidationis. Et ratio hæc est valde elegans & subtilis Papiniani nostri, quia Titius initio totum amisit capitis minutione, & mox partem tantum resumpsit, sive recepit ex repetitione. Ac consequenter partem alteram omnino amisit, nec resumpsit: quia accrescere ea pars ei nullo modo potest: quæ non resumitur, nec accrescit: ne fiat contra voluntatem testatoris, si legatarius plus habeat parte legati prioris, quæ si non accrescit, ergo recurrit ad proprietarium, id est, heredem scriptum. Pars ususf. quem amittit collegatarius, mihi accrescit sane, etiamsi amiserim meam partem, lite cum alio contestata, *l. idem, de usufr. accresc. l. si Titio fructus, §. usuf. de usuf.* Pars autem mea, quam amisi, mihi nunquam accrescit: igitur ex repetitione partem tantum ususf. resumo: pars altera, quam non resumo, mihi non accrescit, contra voluntatem defuncti, arg. legis *cum tale, in fin. de cond. & dem.* sed accrescit collegatario, veluti Mævio, in hac specie, ac deinde deficiente collegatario, etiam pars illa, quam amisi semel, nec resumpsi, mihi non accrescit, sed recurrit ad proprietarium, pars altera mihi adcrescit. Itaque peritissime dixit in specie propo-

A sita Papin. usumf. quem habuit Mævius, qui defecit capitis minutione, partim ad Titium redire, partim ad proprietarium: nec totum posse redire ad Titium collegatarium: quæ in usuf. Mævii fuit pars, quam amiserat ante Titius, nec receperat jure repetitionis, nec recipiet etiam jure accrescendi. Hic est certissimus sensus, in quo multum laborat Accurs. Notandum ex eo præterea, hanc esse vim repetitionis, si intermissionem non habeat, ut si non legetur ususfr. alternis annis, vel non singulis, quo genere repetitur quidem, sed cum intervallo temporis. Si igitur repetitio intermissionem non habeat, ut si legetur in annos singulos, vel dies, vel si legetur ad certum tempus, vel ad tempus vitæ, vel manifesta repetitione, quotiens capite minutus erit, vel amissus erit, vis ejus repetitionis hæc est, ut eodem prorsus momento legatarius amittat usumfr. & B resumat, ut eodem momento amittat & resumat legatum, vel partem, si pars tantum relegata fuerit. Partem autem amissam, nec resumptam, nec possis dicere accrescere parti resumptæ eodem ipso momento, & nec postea ex intervallo, puta collegatario amittente usumf. Et omnino ita se res habet: ei, qui amittit usumfr. ex eo, quod amittit, neque mox, neque postea quicquam accrescere posse, etiamsi ex eo, quod amisit portionem aliquam resumserit potestate repetitionis.

Ad L. VIII. de Usufr. ear. rer. quæ usu consum.

Tribus heredibus institutis, usumf. quindecim millium Titio legavit, & duos ex heredibus jussit pro legatario satisdare. Placebat, utile esse cautionis quoque legatum: nec refragari Senatusconsultum, quia cautio non impediretur, & esse C *alterum legatum velut certi, alterum incerti. Ususfructus itaque nomine partem pecuniæ petendam ab eo, qui satis accepit a coherede, incertique cum eodem agendum, si satis non dedisset. Eum vero, qui satis præstitit, ac propter moram coheredis satis non accepit, neque fructus nomine interim teneri, propter SCtum: neque actione certi, quia coheredi satisdedit. Illud etiam nobis placet, legatarium cogendum promittere. Finito autem usufr. si coheredes ex causa fidejussoria convenirentur, eos mandati non acturos: non enim suscepisse mandatum, sed voluntati paruisse: denique cautionis legato liberatos. De illo nec diu tractandum fuit, secundum legatum, id est, cautionis, non heredum videri, sed ejus, cui pecuniæ ususfr. relictus est, cuique testator prospicere voluit, & cujus interesse credidit, fidejussores non suo periculo quærere.*

D TOtus hic tit. Senatusc. est, quo cautum fuit, ut earum rerum, quæ in bonis essent, legari usus & fructus possent, *l. 1. h. t. l. 1. de usufr. leg. l. usufr. ad l. Falcid.* Igitur ante SC. omnium rerum usus, ut fructus legari non potuit, quoniam nec omnium rerum est usus, id est, non omnes res in usu consistunt: sunt quas perdis, si incipias uti: perdis oleum, frumentum, esculenta, si utaris, sed senatus decrevit, ut & harum rerum, & generaliter omnium, quæ in bonis nostris essent, usus & fructus legari possent, ad quod SC. totus hic titulus pertinet. Pecunia numerata id est, nummi, vinum, oleum, frumentum, lana, odores, aromata, vestimenta sunt in bonis nostris: ergo earum rerum usum, vel usumf. legare possumus. Quod tamen cum dixeris, cum natura ipsa pugnare videbere, quia vi & natura harum rerum non est usus, sed abusus est, ut est in *l. 5. §. 1.* E *h. t.* hæ res non sunt in usu sed in abusu uno loco; & alio loco ait, in absumptione. Abusus est absumptio rei, privatio vel peremptio usu: abuti, quod & deuti dixit Æm. Probus, est absumere, & ut legendum videtur in *l. 7. h. t. supr. hæ res abusu continentur*, vulgo legitur, *usu consumuntur*. Sed & Pandectæ Flor. habent, *continentur*, & Bas. ἐν ἀποχρήσει, *id est*, in abusu, *& ususfr. est jus utendi, fruendi salva rerum substantia, l. 1. de usufr.* ea verba, *salva rerum substantia*, cur maxime in definitione adjicit? An, ut vulgo existimant omnes, quia exempli gratia domo exusta, aut fundo perempto terræ fragore sive chasmate, vel ut ait *l. penul. C. de usufr.* perempta rei substantia finitur ususf. ejus rei? An ob id igitur adjecit, *salva rerum substantia?* quod vix crediderim: nam cur hanc rationem amit-

tendi

tendi uſuſf. comprehenderet in definitione potius quam alias? Aut quid attineret in definitione exprimi rationem ex ſeptem unam amittendi uſuſf. Dixit ergo, *ſalva rerum ſubſtantia*, quia ſi utendo pereat ſtatim rei ſubſtantia, non eſt uſus, ſed abuſus: ſi utendo rem perdas & conſumas, ſi interimas rei ſubſtantiam, ſi vino aut pane abutaris, non utaris. Quid eſt igitur uſus? quo ſcilicet utimur re ſalva, alioqui eſt abuſus, uſus non perimit rem. Abuſus perimit. Eadem eſt ratio pecuniæ vel nummorum: nam pecunia qua utimur, quodammodo diſperit. Et ut ait §. *conſtituitur, Inſtit. de uſuf.* pecunia ipſo uſu aſſidua permutatione, complurium manuum attrectatione, quodammodo extinguitur. Eadem eſt etiam ratio veſtimentorum: nam & hæc uſu deteruntur: nec igitur eis utimur, quin aliquatenus abutamur. Supra dixi, nec feci gradus harum rerum: nam uſus ſum exemplo vini, pecuniæ, & veſtis; tollis & abſu- B mis vinum quo uteris, nummos, quibus uteris, non tollis, manent, ſed quodammodo tollis cum permutas, & in alias manus pervenire ſinis: veſtimenta, quibus uteris, minuis, dum uſu atteris, ut in *l. 1. hoc tit. tolluntur aut minuuntur*: contra agrum, qui proprie in uſu conſiſtit, quo uteris, neque minuis, neque tollis: poſſis defrugare, veluti ligno, ſegete aut ſatione continua, non tollere aut minuere: quemque etiam nec ita defrugare poſſis, ut non poſſit ad fruges, ad vires redire nova cultura. Igitur nullo SC. fieri poteſt, ut earum rerum, quæ ſunt in abuſu, ſit uſus vel uſuſfruct. natura rerum mutari non poteſt jure civili. Verum Senatuſconſultum, de quo agit in hoc tit. efficit, ut etiam earum rerum, quæ ſunt in abuſu, quaſi uſuſfr. eſſet, introducto remedio cautionis: nam ita res procedit. Si legatus ſit uſuſf. pecuniæ, ſive nummorum, legatarius C numeratione ejus pecuniæ dominus ſit pleno jure, ſed cavet heredi de reddenda tanta pecunia, ſi morietur aut capite minuetur. Hi duo tantum caſus excipiuntur: nec enim non utendo, nec aliis modis pecuniæ uſus amitti poteſt, *l. 9. & 10. hoc tit. l. 7. §. ult. uſufr. quemad. caveat.* Eodemque modo, ſi legatus ſit uſuſfruct. vini aut cellæ vinariæ, legatarius traditione dominus fiet, ſed cavebit heredi de reddenda tanta pecunia, cum morietur aut capite minuetur, quanti vinum æſtimatum fuerit: traditur enim illi æſtimatum, vel etiam cavebit de reddenda eadem menſura, bonitate vini, *l. ſi vini 7. h. t.* Et ex his etiam apparebit horum trium generum differentia: is, cui legatus eſt uſuſfruct. veſtis, cavet de reddenda eadem veſte, in omnem caſum amiſſi uſuſfr. nec tenetur, ſi uſu attritam reddat, *l. 9. §. pen. uſufru. quemad. cav. inf.* vel etiam, quod eſt D melius, ut ſuperioribus caſibus veſtis ei tradatur æſtimata, & cavebit de reddenda æſtimatione tempore mortis ſuæ, aut capitis minutione, *d. §. conſtituitur, Inſtit. de uſuf.* Videtur ita per cautionem hanc rei, cujus non eſt proprie uſus, quodammodo uſus conſtitui, & in accipientem legatarium transferri ſane dominium, ſed propter cautionem, hoc dominium effectum tantum habere uſus, namque finitur morte, aut capitis minutione. Remedio cautionis multa fiunt, quæ alias fieri non poſſent. Remedio cautionis dominium conſtituitur ad tempus nominatim, ut, *lego tibi rem ad decennium*. Et remedio cautionis ita dominium finitur tempore quodammodo, quod alias non finiretur tempore, *l. ult. C. de leg.* Remedio cautionis quaſi uſuſf. conſtituitur earum rerum, quarum ſua natura non eſt uſus, ſed abuſus, ut ſane hodie locus non ſit argu- E mento *Cic. in Top.* eam, cui maritus legavit fructus omnium bonorum, cellis vinariis & oleariis plenis relictis non poſſe uti, quia uſus ſit legatus, non abuſus: nam id quidem ita eſt detracto remedio cautionis: verum adhibito remedio cautionis, longe aliud eſt: ac proinde oblata cautione, mulier etiam utetur cellis vinariis & oleariis, cum legatus eſt uſuſfructus omnium bonorum: nam ex SCto nihil eſt, quod non cedat in uſuſfr. legatum, *l. uſufr. ad l. Falcid.* Quin & cautio forte omiſſa tacite intelligitur, *l. 5. §. pen. hoc tit.* Plus efficit remedium cautionis, ut ſcilicet conſtituatur quaſi uſuſf. vel uſus itineris, viæ, actus, aquæductus, vel aquæ hauſtus, quod neque etiam natura ſit, neque ex SC. videtur

A fieri: nam natura non fert ut ſit uſus, vel uſuſf. itineris, id eſt, ſervitus ſervitutis: ſervitus eſt qualitas: qualitatis qualitas non eſt: ergo eſt valde abſurdum, ſi dixeris, uſus uſum eſſe: itineris eſt uſus, ſed hujus uſus non poteſt eſſe abuſus: neque enim utile eſt legatum propter Senatuſconſultum, quod loquitur tantum de his, quæ ſunt in bonis noſtris: ſervitutes non ſunt in bonis noſtris, ob id quia nec ſunt, ſed intelliguntur: ſunt enim res intellectuales, quæ ſenſibus non percipiuntur, ſed intellectu ſolo ſeparantur & abſtrahuntur: non poteſt eſſe in bonis noſtris, quod non eſt, ſed neque etiam eæ ſunt extra bona: nam latiſſima eſt bonorum ſignificatio: etiam jura, actiones, obligationes, ſervitutes, & quælibet res omnes incorporales patrimonio noſtro accenſentur. Ergo videbatur eſſe inutile legatum, ſi quis legaret uſumfructum itineris, id eſt, ſervi- B tutis illius: ſuſtinetur tamen legatum remedio cautionis: nam heres perſolvit legatum, ſi legatarius ei caveat de reſtituenda ea ſervitute, quoties mortuus, aut capite minutus erit, *l. 1. ff. de uſu & uſuf. leg.* Et eadem ratione dubitabatur etiam poſt SC. an poſſet legari uſuſf. nominum: nomina ſunt jura, obligationes, &c. Dubitabatur propterea, quod non ſunt proprie, quæ corpore prædita non ſunt, quæ juris tantum intellectum habent, juris fundamentum: ſed placuit etiam uſumf. nominis recte legari, & uſuras videri legatas, *l. 3. h. t.* Uſura eſt quaſi uſuſf. nominis: & ita quod notandum maxime, in hoc propoſito remedio cautionis: nam uſura nominis non debetur niſi ex cautione, id eſt, ſtipulatione, *l. 3. C. de uſur. l. Titius, ſup. de præſcript. verb.* Remedium, inquam, cautionis ſeu ſtipulationis efficit, ut pecunia quodammodo pariat pecuniam: C nec mirum, ſi pariat, quod ſæpe abortum facit. Hæc autem cautio SC. ut indicat hæc l. 8. eſt ſatiſdatio fidejuſſoris, id eſt, cavere hanc cautionem legatarius debet datis fidejuſſoribus, nec ſatis eſt, ſi ipſe promittat ſolus, promiſſore ipſo opus eſt, & adpromiſſore: denique hæc cautio eſt ſatiſdatio, nec poteſt remitti a teſtatore, *l. 1. C. de uſufr.* alioquin nullus eſſet effectus legati, & ſecum ipſe teſtator pugnaret, ſi legaret uſumfruct. nummorum, & detraheret iſtam cautionem, non poteſt impediri hæc cautio a teſtatore: nam & SC. nominatim injungitur *l. pen. hoc tit.* & cautio legib. uſitata non poſſet etiam remitti a teſtatore, niſi id D. Marcus permiſiſſet, *l. 2. ut in poſſ. leg.* Nam teſtator non poteſt facere, ne leges locum habeant in ſuo teſtamento, niſi alia lex hanc ei poteſtatem dederit, *l. nemo poteſt, de legat. 1.* Et D verum eſt, non poſſe teſtatorem auferre ſatiſdationem, & ſi velit ea exonerare legatarios, poteſt, id eſt, ſi nolit eos fidejuſſores quærere, ſuo periculo poſſe onus fidejuſſoris transferre in heredes ſuos, ut ſcil. ipſi fidejubeant pro legatario ſibi invicem, & aliis coheredibus, ut in ſpecie hujus l. quæ eſt talis. Quidam tres heredes ſcripſit, & legavit ab omnibus Titio uſumfr. quindecim millium, & duos heredes juſſit pro Titio fidejubere de reddenda ea pecunia mortuo, aut capite minuto legatario. Duplex eſt legatum relictum Titio, unum eſt legatum uſuſfr. quod quidem petet actione certi ex teſtamento, quæ eſt certa ſumma, cujus traditione fiet dominus, & petet ab omnibus heredibus pro portione hereditaria. Alterum legatum, eſt legatum cautionis ſive fidejuſſionis, quod petet a duobus illis heredibus actione incerti ex teſtamento: E nam cautio, obligatio, liberatio jura omnia incorporalia ſunt, res incertæ petuntur actione incerti; cautio petitur actione incerti, *l. 5. §. 1. hoc tit.* eas cautiones petet actione incerti, id eſt, ut fidejubeant pro eo de reddendo uſufr. pecuniæ tempore mortis ſuæ, aut capitis minutionis, & ut de ea re caveant invicem ſibi & tertio coheredi. Igitur Titius ea de re promittet prius, poſt pro eo fidejubebunt illi duo heredes invicem ſibi, & tertio coheredi. Et quod notandum, quod eſt ſubtilius, in hac l. poterit conveniri ex illis duobus heredibus actione certi, ut præſtet partem pecuniæ hereditariæ is, cui coheres ſatiſdederit: poterit etiam conveniri actione incerti, ut ſatiſdet, ſi nondum ſatiſdederit. Is autem, cui coheres non ſatiſdederit, non poterit conveniri actione certi, ut petat

partem summæ, nec actione incerti, si jam satisdederit. Et notanda ad hæc sunt duo singularia, usumfr. quindecim millium peti actione certi, cum tamen dicatur in *l. ubi autem*, *ff. de verb. obl.* usumf. peti actione incerti. Nam & ususfruct. jus est, ergo incertum est; quam legem Accurs. opposuit huic nostræ. Sed breviter respondendum: hic non tam videri legatum usumfruct. quam dominium & pecuniam certam, cujus sane fit dominus adnumeratione. Petit igitur certum, quia petit sibi dari oportere, id est, se dominum fieri oportere oblata cautione, quæ dominum perducet ad effectum quasi usufr. Ultimo notandum, heredes, qui fidejusserunt, si solverint, non habituros regressum actione mandati adversus reum principalem, hoc est, legatarium vel heredem ejus, quia scil. non mandavit is, non mandatu ejus fidejusserunt, sed jussu testatoris, & non propter alienam obligationem, sed propter suam, ut se liberarent legato cautionis sibi a testatore injuncto, propter quam fidejussores non habent regressum, ut si donandi animo, vel in rem suam. Et hoc casu agnoscimus summa ratione hos fidejussores non habere regressum adversus legatarium.

Ad L. LXXVII. de Hered. instit.

Asse toto non distributo, ita scriptum est: quem heredem codicillis fecero, heres esto, *Titium codicillis heredem instituit: ejus quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur. Sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.*

Est perbrevis & facilis quæstio hujus l. Sciendum est hereditatem verbis civilibus testamento dari: codicillis dari non posse, quod per manus esse traditum, id est, veterem regulam juris esse didicimus supra *lib. 15. Pap. & l. quod per manus, de jure codicill.* lex 10. *de cond. inst.* ait, interdictum esse hereditatem verbis directis codicillis dari vel adimi. Inde quæritur hoc loco, an valeat institutio heredis testamento facta, hoc modo, *quem codicillis heredem fecero, ille heres esto*, si postea codicillis heredem fecerit Titium? Et ait, quod erat non admodum difficile, institutionem valere: quia non videtur data hereditas codicillis, sed testamento potius: codicilli declarant testamentum, non heredem faciunt, & vero codicilli possunt declarare testamentum, non idem etiam efficere, quod testamentum: & eo quoque modo codicilli declarant testamentum, non testamentum condunt, hoc est, non institutionem heredis faciunt. Et idem etiam erit multo magis, si in testamento scripserit hoc modo: *cujus nomen codicillis scripsero, ille heres esto*, & postea codicillis scripserit nomen Titii, quia palam hoc modo, nomen tantum heredis refertur in codicillos, institutio scribitur testamento, *d. l.* 10. *de condit. inst.* Et ita superiore casu, cum dixit, *quem codicillis heredem fecero, heres esto*, videtur tantum contulisse nomen heredis instituti in codicillos, & quem heredem codicillis fecero, hoc est, quem nominavero codicillis, ille heres esto. Codicillis ergo recte scribitur nomen heredis, sed non recte instituitur heres. Et similiter codicillis quoque recte adscribitur pars heredis instituti, hoc est, partis hereditariæ definitio recte confertur in codicillos, hoc modo: *ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto*. Qua oratione videtur tantum conferre partem in codicillum, non institutionem ipsam. Et cum ita dixit, ut proponit, si postea forte codicillis nullam adscribat Titio partem, an nihilominus Titius erit heres? sic sane, ut aperte demonstratur in *l. 36. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *d. l.* 10. nam ut valeat heredis institutio, non est necesse adscribi partem, etiamsi adjiciatur coheres: recte quis heres instituitur sine parte, quandoquidem satis potest intelligi, quam partem eum habere voluerit. Erit igitur Titius heres, etiamsi postea codicillis nullam ei partem adscripserit, quasi sine parte institutus, & erit heres ex eo, quod assi deerit, hoc
A est, ex residuo assis, si testator totum assem non distribuerit, ut in specie *h.l. & l. item quod, h.t. in pr. & §. sed etsi asse.* Vel erit heres in alterum assem, id est, in dimidiam hereditatis partem, si testator totum assem expleverit, distribuerit, *d.l. item quod*, *§. sed etsi ex asse*, *h.t.* His consequens est, ut etiam valeat hæc institutio: *si Titium codicillis heredem fecero, heres esto*. Nam & hoc casu Titio codicillis scripto, non codicillis, sed testamento dari videtur hereditas. Denique idem erit, si ita dixerit: *ille Titius, quem codicillis heredem scripsi, heres esto, d.l.* 10. Et usus sum nuper his omnibus legibus in hac specie. Quidam instrumento donationis donaverat inter vivos primo & secundo, & ejus liberis masculis bona quædam, & si hi omnes decederent sine liberis masculis, dixerat, se in ea bona substituere, quos postea substitueret in testamento, quod facere meditabatur: po-
B stea facto testamento substituit in ea bona, in hunc casum: *si primus & secundus morerentur sine liberis masculis*, neque adjecit quicquam, *de liberis masculis primi & secundi*, id est, non dixit plene, ut dixerat in donatione, *si primus & secundus & eorum liberi masculi moriantur sine liberis masculis, illi substituti sunto*, sed mentionem tantum fecit primi & secundi, quæritur, *quæ scriptura, quis casus substitutionis spectandus potius sit, an qui scriptus est in donatione, aut qui scriptus est testamento?* Dixeram, donationem potius spectandam esse, quoniam substitutio ea non videtur facta testamento, sed instrumento donationis.

Ad L. Mævius LXVI. de Leg. 2.

Mævius fundum mihi ac Titio sub conditione legavit,
C *heres autem ejus eundem sub eadem conditione mihi legavit: verendum esse, Julianus ait, ne extante conditione pars eadem ex utroque testamento mihi debeatur. Voluntatis tantum quæstio erit: nam incredibile videtur id egisse heredem, ut eadem portio bis eidem debeatur. Sed verisimile est de altera parte eum cogitasse. Sane constitutio principis, qua placuit eidem sæpe legatum corpus non onerare heredem, ad unum testamentum pertinet. Debitor autem non semper, quod debet, jure legat, sed ita si plus sit in specie legati. Si enim idem sub eadem conditione relinquitur, quod emolumentum legati futurum est?*

Hic versatur mentio Constitut. D. Pii, aut sane pendet omnis ea quæstio ex constit. principis, quem sic vocat, hoc est, D. Pii, ut apparet ex *l. plane*, §. 1. & 2.
D *de leg.* 1. id est, ex ea constitutione sic statuo, *si eadem res eidem ab eodem herede, eodem testamento bis, aut sæpius legetur, semel tantum debetur, & re soluta, vel æstimatione rei, heres omnino liberatur*. Hæc est constitutio D. Pii, quæ locum obtinuit generaliter sine ulla distinctione legatorum. Nam in ea re nulla est differentia inter genera legatorum, id est, nullum est genus legati, sive sit per damnationem, seu per vindicationem, quod mutet regulam, aut vitiet. Et idem etiam juris est in stipulatione, *l. 18. de verb. oblig.* qui bis promittit eandem rem, semel tantum eam debet, quod observant etiam hodie negotiatores. Nam millies promittent eandem rem, scientes semel tantum debitam iri. Dixi in superiore conclusione, *eidem*. Quæro, quid si diversis separatim ea res legetur Primo & Secundo. Primo lego
E fundum & Secundo? Et hac in re erat olim differentia inter genera legatorum: Nec enim eodem jure erat legatum damnationis, quo legatum vindicationis. Sed hodie sublata differentia legatorum ex Constitut. Justin. semel tantum eis præstabitur ea res, concursu partes facient, nisi appareat, testatorem evidenter voluisse utrique eam dari solidam, uni rem scil. alteri æstimationem. *l. un. C. de cad. toll. l. si pluribus, de leg.* 2. Item dixi, *ab eodem:* quid si a diversis heredibus? ut a primo herede mihi legavit fundum, & idem quoque fundum a secundo herede scripto mihi legavit: & erat etiam differentia hac in re olim, quæ hodie sublata est Constit. Justiniani, & res simpliciter procedit, ut scilicet heredes semel tantum præstent eam rem collatis partibus, *par moitie*, quod demon-

monſtratur plenius §. *eum h. l.* Præterea dixi, *eadem res*, id eſt, idem corpus, ut ait hoc loco conſtitutio principis, ad differentiam quantitatis, ſi idem corpus legetur, ſemel tantum debetur. Quid ſi eadem quantitas ſæpe legetur? Legavi Titio 100. prima parte teſtamenti, eidem ima parte legavi etiam 100. an debentur 200. quantitas facile duplicari poteſt, aut multiplicari. Et ſane volente teſtatore quantitas ſæpius debebitur eadem, & quidem legatarius id probare debet, alioqui videtur teſtator repetiiſſe legatum, inculcaſſe idem legatum heredibus, vel id feciſſe videbitur oblivione prioris legati, ut eſt in *l. quingenta, de probat.* Quod in multis negotiis obſervari nonnunquam oportet, oblivione quid factum ſit, nec ne, *l. Ariſto, quæ res pig. l. ult.* §. 1. *de liber. leg.* Uno tantum caſu præſumptio facit pro legatario: & ideo non tenetur probare teſtatorem voluiſſe duplicare legatum quantitatis, quia a quo præſumptio ſtat, ei non incumbit facile probare. Igitur hoc caſu onus probationis incumbit heredi, ut probet teſtatorem noluiſſe duplicare ſummam, ut caſus eſt *d. l. quingenta*, ſi teſtamento 100. legavi eidem, & codicillis æque centum eidem: nam cum diverſæ ſint ſcripturæ, teſtamentum & codicillus, facilius præſumitur multiplicatio, & heres probare debet poſteriorem ſcripturam eſſe inanem & ſupervacuam ex mente defuncti, alioqui præſtabit legatario ducenta. Et ut oſtenditur in *d. l. plane*, §. 1. & 2. & 3. *de leg.* 1. ratio differentiæ inter rem & quantitatem eſt evidens, quæ notanda eſt plurimum, quia res ſæpius dari non poteſt, ne volente quidem teſtatore, hoc eſt res eadem ſæpius mea fieri non poteſt, *l. ſi ſervus* 108. §. *Stichum*, *de leg.* 1. at eadem quantitas ſæpius præſtari poteſt volente teſtatore, quia etſi ſit eadem quantitas, non eſt tamen eadem res: eſt idem genus, ſed non eadem ſpecies. Ergo res ſæpius dari non poteſt. Dices, legavi rem eandem ſæpius, puta fundum legavi bis eidem, cur non erit præſtatio duplex: puta una rei, altera æſtimationis? Fateor rem ipſam bis non poſſe dari, ſed æſtimatio poteſt. Hoc enim jus non patitur, quia non legavit æſtimationem, nec legare voluit, ſed rem eandem bis legavit: & ideo nec æſtimatio peti poteſt ex ſecundo legato, quia obſtat hæc regula juris, duas cauſas lucrativas in eandem rem; & eandem perſonam concurrere non poſſe, *l. omnes*, §. 1. *de obl. & act.* §. *ſi res aliena, Inſt. de leg.* Ergo ſi rem ſum conſecutus ex cauſa legati ſemel, quæ eſt lucrativa, non poſſum ejus rei nomine nec æſtimationem petere, niſi hoc voluerit teſtator. Et ſumma hæc ſit: nec volente teſtatore eadem res bis dari poteſt: quia hoc nec naturalis, nec civilis ratio patitur, ut ejuſdem rei fiat dominus ſæpe. At volente teſtatore poteſt mihi dari res, atque etiam æſtimatio ejuſdem rei, *l. ſi alii, de uſufr. l. nutu*, §. 1. *de leg.* 3. Poſtremo dixi *eodem teſtam.* id eſt, teſtamento unius hominis, vel teſtamento & codicillis ejuſdem hominis: nam codicilli ſunt pars teſtamenti. Quid ergo, ſi duorum teſtamentis eadem res mihi legetur? Et placet hoc caſu eam rem bis deberi, ex uno teſtamento deberi rem, ex altero æſtimationem. Sed multum intereſt, quid legatarius primum conſecutus fuerit, ut explicatur *d. l. plane* §. *ſi res al.* Nam ſi ex uno teſtamento ſit conſecutus æſtimationem, ex altero petet rem, atque ita conſequetur bis. Sed ſi uno ex teſtamento prius ſit conſecutus rem, poſtea non petet ex alio æſtimationem, propter illam regulam, ne concurrant duæ cauſæ lucrativæ. Sed quid rurſus, ſi eadem res mihi legetur teſtamento Titii & teſtamento heredis Titii? teſtator mihi legavit rem, eandem mihi legavit heres, an bis debebitur? non hoc caſu, quamvis ſint duo teſtamenta, quia heres legavit rem, quam debuit jam ex teſtamento. Inutile autem eſt legatum, ſi debitor leget quod debet, niſi plus ſit in legato, quam in debito, *l. ſi debitor, l. legavi, de lib. leg.* Et huc pertinet ſpecies hujus l. proprie, quæ talis eſt: Mævius legat mihi & Titio fundum ſub conditione, quo caſu ſingulis partes debentur, aut concurſu partes facturi ſumus: deinde pendente conditione heres Mævii eundem fundum, vel partem fundi, nil refert, ut probat §. *duobus* in *h. l.* mihi legavit ſub eadem conditione ita, ut non ſit amplius in legato heredis, quam in legato Mævii: extitit conditio uniuſcujuſque teſtamenti, an bis mihi eadem pars debeatur ex utroque teſtamento quæritur? Et placet mihi eandem partem deberi ex teſtamento Mævii tantum. Inutiliter eſſe legatam eandem partem teſtamento heredis Mævii, quia fuit debitor ejus partis, & incredibile eſt, heredem duplicare legatum voluiſſe, ut ſcil. haberem partem ex teſtamento Mævii, & æſtimationem ex teſtamento heredis, & potius eſt credibile, eum de alia parte cogitaſſe, id eſt, de æſtimatione alterius partis debitæ Titio, hoc eſt, non legaſſe heredem mihi meam partem, ſed partem adſcriptam Titio collegatario meo, hoc eſt, æſtimationem hujus. Hac ratione ergo conſequar partem ex teſtamento Mævii, & alterius partis æſtimationem ex teſtamento heredis: non eadem pars mihi debebitur ex utroque teſtamento, ſed una ex uno teſtamento, altera ex altero, id eſt, æſtimatio alterius. Pars autem ipſa altera debetur collegatario ex teſtamento Mævii. Et in ſumma ita ratiocinatur Papin. in ſpecie propoſita: Videtur eadem pars bis legari mihi, & deberi pars ex teſtamento Mævii, & ejuſdem partis æſtimatio ex teſtamento heredis. Sed incredibile eſt, inquit, niſi aliud probetur, heredem duplicare legatum voluiſſe ejuſdem partis, quod ſi voluiſſet, utique valeret, & ex uno deberetur pars, ex altero æſtimatio ejuſdem partis: nam nihil obſtaret D. Pii conſtitutio, quæ vult ſemel tantum deberi eandem rem ſæpius legatam, quia loquitur de eodem teſtamento. Hic ſunt duo teſtamenta, id eſt, duorum: ergo ſi hoc voluit heres, ſane valebit utrumque legatum, quamvis utrumque ſit ejuſdem partis. Sed incredibile eſt, voluiſſe heredem duplicare, id eſt, minus veriſimile. Incredibile eſt, quod credi non poteſt: ſed & non veriſimile: incredibile non eſt *ἀσύστατον*, ſed *κακοσύστατον*, *qui malaiſément peut eſtre, qui ne peut eſtre*. Ergo an dices inutile eſſe legatum relictum teſtamento heredis, quaſi a debitore relictum? quia heres legavit id quod debuit, hoc eſt, eandem partem. Hoc cavere maxime debemus ſemper, ne inutilia faciamus legata vel inania: eam debemus ſemper accipere interpretationem quæ non faciat inutile legatum, *l. Titia*, §. 1. *de leg.* 2. *l. quotiens* 2. *de reb. dub.* quoniam nemo intelligitur legare fruſtra & inutiliter. Ideoque ne legatum relictum ab herede ſit inutile, melius erit, & eſt veriſimilius, heredem ſenſiſſe de altera parte, Mævium puta legaſſe mihi partem fundi, & heredem ejus alterius partis adſcriptæ Titio æſtimationem. Ac ita concludit eleganter Papinian. veriſimilius eſſe, niſi aliud probetur, heredem legaſſe alteram partem, hoc eſt, æſtimationem, ne videatur fruſtra legaſſe, aut partem alteram ipſam, ſi collegatarius ſit contentus æſtimatione.

Ad §. 1. 2. 3. 4. eod.

Duorum teſtamentis pars fundi, quæ Mævii eſt, Titio legata eſt: non ineleganter probatum eſt, ab uno herede ſoluta parte fundi, quæ Mævii fuit, ex alio teſtamento liberationem obtingere: neque poſtea parte alienata revocari actionem ſemel extinctam.

§. 2. *Sed ſi pars fundi ſimpliciter, non quæ Mævii fuit, legetur, ſolutio prior non perimit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo ſuam factam poterit alter heres ſolvere, (neque) plures in uno fundo dominium juris intellectu, non diviſione corporis obtinent.*

§. 3. *Non idem reſpondetur, cum duobus teſtamentis generatim homo legatur: nam qui ſolvente altero legatarii factus eſt, quamvis poſtea ſit alienatus ab altero herede, idem ſolvi non poterit: eademque ratio ſtipulationis eſt: hominis enim legatum orationis compendio ſingulos homines continet, atque ab initio non conſiſtit in his qui legatarii fuerunt: ita fruſtra ſolvitur, cujus dominium poſtea legatarius ademptus eſt, tametſi dominus eſſe deſinit.*

GRavior fuit tranſitus legis facilis, ad legem difficilem hanc de leg. 2. Et licet, quod ad eam pertineat, nihil omiſerim, tamen quo res levior, & facilior, quod cogni-

cognitu digniſſimum eſt, & quod valde pertinet ad §. ſeq. hodie interpretari debeo. Ex his, quæ dixi paulo ante, repetam duo vel tria, & ſi poſſim ratione faciliore quadam. Et hæc duo vel tria comprehenduntur uno verbo. Sane ſubtilis adeo eſt quæſtio prima hujus legis, & ſecunda, quæ eſt §. ſeq. ut opus ſit iſta repetitione. Ceteræ quæſtiones erunt facillimæ. Primum repetam differentiam inter corpus & quantitatem. Conſtitutio Divi Pii hæc eſt: *ſi eadem res eidem ab eodem herede uno teſtamento eodemque legetur, ſemel tantum debetur*: *ſi eadem res*, dixit, quia ſi diverſæ res ſint legatæ, quis neſcit omnes deberi? & *res*, id eſt, corpus: nam quantitas eadem ſæpius legata, ſæpius debetur volente teſtatore, quod cum voluiſſe legatarius probare debet, alioquin teſtator præſumitur potius repetiiſſe legatum ejus pecuniæ, quam duplicaſſe, vel id feciſſe forte ima parte teſtamenti oblivione prioris legati. Et ratio differentiæ inter corpus & quantitatem, eſt evidens: res eadem, nec volente quidem teſtatore, ſæpe dari aut præſtari poteſt, quia res, quæ ſemel facta eſt mea, amplius non poteſt fieri mea: res, quæ mihi data eſt ſemel, iterum mihi dari non poteſt. At nec æſtimatio quidem debetur ex repetitione, quia res legata eſt, non æſtimatio, & ſecundum regulam juris, duæ cauſæ lucrativæ in eadem re concurrere non poſſunt, niſi appareat hoc voluiſſe teſtatorem, ut & res, & æſtimatio præſtaretur, quod legatarium probare convenit, *l. ſi alii §. rerum, ſup. de uſufr. l. nutu, §. 1. de leg. 3.* At quantitas eadem volente teſtatore ſæpius præſtari poteſt, quia etſi ſit quantitas eadem, non eſt tamen eadem ſpecies, non ſunt eadem corpora: denique quantitas eadem facile multiplicatur: quingentis addam quingenta, quidni? Corpus quidem non recipit multiplicationem, ac proinde duæ cauſæ lucrativæ in eandem rem, id eſt, in idem corpus concurrere non poſſunt. Duæ cauſæ lucrativæ in eandem quantitatem concurrere poſſunt. Hæc eſt ſpecies, & ſumma brevis totius quæſtionis propoſitæ initio hujus legis. Mævius mihi & Titio legavit fundum ſub conditione: heres Mævii eundem mihi legavit ſub eadem conditione. Exiſtente conditione videtur ejuſdem fundi pars mihi deberi, id eſt, ex utroque teſtamento, ex teſtamento Mævii, & heredis ejus. Nec enim obſtat quicquam conſtitutio Divi Pii, quæ vult ſemel tantum deberi eandem rem ſæpius legatam, quia de re loquitur unius teſtamento ſæpius legata. Hoc caſu, duorum teſtamentis proponitur eadem res mihi fuiſſe legata. Et ſane ſi voluit heres eandem partem mihi deberi bis, bis debebitur, & ex uno teſtamento conſequar rem, ex altero æſtimationem, *l. plane, §. 1. de leg. 1.* Sed vix credibile eſt, ut ait, heredem eandem partem bis deberi voluiſſe, niſi hoc eum voluiſſe legatarius probet evidentiſſimis probationibus. In dubio hoc non præſumemus. Quid ergo? an in dubio dicemus, inutile eſſe legatum relictum teſtamento heredis, quaſi a debitore relictum? Præſertim, ſi non plus ſit in legato, quam in debito, ut hic non fuit plus in legato relicto teſtamento heredis Mævii, quam Mævii: Fuit namque portio eadem in utroque teſtamento: nam relicta duplicandi animo ab herede Mævii, nec pure relicta: alioquin plus eſt in poſteriore legato, & valeret, ſed ſub eadem conditione: ſi, inquit Papinian. heres Mævii non animo duplicandi legatum idem ſub eadem conditione legavit, quod emolumentum legati futurum eſt? Ex qua diſputatione ſequitur, ejuſdem rei, ſeu partis legatum mihi relictum teſtamento heredis Mævii eſſe inutile, quia in eo non plus eſt, quam in legato relicto teſtamento Mævii: cum & teſtamento heredis ejus ſit relictum ſub eadem conditione. Sed tandem concludamus poſt illam diſputationem, veriſimilius eſſe, heredem noluiſſe legare inutiliter, ac proinde, ut legatum magis valeat, quam pereat, heredem legaſſe videri, non eandem partem fundi, quæ mihi erat relicta teſtamento Mævii ſub conditione, alioquin inutile eſſet legatum, ſed alteram partem ſub eadem conditione, non mihi relictam teſtamento Mævii. Et ſecundum hanc concluſionem, exiſtente conditione petam partem fundi ex teſtamento Mævii ab herede ejus, & alteram partem ex teſtamento heredis, ab herede ejus, heredis ſcil. Et nihil præterea continet initium hujus legis, ſed difficile erat rem ita digerere. Et tamen illud iterum repetam. Si res eadem eidem legetur duorum teſtamentis, bis eam deberi, *l. plane, §. 1.* Et addamus nihil referre, res propria legata ſit, an aliena: nam utraque poteſt venire in ſpeciem legati. Sed id ſane refert, quia ſi rem conſecutus fuero ex uno teſtamento, perimitur altera actio, quia duæ cauſæ lucrativæ in eandem rem concurrere non poſſunt, ut nec ex altero teſtamento æſtimationem petere poſſim. Contra vero, ſi prius æſtimationem abſtulerim, ſupereſt mihi rei repetitio, & hoc ſolum modo bis petere poſſum. Denique ſi bis idem conſequi velim ex utroque teſtamento, prius debeo ex uno nanciſci æſtimationem, ut ex altero nanciſcar rem, quia ſi prius rem nactus ſim, jam rei, quæ mea eſt, non poſſum æſtimationem petere: ſed ſi æſtimationem prius nactus ſim, non prohibebor poſtea rem petere, quamvis ea res tanti ſit, quanti ſumma, quam percepi, *§. ſi res aliena, Inſt. de leg.* His cognitis finge, quæ eſt ſpecies §. *duorum*.

Duo teſtatores ejuſdem fundi, qui alienus erat, partem mihi legaverunt: fundus ille alienus non erat unius proprius, ſed erat duorum communis pro indiviſo, Mævii partem aut Titii: teſtatores in eo fundo nihil habuerunt juris, & legaverunt mihi, ut dixi, non totum eum fundum: nam ſi totum legaſſent, nullus eſſet labor, ſed legaverunt mihi hujus fundi partem. Videndum eſt, qua forma eam partem legaverint mihi. Ita enim diſtinguit Papinianus: aut eam partem mihi legaverunt cum finitione certa, *une portion certaine*, hoc modo, *partem, quæ Mævii eſt*, aut mihi legaverunt partem ſimpliciter, ut ait, *lego tibi partem illius fundi*. Ita ergo diſtinguit: aut ſic legaverunt partem hujus fundi, *partem quæ Mævii eſt*, cum illa finitione, aut partem ſimpliciter. Priore caſu, ſi mihi legaverunt partem, quæ Mævii eſt, & ex unius teſtamento eam partem percepero per heredem redemptam a Mævio, nihil petam ex altero teſtamento, quia duæ cauſæ lucrativæ in eandem rem, & in eandem perſonam concurrere non poſſunt, atque ita ex unius legati cauſa, perimitur actio alterius legati, *l. non quæcunque, de leg. 1.* Sed obiter quæram, an perempta actio alterius legati reſtituatur, ſi forte rem acceptam ex cauſa unius legati poſtea alteri alienavero, an alii re alienata, nunc mihi liceat agere ex altero teſtamento? minime: actio ſemel extincta non reſtituitur, *l. 10. §. pen. de in rem verſo, l. qui res, §. arca, de ſolut.* A privatione ad habitum non eſt regreſſus, alioquin ſubinde renaſcerentur lites, nec ullus eſſet litium finis. Et ut ſi res mea mihi legetur, quæ teſtamenti tempore fuit mea, inutile eſt legatum, licet poſtea alienaverim, *l. cetera, §. 1. de leg. 1.* Ita ſi mihi legetur res non mea, quæ poſt fiat mea, inutile redditur legatum, nec reſtituitur eadem re abalienata. Ergo in hoc caſu priore, ſi partem quæ Mævii fuit, nactus fuero ex uno teſtamento, omnimodo amitto actionem ex altero teſtamento. Quid autem altero caſu, ſi duo illi teſtatores partem illius fundi mihi legaverint ſimpliciter? Priore caſu ſinguli videntur mihi legaſſe eandem rem, quia uterque mihi legavit partem, quæ Mævii fuit. Ergo non poſſum eam rem conſequi ex utroque teſtamento. Sed hoc caſu poſteriore ſinguli mihi non legaverunt eandem rem, quia partem ſimpliciter, & quam quiſque partem legaverit, incerta eſt: Fundus enim erat communis pro indiviſo: legaverunt igitur partem pro indiviſo, quæ incerta eſt: qui partem pro indiviſo dicit, partem incertam dicit: quia pars pro indiviſo non eſt, ſed intelligitur, id eſt, intellectu ſolo concipitur: pars pro diviſo ſenſu corporis percipitur, & digito demonſtratur: pars pro indiviſo, nec oculis concipitur, nec cerni poteſt, intelligi tantum poteſt. Et facere quidem poſſis partem pro indiviſo certam, ſi dixeris, partem quæ Mævii eſt, partem quæ Titii eſt, quæ finitio certam eam quodammodo efficit, *l. unus, infra, de acq. poſſ.* Ceterum eam demonſtrare, eam cernere aut tangere, aut per omnia certam efficere non poſſis ſine diviſione. Et hoc eſt, quod ait Papin.

hoc

hoc §. plures in uno fundo communi pro indiviso habere dominium juris intellectu, non divisione corporis. Et legendum omnino in hoc §. *namque plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent*, id est, in fundo communi pro indiviso dominii partes intelliguntur secundum jus quod cuique competit, nondum autem sunt ante divisionem, nondum sub sensum cadunt propter incertum, *l. 5. de stip. serv.* Ex quo efficitur, ut si duo testatores fundi alieni, qui erat communis pro indiviso inter Mævium & Titium, partem mihi legaverint simpliciter, & ex unius testamento partem consecutus fuero, liceat mihi etiam partem persequi ex alterius testamento, quasi non eadem re legata utroque testamento. Et hoc etiam, ut si partem acceptam ab unius herede forte aliquo casu alter heres acquisierit, mihi ab eo petenti partem possit eandem solvere, quam ego acceperam, & ipse postea acquisivit aliquo casu, ut possit illius partis solutione defungi, quia certa non est pars eadem, eadem est intellectu, non eadem sensu, eadem non est corpore. Denique aut legaverunt testatores in proposita specie mihi partem cum finitione personæ domini, puta partem, quæ Mævii est, & utroque testamento mihi videtur legari eadem res, nec possum eam ex utroque petere: aut mihi legaverunt simpliciter partem, & non videntur legare eandem rem singuli. Itaque ex utroque testamento mihi portio partis competit efficax: & proposita ista distinctione Papinian. ostendit deinde, quod dixit de parte fundi legata indistincte, simpliciter, idem non obtinere in homine indistincte & generaliter legato duobus testamentis: qua in parte Papinian. ostendit magis ingenii sui acumen: habuimus in priore parte §. *duorum*, de parte fundi pro indiviso legata simpliciter, ut etiamsi partem ex uno testamento ceperim, supersit actio ex altero testamento, qua conventus heres altero testamento scriptus, etiam illam eandem partem, quam prius ex alio testamento cepi, ac post alienavi, aliquo modo suam factam mihi solvere possit, & liberari, quod non sit omnino idem, neque eadem pars, etiamsi dicatur eadem. Nunc ex posteriori parte intelligimus, aliud servari, si duorum testamentis homo mihi legatus sit generaliter, id est simpliciter. Idem enim omnino est, *l. si domus, de leg.* 1. Ostendamus, aliud esse, si homo legetur simpliciter duorum testamentis, ac primum, si Stichum consecutus fuero ex uno testamento, superest mihi quidem actio ex altero. Verum heres ex altero testamento, eundem Stichum mihi solvendo non liberatur: eadem pars, quæ ex uno testamento soluta est, solvitur recte ex altero. Idem Stichus, qui solutus est ex uno, non recte solvitur ex altero. Qui homo meus factus est solvente uno herede, quamvis postea sit alienatus a me, non potest idem solvi altero herede. Et ut legato hominis non continetur homo, qui ab initio meus fuit; ita etiam non continetur Stichus, puta, qui postea factus est meus, licet dominus esse desierim. In quo non consistit legatum, vel obligatio legati, nec in eo solutio, nec liberatio consistit, *l. qui decem, §. Stichus, de solut.* Et notat Papin. idem juris esse in stipulationibus: Nam si a duobus stipuler homines separatim generaliter, & ab uno accepero Stichum, ab altero promissore is Stichus aliquo casu ejus factus, mihi solvitur frustra, quemadmodum etsi ab initio is Stichus fuisset meus, frustra solveretur, licet postea desiisset esse meus. Et ut dixi, in quo non consistit obligatio, nec solutio: nec refert ab initio Stichus fuerit meus, an postea factus sit: non refert inutile quid sit, an postea deveniat in eam causam, a qua incipere non potuisset, *§. item contra, Inst. de inutil. stipul*, nihil refert: an quid sit initio vitiosum, an postea in vitium prolabatur. Ergo legato hominis relicto generaliter, neque continetur Stichus, qui tunc meus fuit, nec is, qui postea factus est meus, licet desierit esse meus. Et ratio differentiæ inter partem simpliciter legatam, & hominem simpliciter legatum redditur a Papiniano hoc in loco perquam ob-

A scure: *hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet: hominis legatum orationis compendio*, id est, sub illo nomine generis, *continet singulos homines*, unius quidem præstatione heres liberatur, sed tamen quodammodo, ut ait *l. 3. qui & a quib. man.* singuli videntur legati sub conditione, *si legatarius elegerit*: singuli, qui in familia fuerunt testatoris, etiamsi quinque millia fuerint, vel in aliena, si ex ea præstari servum voluit, adeo ut interim heres testatoris servum nullum manumittere possit, *d. l. 3.* Denique legatum hominis singulos homines continet, quia hominis proprietates eædem sunt in singulis, & hominis est finitio & notio certa. Ergo legatum hominis continet Stichum, qui defuncti erat vel alterius: non continet Stichum, qui tunc meus erat, ergo nec eum, qui postea factus **B** est meus solvente uno herede, quia obligatio perimitur re deducta in eam causam, qua incipere non potuisset. Et in quo non consistit obligatio, nec solutio, non poterit igitur idem Stichus ab altero herede solvi. Ac partis legatum non continet singulas partes, quia nec partium proprietates sunt eædem, nec partis pro indiviso est notio certa: ergo legatum partis non continet partem, quæ defuncti fuit, vel alterius fuit, nec eam, quæ socii, nec eam, quæ mea fuit, aut quæ post mea facta est, desinit nunc esse mea, quia eadem ipsi pars non videtur legata, sed incerta, & opponitur pars pro indiviso parti certæ, *l. placuit, quib. mod. usufr. amit. l. 1. §. hoc interdicto, uti poss.* Quod voluit significare Papinian. sed breviter adstringit, ut solent Jurisconsulti persæpe dicere rationes suas, propositiones & conclusiones omit**C** tentes. Habuimus etiam ita concisam rationem differentiæ inter iter & viam in *l. eum usumfr. de usufr. leg.* Conclusio igitur hæc sit: parte simpliciter legata duorum testamentis, si ex uno cepero partem, ac post alienavero, & pervenerit in dominium alterius heredis, hic heres eandem partem solvendo se liberare potest: quia nec plane eandem solvere videtur, & ut legato non intelligitur contineri: ita quæ nunc posterius solvitur, non intelligitur contineri posse priori solutione, vel quæ posterius solvitur, non eadem esse intelligitur, quæ est soluta prius. At homine generaliter legato duorum testamentis, si Stichum ex uno testamento accepero, & alienavero, ex altero testamento eum non accipiam, quia idem est, & res eadem sæpius dari non potest. Duo (*) concludamus in hoc §. Primum est, stipulatione hominis **D** concepta generaliter, non contineri hominem, qui tunc fuit stipulatoris. Obstat huic sententiæ *l. qui decem §. Stichum, de solut.* In illo §. tres ponuntur species, & in omnibus idem jus est. Prima est. Stipulatus sum Stichum & Pamphilum, & tamen meus erat Pamphilus: si is desierit esse meus, promissor solvendo Pamphilum, non liberabitur, quia in Pamphilo nec obligatio, nec solutio consistit. Idemque erit, si Pamphilus postea fiat meus, *l. 16. de verb. oblig.* quia res recidit in eam causam, a qua incipere non potuit. Secunda species hæc est: Stipulatus sum hominem generaliter, eadem est ratio stipulationis & legati. Ergo stipulatione non continetur is homo, qui tunc meus fuit. Et ita tamen est scriptum in *d. §. Stichum*: unum ex his, qui tunc stipulatoris servi erant dando promissor liberabitur, quod rationem nul**E** lam habet: nam hac stipulatione non continetur is homo, qui tunc fuit stipulatoris, sed de alio, non de suo sensit. Et ut legato homine relicto generaliter non continetur, qui fuit legatarii: ita nec is, qui fuit stipulatoris. Et eadem est ratio stipulatoris & legatarii. Et legendum in illo §. *num ex his, qui stipulatori tunc serviebant, promissor dando liberabitur?* ut & in specie tertia ejusdem §. *num mortuis duobus, qui alterius erant, &c.* Si igitur quis hominem stipulatus sit generaliter, num ex his, qui tunc stipulatoris erant, postea servi esse desiderant, postea dando liberabitur? Et respondet, *vi quidem ipsa, & hic & his dari stipulatus est, qui ejus non erant*: ac si diceret, non

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 8.*

non tantum prior ille, qui stipulatus est Stichum & Pamphilum, intelligitur stipulatus eos, qui ejus non erant, sed etiam hic, qui homines est stipulatus generaliter, intelligitur vi ipsa stipulatus ex his, qui tunc non erant ejus, & *vi ipsa*, id est tacite, etiamsi non expresserit. Atque ita nihil obstat. Tertia species hæc est: stipulatus sum homines ex his, quos Sempronius reliquerit: moriens tres servos reliquerat Sempronius: unus erat stipulatoris, post esse desiit, mortui sunt duo, qui alterius erant, non stipulatoris: Quæritur, *an debeatur, an solvatur recte reliquus servus, qui erat stipulatoris, & post esse desierat?* Et ait, eum nec deberi, nec solvi posse. Sed addit exceptionem, nisi ante mortem duorum reliquus servus desierit esse stipulatoris. Et ita distinguit: aut ille superstes servus post mortem duorum desiit esse stipulatoris: Et hoc casu morte duorum omnino extinguitur stipulatio, in mortuis extinguitur: in superstite etiam nulla est, quia eo tempore, quo alii sunt mortui, is erat in dominio stipulatoris. Aut ille superstes servus alienatus est ante mortem duorum: Et hoc casu morte duorum non omnino tollitur obligatio, quia in obligatione superest servus superstes, quia non omnino intelligitur stipulatoris esse is, qui ejus non erat tunc: quandoquidem aliam adjecit finitionem, alium modum scil. ex his quos Sempronius reliquit. Si stipulatus esset hominem simpliciter, subintelligeretur is modus, ex eis, qui mei non sunt, sed alio adjuncto, puta, ex his, quos Sempronius reliquit, non subintelligendo, hic modus, & ante mortem duorum, si superstes desierit esse stipulatoris, debebitur, nec solvetur frustra, quia eum solvendo liberabitur promissor. Notandum postremo stipulatione hominis generaliter concepta, sicut legato hominis, non contineri eum, qui post factus est stipulatoris. Obstat huic sententiæ *l. si quis duos, de solut.* cuidam promisit duos homines generaliter, & Stichum solvit, & ita factus est stipulatoris post stipulationem: antequam solveretur alter homo, iterum is Stichus, qui solutus fuit, casu aliquo rediit in dominium promissoris, an liberabitur obligatione omni, solvendo rursus eundem Stichum, dicendo se homines duos dedisse? Ait esse omnino liberatum. Ergo homine generaliter promisso: servus, qui post factus est stipulatoris, & alienatus, recte solvitur. Sed respondendum nos loqui de servo, quem stipulator post stipulationem ab extraneo acquisivit. Promissor hujus solutione fungi non potest, obligatione per acquisitionem dominii in ipso servo extincta. Et res recidit in eam causam, a qua non potest incipere. *At d. l. qui duos*, loquitur de servo, quem post stipulationem stipulator ab ipso promissore acquisierit, id est, facto & solutione promissoris: hic facilius ab eodem ad eundem recurrit. Et ut in §. *item contra, de inutil. stipul.* inutilis est stipulatio, si in eam causam devenerit, in eum casum, a quo incipere non possit; modo devenerit, sine facto promissoris: Nam si ejus facto, non prohibebitur promissor ejusdem hominis solutione fungi, eodem homine ad se reverso: & id magis apparere in nummis: Nam si quis velit (*) paucos nummos accipere, & liberare debitorem in solidum, poterit accipere certos nummos, & retrodare, ac rursus accipere: puta, est debitor centum: nolo eum liberare acceptilatione, sed solutione, nec totum volo mihi solvi, sed decem tantum, quid faciam? accipiam decem, & retro ei reddam, quæ mox mihi referet, & ultima tantum retinebo, cum plures, hoc est, decies mihi solverit, videbitur debitor solvisse centum: qua de re dubitari tamen poterat, quia, qui accipit, & retrodat, & deinde accipit, *non potest videri solvisse potius quam decessisse*, ut scriptum est Floren. sed legendum, ut est rectius in aliis libris, videri accepisse potius, quam *dedisse, l. qui solvit, eod. tit.*

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 7.*

Ad §. In fundo, eod.

In fundo legato, si heres sepelierit, æstimatio referenda erit ad totum pretium fundi, quo potuit ante sepulturam æstimari: quare si fuerit solutus, actionem adhuc ex testamento propter locum alienatum durare rationis est.

EXplicabo quæstionem §. *in fundo*, quæ non est difficilis. Sed prius debeo rationem differentiæ, quam supra tractavi inter partem & hominem, inter partem fundi simpliciter legati, & hominem æque simpliciter legatum, facilius & melius explicare. Hesterna explicatio non satisfacit vobis, nec certe mihi, & intempestiva hora mihi fuit impedimento, in cogitando & dicendo. Cur parte fundi pro indiviso mihi legata duorum testamentis simpliciter, & generatim pars, quæ solvente uno herede mea facta est, quamvis postea sit alienata ab altero herede, idem mihi solvi non possit: Cedo rationem differentiæ inter partem simpliciter legatam, & hominem simpliciter legatum: nulla est fere ratio, quæ me torserit unquam magis. Eam Papinian. breviter præcidit his verbis: *hominis enim legato compendio orationis singulos homines contineri*. Aperit rationem, tamen non patefacit, non absolvit, cetera nobis cogitanda relinquit: vix ulla ratio alia in jure invenietur explicatu difficilior, id est, quæ ita possit explicari, ut illa ratio plane intelligatur ab omnibus: *legato*, ait, *hominis contineri singulos homines*, hoc est verissimum: nam homo, ut Seneca loquitur, est genus speciale, quod in se continet singulos, puta Stichum, Pamphilum, Damam, & alios. Singulos dicimus, quos vulgo vocant individua: species vel genus speciale continet singula individua, & genus generale continet singulas species. Ergo nihil est verius, quam quod proponit, hominis legato contineri singulos homines, & aliud est contineri, aliud consistere: nam Papinian. *in §. duorum*, his verbis contineri, & consistere etiam distincte utitur. Continetur legato, quod legatum est, quod in legato esse intelligitur, hoc est clarum. Consistit autem legatum in ea re, quæ solvi potest recte, & qua soluta se heres liberare potest. Qua autem in re consistit legatum, non continuo, & ea res continetur legato. Ex quo apparet differentia inter consistere & contineri: & retro etiam, quæ res continetur legato, non continuo etiam in ea consistit legatum. Hoc si planum facio exemplis, teneo rationem Papiniani. Exempla sunt rationis obsides seu sponsores, ut ait Plato. Exempla hæc sint: Si res mea mihi legetur, res mea continetur legato, in ea tamen non consistit legatum: item legato decem nummorum mihi relicto, sane non continentur legati decem, qui sunt in arca mea, in eis tamen consistit legatum; Nam si ii decem, qui in arca mea erant, fortasse ad heredem pervenerint, eos mihi solvendo non liberatur heres: Nam in eis consistit legatum recte, id est, eorum solutione legato liberatur heres, licet legato non continerentur primitus. Et ita legato partis fundi mihi relicto, non continentur partes singulæ fundi: Ergo nec continetur ea pars, quæ tunc mea fuit in eo fundo, nec quæ post facta est mea. Quod si contineretur, sane in ea non consisteret legatum, sed quia non continetur, etiam in ea consistit legatum, ut possit heres eandem partem aliquo modo suam factam mihi solvere & liberari. Contra, homine mihi generaliter & simpliciter legato, continentur singuli homines, singuli scil. homines servi. Ergo & is continetur, qui fuit meus, vel qui postea factus est meus, ac consequenter in eo non consistit legatum, & eundem hominem mihi dando heres non liberatur, quia fuit meus tempore testamenti, vel post cœpit esse meus. Restat, ut breviter ostendam, cur legatum hominis continet singulos homines, legatum partis non contineat singulas partes. Ratio est naturalis, & in promptu. Quis nescit differentiam esse inter totum & genus, & similiter inter partem & speciem. Homo est species, vel quod ante dixi

genus

genus speciale, quod habet in se singulos. Pars non est A genus vel generale, vel speciale, nec continet singulas partes ejus rei, cujus est pars, ut pars fundi non continet ceteras partes fundi, pars hominis non continet omnes partes hominis, in nomine partis nullum est compendium orationis. In nomine hominis est compendium orationis: compendium est veluti genus, quod multa continet, homo multos continet, pars multas non continet. Compendio fit substitutio, sic est legendum in *l. quamvis, C. de imp. & aliis*, id est, compendio orationis, quod plura tempora pluresve continet ætates, hoc modo: *si heres erit, & post vita decesserit, non expressa ætate, ille heres esto*, quæ substitutio facta impuberi, ne jure quidem fideicommissi consistit post pubertatem, nisi ex privilegio militiæ: moriente herede instituto intra pubertatem, consistit jure directo, *l. centurio, de vulg. substitut.* B

Brevis erit quæstio §. *in fundo*. Heres in fundo legato forte sub conditione, interim sepelivit: is locus, quo sepelivit, factus est religiosus mortui illatione. Eum ergo locum alienavit, quem tamen testator legaverat ante cum fundo toto: qui locum sacrum fecit, alienat, *l. ab agnato, ff. de curat. fur.* Ergo & qui locum religiosum facit, alienat: nam uterque locus fit divini juris, ex humano jure transit in divinum jus: non potuit heres minuere jus legati. Ergo etiamsi eum fundum solverit legatario, post solutionem poterit a legatario conveniri actione ex testamento, ut præstet æstimationem loci facti religiosi per heredem, pro rata videlicet habita ratione totius fundi quanti fuit, antequam illum locum religio occuparet, quia legatum fuit C fundi puri, non mixti religione: ergo aut fundum purum ex integro præstare debet, aut supplere ejus loci, quem fecit religiosum, æstimationem. Ex quo colligitur generalis definitio: etiam post solutionem legatæ rei, post solutam rem legatam durare actionem ex testamento, quandiu aliquid interest, aliquid deest rei legatæ: quæ definitio etiam comprobatur *l. hujusmodi, §. ædes, de leg. 1. l. etiam, de solut. l. dolum, ad Trebel. & in l. si imaginem, de auro & arg. leg.* Quæ lex est ex eodem lib. Papin. & omnino est conjungenda cum hoc §. Verba autem legis hæc sunt.

Ad L. Si imaginem, de aur. & arg. legato.

Si imaginem legatam heres derasit, & tabulam solvit, potest dici actionem ex testamento durare: quia legatum D *imaginis non tabulæ fuit.*

SPecies est talis. Legavit testator imaginem, quæ erat depicta in tabula quadam: heres derasit imaginem, & tabulam solvit derasa imagine. Durat, inquit, actio ex testamento etiam post præstitam tabulam, videlicet, ut ait hoc loco, *æstimatione relata ad totum pretium tabulæ, quo potuit æstimari, antequam deraderetur*. Ergo durat actio ex testamento, etiamsi soluta sit res legata, si non sit soluta integra: denique solutione tali non tollitur obligatio legati, id est, actio ex testamento. Et ita notandum *d. l.* omnino esse conjungendam cum hoc §. Sed adversus hunc §. opponitur, quod legitur aliis locis, heredem in fundo legato non posse locum religiosum facere, inferendo mortuum, *l. si locus, de relig. l. si fundum, de cond. & demonstr.* ut servum legatum aut E servos, qui legato continentur, heres non potest ad libertatem perducere, *l. 3. qui & a quib. l. si erit, de opt. leg.* Et tamen res ita tractatur in hoc §. quasi heres fecerit locum religiosum, in quo sepelivit mortuum, ejus scil. fundi, qui legatus erat alteri. Et vero ita est, fecit locum religiosum: videamus quomodo leges hæ sint adducendæ in concordiam. Heres in fundo legato non potest locum religiosum facere, hoc est verum generaliter: specialiter est falsum. Valde est elegans quod ait *l. moris est, §. sunt autem, infr. de pœn.* pleraque esse generaliter vera, quæ sumpta specialiter falsa sunt: & contra: pleraque specialiter, &c. In hoc §. ait, in fundo legato si heres sepelierit, non dicit, si quemcumque sepelierit generaliter: nam cujusque sepultura non faceret locum religiosum. Et hoc tantum est intelligendum de herede, qui in fundo legato testatorem sepelivit, quem alio loco opportune sepelire non potuit, quo casu fit sane locus religiosus, *l. 4. de religios.* & tamen tenetur legatario, ut eum indemnem præstet, quia testator, qui eum fundum legavit, vel alio voluit inferri, vel loci æstimationem legatario offerri: maxime si ipse eum locum sepulturæ suæ destinavit. Nam si jussu suo in eo fundo sepeliatur, heres nullo modo tenetur, *l. quid ergo, §. sed si, de leg. 1.* Sed si suo arbitrio, non testatoris jussu testatorem sepelierit in fundo legato, quem alio opportune sepelire non poterat, locus fit religiosus, & nihilominus tenetur legatario de indemnitate. Et quod ait hoc loco, *in fundo legato si heres sepelierit testatorem*, scilicet suo arbitrio, non ex testatoris jussu. Objicitur etiam adversus hanc *l. ab Accurs. l. si heres rem leg. hoc tit.* In hoc §. Papin. ait, heredem teneri actione ex testamento, si in fundo legato testatorem sepelierit, atque ita eum locum religiosum effecerit. *L. si heres*, loquitur de herede, qui rem legatam, puta vestem dedicavit in funus testatoris, & ait, teneri non actione ex testamento, sed actione in factum, ut indemnitatem præstet legatario. Hic §. dat actionem ex testamento: illa in casu simili, actionem in factum. Hæc vero non sunt pugnantia: nam in *d. l.* actio utilis appellatur in factum. Actio in factum est actio ex testamento utilis. Omnis actio utilis appellatur in factum, & in hoc actio ex testamento, est actio ex testamento utilis, sive in factum, non directa. Directa datur ad rem ipsam, utilis ad æstimationem. Igitur nulla est repugnantia.

Ad §. Eum qui ab uno.

Eum qui ab uno ex heredibus, qui solus oneratus fuerat, litis æstimationem legatæ rei abstulit: postea codicillis apertis, ab omnibus heredibus ejusdem rei relictæ, dixi dominium non quærere. Eum enim, qui pluribus speciebus juris uteretur, non sæpius eandem rem eidem legare, sed loqui sæpius.

REstant in *l. Mævius* quæstiones tres. Prima quæstio, quæ est in §. *eum qui*, vertitur circa speciem hujusmodi. Testator eidem bis, puta testamento & codicillis legavit eandem rem, non eandem quantitatem, alioqui cum hoc §. pugnaret lex *quingenta, de probat.* Ei dum respondit Accurs. hoc loco, rectissime separavit quantitam a re: ergo non quantitatem eandem, sed rem eandem, corpus idem testator eidem legavit tam testamento, quam codicillis, & non ab eodem herede, sed testamento eam legavit ab uno ex heredibus, codicillis ab omnibus heredibus. Quæritur, an bis debeatur, ita ut si ex testamento acciperet æstimationem, possit ex codicillis consequi rem? Et ita ponit Papinian. legatarium accepisse prius æstimationem ex testamento ab uno ex heredibus, qui in testamento solus oneratus fuerat: neque abs re ita ponit speciem, quoniam etsi bis deberetur legatum, & legatarius prius accepisset rem ex testamento, postea non posset æstimationem consequi ex codicillis, quia [illegible]uæ causæ lucrativæ, &c. nisi apparuerit perquam evidenter, & rem, & æstimationem rei testatorem legatario præstari voluisse, *l. si alii, in fin. de usufr.* Sed si ut ponit, prius æstimationem legatarius acceperit ex testamento priusquam codicilli aperirentur, an postea codicillis apertis poterit ex codicillis rem petere & consequi? Et breviter ita se res habet: legavit idem corpus testamento & codicillis: testamento, ab uno ex heredibus, codicillis, ab omnibus: testamento oneravit unum heredem, codicillis omnes, & legatarius ex testamento consecutus est æstimationem, an postea ex codicillis petet rem? Et ait ex codicillis nullam petitionem competere, quia rem semel legatam ad eum pervenire voluit: nec enim sæpius legando testator ampliat legatum ejusdem corporis, *d. l. si alii, §. ult.* repetit potius, quam ampliat, ut ele-

eleganter ait Papinian. hoc loco, *qui pluribus speciebus juris utitur*, id est, qui & testamento & codicillis eandem rem legat, ut legatarius eam habeat duplici jure, ex testamento, & ex codicillis, id non tamen sæpius legat, quam sæpius loquitur. Et hoc tantum ponit in arbitrio legatarii, ut vel ab uno herede petat legatum, vel ab omnibus, vel jure testamenti, vel jure codicillorum, sicut qui idem eidem legat jure legati, & jure fideicommissi. Hoc ponit in arbitrio legatarii, ut vel legatum persequatur jure directo, vel fideicomissi, quo genere plerumque ita legatur, *do, lego, darique volo.* Nam *do, lego*, sunt verba legati proprie: *dari volo*, sunt verba precaria, & fideicommissi: & ita eidem idem & per legatum, & per fideicommissum relinquitur, *l. Publius, l. non ad ea, de cond. & demonstr. l. quisquis, de leg. 3. l. si quis servo, de manum. testam. l. Aurelius, §. testamento, de lib. leg.* Et simili modo, ut dixi, cum quis idem corpus eidem legat testamento & codicillis, duplex tantum jus confert in legatarium persequendi legati, vel ex testamento ab uno ex heredibus, vel ex codicillis ab omnibus, non etiam ampliat legatum, id est, non vult ex testamento æstimationem præstari, ex codicilis rem. Et hoc est, quod ait eleganter in hoc §. Et omnino, quod hic scribit Papin. est etiam relatum ex Jul. in *l. si tibi homo, de legat.* 1. nec posset dari locus quisquam alteri similior, neque aqua aquæ usquam magis similis est, quam ille huic locus: miror dumtaxat Accurs. qui hos locos inter se pugnantes facit, qui huic §. opponit §. 1. *d. l.* & laborat etiam in his conciliandis. Et ex *d. l. si tibi homo*, §. 1. etiam in hoc §. est notanda ταυτολογία quædam: Nam ait in *d. l. si tibi homo*, §. 1. legatum ex testamento litis æstimationem abstulisse: hic ait, eum ex testamento abstulisse litis æstimationem legatæ rei. Sane illa verba abundant, *legatæ rei*: nam litis nomen satis significat rem legatam. Quid est abstulisse litis æstimationem? legatæ rei æstimationem: non possit alia lex alii esse magis similis per omnia; tantum abest, ut sit vel minima inter eas pugnantia. Sed quia usus sum jam sæpius testimonio legis, *si alii, §. ult. de usufr.* ad quam Accurs. male ponit speciem, præstat, ut eam apponamus: ait §. *ult. d. l.* multum interesse, rerum tibi an æstimationis ususf. legetur: nam si rerum ususf. legetur tibi, deducto eo, quod tibi præterea legatum est ex reliquis bonis, usumf. feres. Finge; legavit tibi fundum Titianum, deinde legavit tibi usumf. ejusdem fundi Titiani, & aliorum fundorum: posteriore legato non continetur ususf. fundi Titiani, qui satis continetur priori. Qui prius legat totum, deinde partem, partem inutiliter legat, *l. qui usumf. de verb. oblig.* nec ampliat legatum: qui idem corpus sæpius legat, non ampliat legatum, quia nihil agit: deducto igitur fundo Titiano ex reliquis bonis, feret usumf. nam quod ad fundum Titianum attinet, qui jam ante legatus erat, nihil consequitur amplius: sed si legarit usumf. æstimationis fundi Titiani, & aliorum fundorum, non deducetur fundus Titianus, qui ante ei legatus est, & præstanda ei erit non tantum reliquorum fundorum, sed etiam fundi Titiani æstimatio: Nam legata re etiam legando æstimationem ejus rei, legatum ampliare possis manifesto: sed legando eandem sæpius, ampliare legatum non possis, quia eadem res non potest mea fieri sæpius. Intellexistis responsum Papin. quod in pauca comprehendit hanc sententiam: semel tantum deberi rem eidem legatam testamento ab uno herede, codicillis ob omnibus. Obstat huic sententiæ lex *si pluribus heredibus, §. ult. h. t.* Hoc lex breviter ait, si testator legavit quinque ab uno herede, & totidem ab altero herede, bis deberi legatum, id est, quina ab utroque herede deberi, ut habeat decem. Quod ne quis dixerit in quantitatis legato facile procedere: Idem enim in re legata separatim a duobus heredibus est proditum in *l. quid ergo, §. 1. de leg.* 1. quæ eadem ratione objici potest responso Papiniani: nam ait, bis deberi rem, quæ mihi legata est ab uno herede, ac deinde, eadem ab altero separatim: utrumque legatum mihi solidum deberi: unum rem, alte-

A rum æstimationem debere, perinde atque si eadem res esset legata duorum testamentis. Nescivit hæc explicare Accurs. Sed observandum est nominatim *d. l. si plurib. §. ult. & d. l. quid ergo*, §. 1. loqui de legato damnationis, quando testator ita dixit: *damnas esto Titio dare quinque, vel fundum illum*: & idem etiam dixit alteri heredi, *damnas & tu esto illi dare quinque, vel fundum illum*: uterque locus est de legato damnationis, quo casu uterque debet solidum. Sed quod scribit Papin. in *hoc* §. pertinet ad legatum vindicationis, quod ita relinquitur, *illam rem tibi do, lego*: & hunc §. pertinere ad legatum vindicationis, illa verba demonstrant, *dominium non quærere*: nam de dominio quærendo rei legatæ, ipso jure scil. & recta via non tractatur, nisi in legato vindicationis, quod acquiritur ipso jure: legatum damnationis acquiritur tra-

B ditione heredis, non ipso jure, *l. a Titio, de solut. l. servo legato, de leg. 1. l. legatum, de leg. 2. l. 3. §. si rem, de leg.* 3. Et ita Papin. quia legatum dixit relictum per vindicationem, scribit hoc loco: *legatarium, qui consecutus est restitutionem rei ex testamento, non posse ex codicillis dominium quærere ipso jure secundum conditionem legati*, quorum verborum loco, lex *l. si tibi, §. 1. de leg.* 1. quam dixi huic esse persimilem, ait, *eum non posse ipso jure vindicare rem ex codicillis, qui jam ex testamento tulit æstimationem*. Erat igitur hac in re differentia inter legatum damnationis & vindicationis, ut & re legata duobus separatim erat differentia inter legatum damnationis & vindicationis, ut Ulp. scribit in fragm. Paulus in Sentent. Cajus in Inst. nam si erat legata per damnationem, singulis debebatur solidum: si per vindicationem, singulis partes: quæ

C tamen differentia sublata est a Justiniano: & quod jus erat in legato vindicationis, ex Const. Just. idem est in legato damnationis, *l. un. C. de cad. toll.* Verum ad hæc notandum est, in specie hujus §. legatarium ex testamento accepisse æstimationem rei solidam ab uno herede, qui non solus tenebatur. Proponitur in specie hujus §. legatarium ex testamento accepisse æstimationem rei solidam ab uno ex heredib. qui solus ex testamento oneratus erat legato. Recte: nam solus tenebatur legati nomine in solidum. Et falsum est, quod Accurs. tentavit: si quis unum ex heredib. oneravit legato, eum tantum teneri pro parte sua, coheredes in reliquum: alioquin nihil interesset, ab uno res legetur, an ab omnibus. Et verissimum est, eum, qui solus oneratus est legato, teneri in solidum, ut præstet legatum pro parte sua, & pro parte coheredum, id est,

D vel rem integram solvat redemptis partib. coheredum, vel æstimationem integram, *l. legatorum, §. 1. h. t.* Neque obstat, quod imposuit Accurs. lex *si fundum, §. si libertat. de leg.* 1. cujus species hæc est: libertus patronum heredem scripsit ex septunce, alium vero ex quincunce. Deinde ita legavit: *quisquis mihi alius* (quam patronus scil.) *ex supra scriptis cum patrono meo erit heres, ab eo Titio illos servos do lego.* Videtur legatum reliquisse a coheredib. patroni, non a patrono. Et Titius non poterit vindicare nisi quincuncem in servis, ex quo sunt scripti heredes, a quib. Titio legatum est. Sed ut hoc paucis exponam. Accurs. rectissime hanc affert rationem, non esse mirum, si coheredes patroni, qui soli sunt onerati legato, teneantur tantum pro parte heredis, id est, pro quincunce, quia testator consulere voluit patrono, ut & in eis retineat portio-

E nem suam, id est, septuncem: alii igitur etiam suas partes præstabunt: hoc fit ex voluntate defuncti: quam suggerunt illa verba, *quisquis mihi alius, &c.* alioqui præsumetur voluisse testator semper solidum præstari ab eo, quem solum oneravit: cetera erunt faciliora.

Ad §. Fundo pen. h. t.

Fundo legato, si ususfr. alienus sit, nihilominus petendus est ab herede: ususf. enim, etsi in jure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto, ob reliquas præstationes quæ legatum sequentur, agetur. Verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus: sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

Ait,

AIt, fundo legato, si ejus fundi usufr. sit heredis vel alterius etiam, usumfr. heredem debere præstare legatario, quia fundus legatus est, plenus scilicet. Ergo usumfr. heres debet redimere ab altero, vel suum cedere legatario, *l.26. l. cum filius*, §. *dominus*, *de leg.* 2. Et subjicit rationem Papinian. elegantissimam, quia quamvis usufr. in jure, non in parte consistat, quod exposui in *l. si Titio*, *de usufr.* quæ fuit prima ex hoc libro Papin. Usufr. igitur, quamvis in jure consistat, quamvis sit jus & servitus, quam homo in fundo alieno habet, non pars fundi, tamen partis instar obtinet, quia omne emolumentum rei continet. Quid enim mihi profuerit res sine usufr. vel species ejus? Ergo heres, a quo fundus legatus est, non præstat fundum integrum legatario, si etiam usumfr. non præstat; quia habetur pro parte rei, licet revera non sit pars rei, sed servitus. Et ita etiam fundo legato, si aliena sit possessio jure emphyteutico, vel alieno jure, & hæc possessio legatario præstanda est, quasi portio fundi & emolumentum. Eadem ratione fundo legato, si is sit pignori obligatus, heres eum luere debet, & liberum præstare hypotheca, quia jure pignoris possessio avocari posset, *l. si cum venditor*, *de evict.* & possessio, ut dixi, instar partis obtinet. In summa fundo legato heres debet præstare usumfr. & possessionem vacuam & fundum liberum. Hæ præstationes legatarium sequuntur necessario. Heres liberatur, si plenum dominium præstet: non liberatur, si præstet dominium sine possessione vel sine luitione, si forte hypothecæ obligatus sit. Et ita usufr. multum distat a possessione, a servitute prædii, veluti a via & itinere, & similibus. Nam fundo legato heres & usumfructum debet præstare, si sit alienatus: sed non debet eum liberare a servitute viæ, vel itineris, vel similibus, *d. l. cum fundus*, §. *dominus*, *l. servo legato*, §. *si fundus*, *de leg.* 1. sed tantum præstabit qualis est: nam servitutes prædiales non sunt partes fundi, sed qualitates, sicut usufr. & possessio, quæ habentur pro portione: nam etiam per has servitutes fundo impositas nihil ex emolumento fundi deperit, aut adeo parum, ut non sit id parti adnumerandum. Et postremo subjicitur, *sin autem res mea*, in quo versu explicando quis non laboravit? Sed omnem rem expedivit laborando, qui *præter* legit, non *propter*. Primum: si res mea mihi legetur, est inutile legatum, sed aliquando est utile. Excipiendæ enim sunt testamentariæ causæ: nam si rei meæ usufr. sit alienus, vel si rei meæ possessio sit aliena, vel si res mea pignori sit obligata, utile est legatum rei meæ, quia videtur mihi legari hoc, ut heres rem meam liberet. usuf. ut liberet pignore, & me possessorem faciat. Igitur propter istas causas valebit legatum rei meæ mihi datæ, & præter istas causas non valebit.

Ad §. ult. Eod.

A municipibus heredibus scriptis, detracto usufructu legari proprietas potest: quia non utendo possunt usumfruct. amittere.

MUnicipes possunt heredes institui, quamvis sit corpus incertum. Finge: illis heredibus institutis testator legat fundum detracto usufr. volens usumfr. remanere apud municipes heredes scriptos. Non valet legatum usufr. non valet detracto usuf. seu retento, nisi aliquando usufr. sit rediturus ad proprietatem: & retro non valet legatum fundi detracto usuf. nisi aliquando usufr. rediturus sit ad proprietatem: esset enim inutile. Hunc autem usumfr. cum apud municipes residere voluit, nunquam videtur finem accepturus, non capitis minutione, neque enim municipium capite minuitur, & ut Tull. pro Cecinna, non morte: nam non etiam moritur. Quia igitur municipes semper sunt, usufructus, quem testator eos retinere voluit, nunquam videtur reversurus ad proprietatem. Sed respondet Papin. posse reverti, & posse amitti non utendo. Et addit recte Accurs. etiam posse amitti quasi morte, veluti si deleatur urbs, *l. si usufruct. quib.mod. usufruct. amit.* Imo

A & amittitur usufr. relictus civitati tempore centum annorum, ut & usufruct. relictus Ecclesiæ, ut finiatur quasi morte hominis, quoniam hæc est vita longissima hominis. Qua ratione & hodie utimur in usufructu relicto ecclesiæ, ut finiatur quasi morte hominis spatio centum annorum, ac si ecclesia fingatur esse velut homo, & in feudis quæ morte clientis redeunt ad dominum, nisi solvantur ἐσδεχτικά: si feudum obtineat ecclesia, quæ nunquam moritur, in feudo renovando observandum spatium centum annorum: vel ecclesia debet dare domino suo aliquem hominem, cujus mors expectetur, cujusque morte ecclesia compellatur renovare feudum, aut renovationem feudi a domino postulare. Valde notandum, quod ostendit §. *ult.* Municipium est capax usufruct. *l. mortuo de fidejuss.* Municipii dicitur esse

B velut persona quædam, ut hereditatis jacentis, sed magis est municipii persona quædam, quia ex personis constat: & ob id recte ei legatur usufr. hereditati inutiliter: nam usufr. non consistit nisi in persona vera, non fictitia, *l. usufr. de stip.serv. l.2. de usu & usufr.leg.*

Quod dixi ad §. *sin autem*, *l. Mævius*, *de leg.* 1. nonnunquam valere legatum si res mea mihi legetur, puta, si ejus rei usufr. sit alienus: namque oneratus heres intelligitur esse, ut eum usumfr. rei meæ, qui meus non est, mihi præstet. Et eadem ratione valet legatum illud, si aliena sit possessio: nam non proprietas mihi videtur legari, quæ mea est, sed possessio, quæ mea non est, & onerari heres videtur, ut eam redimat, & mihi præstet. Idem erit, si mea res sit alteri pignori obligata: nam ea mihi legata, oneratus in hoc

C tantum videtur heres, ut eam rem luat: atque ita legatum rei meæ mihi datum, propter istas causas valet, ut Papin. dixit in §. *pen.* secundum Noricam scripturam, *propter istas causas non valet*, id est, inutile est, quod per oblivionem factum est, ut non probarim in *l. si tibi homo*, *in prin. l. si domus* §. *ult. de leg.* 1. *l.* 1. §. 1. *de lib. leg.* Hi loci multum valent ad confirmandum id, quod ante dixi: sed addamus etiam istud, non esse mirum, si propter istas causas res mea mihi legetur utiliter, cum & propter similem, sive eandem causam ego mihimet, quamvis sim liber, leger recte, *l. senatus*, §. *ult. de leg.* 1. ut in hac specie: captum me ab hostibus servum, me servum hostium, tamen tua pecunia redemisti: redemptura ista facit me liberum quasi postliminio, non servum redemptoris, sed redemptoris tantum

D sum vinculo veluti pignoris obligatus, quoad pretium redemptionis ei persolverim. Et hoc casu, si testator me mihi ipsi legarit, utile est legatum, quia mihi videtur remisisse pretium redemptionis, seu pignus naturale, quo me vinctum tenebat: videtur mihi donasse pecuniam, quam expendit pro redemptura, sive ut vocant λύτρον, quasi lustrum. Latini veteres dicebant a luendo, ut tranquillitatem aquæ maris, auctore Festo, Latini appellarunt lustrum. Ergo illo casu recte ego mihimet legabor, nec erit veluti pignoris retentio heredi, a quo redemptor me mihimet legavit. Nunc transeamus ad *l.* 2. *de usufr. leg.*

Ad L. II. de Usufr. leg.

E *Hominis operæ legatæ capitis deminutione vel non utendo non amittuntur: & quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas ejus ipse locare poterit, quas si prohibeat heres capi, tenebitur. Idem est, & si servus se locaverit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit, sed servo usucapto legatum perit.*

QUæ tractavit Papin. in hoc libro, fere omnia sunt de *usu & usufr.* Quare & in hoc libro tractavit de operis servi legatis, quia ut est in *l.5. de op.serv. operis servi legatis usus datus intelligitur*: sic habent omnes libri, non *usufructus*, nec quicquam mutari volo. Et *l.3.& 4.eod.* ait, in fructu servi esse operas, & retrorsum fructum

ctum esse in operis. Igitur operæ servi quodammodo imitantur usum, vel usumfructum. Sed multum tamen interest ususfru. servi legetur, an operæ. Et quicquid scriptum est *h. l.* de operis servi legatis, id est scriptum comparatione usus vel ususfructus, in quo aliud juris est. Ac primum quidem scribitur, operas servi legatas, non amitti capitis minutione, vel non utendo, quod & in usu & usufructu longe secus est: deinde scribitur ei, cui legatæ sunt servi operæ, debere servum acquirere ex iis operis quicquid parat: quod non ita procedit in usuario: nam in usufructuario idem est sane, sed non in usuario. Item subjicitur, operas servi legatas non amitti morte legatarii, quod quis nescit secus esse in usufructu. Ac postremo legatum operarum perire cum servo usucapto, quod etiam inferius demonstratur. Longe secus est in usu & usufr. Ergo quicquid in hac lege scribitur, eo fine duntaxat scribitur, ut intelligatur, quam longe lateque distent operæ ab usu & usufr. Usus & ususfr. amittitur capitis minutione, & non utendo legitimo tempore: & operæ his modis non amittuntur, *l. 2. de op. serv.* Nec obstat §. 1. *Inst. de acquis. per arrogat.* quoniam ut Accurs. animadvertit, quod ait illo loco, operarum obligationem amitti capitis minutione, id non est de operis servi legatis, sed de operis a liberto officii causa patrono debitis ex stipulatione, vel ex jurejurando, quæ perimuntur arrogatione patroni, hoc est, capitis deminutione, quia si debentur patrono arrogato & arroganti debebuntur statim, qui non est patronus. Nam jus patronatus in arrogatorem non transit, & operæ officiales non debentur nisi patrono, id est, ei cui officium debetur: item usus & ususfr. amittitur morte legatarii, quod est notissimum: is, cui operæ servi sunt legatæ moriens legatum istud transmittit ad heredem suum. Idcirco recte in *l. huic stipulat. usufr. quem. cau.* legatum operarum ait, non per omnia imitari usumfr. Et aperte Papin. *h. l.* 2. eum, cui legatæ sunt operæ servi, non esse fructuarium, & *l. 1. §. sed operis, ad l. Falc.* in eo legato, nec usum, nec usumfr. esse videri. Quod videtur pugnare cum *l. 3. & 4. & 5. de op. serv.* nisi ita exponatur: in legato operarum servi, nec usus, nec ususf. esse videtur, sed quasi proprium aliquod jus, ut de habitatione dicitur in *§. pen. Inst. de usu & hab.* habitationem nec usum plane esse, nec usumfr. sed jus quasi proprium aliquod. Servo usucapto, ususfr. non perit, *l. locum, §. pen. de usufr.* legatum operarum perit, ut hoc loco: item ususfr. divisionem recipit, operæ sunt individuæ, *d. l. 1. §. si usuf. & seq. ad l. Falc.* qua de causa in *l. 5. de op. serv.* ait, operis legatis usum datum intelligi, qui & ipse sc. est individuus, ususfr. est dividuus, usus individuus. Operæ igitur magis usum imitantur hac in re. Item ususf. vel usus legatum cedit ex die aditæ hereditatis, *l. 1. quan. dies leg. ced.* Operæ cedunt ex die petitionis, id est, ex die, quo legatarius petiit eas operas sibi præstari, quia ex commodo legatarii cedendæ sunt, *l. 7. h. t. l. 1. de op. serv.* Non est omittendum id, quod ait Papin. *h. tit.* in quo operæ distant ab usu, non ab usufru. videlicet eum cui legatæ sunt operæ servi, ex operis servi mercedem percipere posse, quod fit, si servus se locarit mercede certa, vel etiam legatarius ille poterit locare operas servi: qui ex operis servi, cum se ipse servus locavit, potest capere mercedem, & locare potest: & contra, qui illud non potest, neque hoc potest, *l. 13. in princ. de usu & hab.* Et ex operis mercedem capere, non est imponere servo mercedem, sed est capere mercedem, de qua convenit inter conductorem & servum, qui se locavit ipse. Et Papin. ita ratiocinatur hoc loco: si legatarius potest capere mercedem ex operis servi, ergo & locare potest operas servi: si ex contractu servi mercedem capere potest, ergo & ex suo contractu: & si heres, a quo operæ sunt legatæ, qui est dominus servi, prohibeat eum capere mercedem, hoc vel illo modo, sive servus se locaverit, seu illum ego locavero: alii scil. non ipsimet servo, quod esset inutile, *l. 25. §. idem Jul. de usufruct.* si, inquam, heres legatarium prohibeat capere mercedes operarum, sive ipse servus contraxerit, sive alius, tenebi-

A tur ex testamento. Et hoc cum dixisset Papin. subjicit, *idem est, etsi servus se locaverit,* quod est supervacuum, cum id jam intulerit ante, & est error, qui a me notatus est sæpius. Nam legendum est, *id est*, quo casu videbatur heredi esse jus prohibendi quasi domino servi qui contraxit locationem: sed & cum servus contraxit locationem, si heres prohibeat legatarium capere mercedem, tenebitur ex testamento: Sed non idem habet usuarius: nam usuarius quidem potest operis servi in re sua uti, vel potest pro operis mercedem ei imponere, ita ut vel operas exhibeat vel sinat imponi, *l. 13. de usu & hab.* Et ita est accipiendum, quod est in *Instit. per quas pers. nob. acq.* per servum, in quo habemus usum, nobis acquiri ex suis operis, non quomodocumque, sed quia in re nostra possumus ab eo operas exigere ab ancilla, ut nobis lanam B faciat, a servo, ut tabernæ vel officinæ præsit, vel etiam possumus pro operis mercedem imponere, id est, operas taxare; sed non possis locare operas alii, vel si ipse locarit, non possis mercedem capere, *l. 12. §. ult. l. 13. l. 14. in pr. l. servus cujus, de usu & hab.* Notanda est subtilis differentia inter hæc duo, *pro operis*, & *ex operis*, usuarius ex operis mercedem capere non potest, pro operis potest: is autem, cui legatæ sunt operæ, & ex operis, & pro operis potest. Et ratio differentiæ est, quia plenius est operarum legatum, quam usus: nec mirum, cum & plenius sit quodammodo operarum legatum, quam ususfr. si plus est in legato operarum, quam in legato ususfr. & plus in legato ususfruct. quam usus, §. 1. *de usu & hab.* ergo & plus est in legato operarum, quam usus: denique plus juris tribuit operarum legatum, quam vel usus, vel ususC fruct. Et hic sigillatim explicabuntur rationes ceterarum differentiarum facillime: Operæ non utendo amittuntur, usus & ususfr. amittuntur, quia scilicet & ususfr. consistit in persona legatarii, quo nec utente vel fruente, consequens est amitti usum vel usumfructum constituto tempore: Operæ non consistunt in persona legatarii, sed in facto vel actu servi, quo non faciente, non recte dixeris, operas amitti, sicut fundo fructum non ferente, non recte dixeris usumfruct. amitti, quia per fructuarium non stat, quo minus utatur fruatur: ususf. consistit in fructu vel facto legatarii, *l. 1. quan. dies leg.* Item amittitur morte usufructuarii, quia interiit persona, in qua consistebat usus. Operæ non amittuntur, quandiu manet is, qui eas operas exhibere potest, tametsi mortuus sit is, cui operæ legatæ sunt. Ac prætеD rea ususfr. est potius juris, quam facti, quia alio jure civili facile tollitur, tollitur capitis minutione. Operæ sunt potius facti, *d. l. 1. §. sed operæ*: quod est facti, naturale est: ergo jure civili perimi non potest, veluti capitis minutione, qua ratione etiam habitatio, si sit legata, capitis minutione non perimitur, *l. legatum, de cap. minut.* morte finitur habitatio, quia videtur tantum relinqui donec vivat legatarius, *l. 10. §. ult. de usu & hab.* Operæ videntur legari, quandiu vivat servus, quare transmittuntur ad heredem. Præterea servo usucapto ususf. non perit, legatum operarum perit. Ratio est, quia usumfruct. debet fundus, non heres. Est enim jus in re. Operas non debet servus in quem non cadit obligatio, sed heres tantum legato obligatur, ut scilicet patiatur legatarium uti operis servi, & ex operis mercedem capere, quia E non est obligatus is, qui eum servum usucepit: non est etiam obligatus heres, nisi quia is servus in dominio ejus est. Et notandum est, usumfr. esse dividuum, quia subjectum ejus est dividuum: nam fructus qui percipiuntur, possunt dividi: operæ sunt individuæ, quia in usu consistunt: partim non potes uti re aliqua, partim non uti, pro parte frui potes, & pro parte non frui. Operæ pars intelligi non potest: nam aut non præstatur opera, aut solida præstatur: fructus pars intelligi potest, *d. §. sed operis*. Ac postremo ususfr. cedit a die aditæ hereditatis, ex quo die cedunt omnia legata, quæ non transmittuntur ad heredes, cetera, quæ trasmittuntur, cedunt a morte. Operæ cedunt ex die petitionis tantum, quia non sunt in rerum natura operæ, antequam petantur, *l. 1. de*

op.

*op.ſerv.*quæ lex utitur ſimilitudine eleganti. Finge: legavit mihi teſtator quod naſceretur ex ancilla: dies legati non cedit, antequam partum ediderit ancilla: ut edi dicitur partus, ita edi dicuntur operæ: igitur hæ operæ etiam non cedunt antequam edantur, vel antequam edi petierit legatarius: atque ita expoſuimus omnes rationes ſuperiorum differentiarum, & nihil eſt præterea in hac l.

Ad L. LXXI. de Condit. & demonſt.

Titio centum, ita ut fundum emat, legata ſunt: non eſſe cogendum Titium cavere Sextus Cæcilius exiſtimat, quoniam, ad ipſum duntaxat emolumentum legati rediret: Sed ſi filio fratris alumno minus induſtrio proſpectum eſſe voluit, intereſſe heredis credendum eſt, atque ideo cautionem interponendam, ut & fundus comparetur, & poſtea non alienaretur.

§. 1. Titio centum relicta ſunt, ita ut Mæviam, uxorem quæ vidua eſt ducat, conditio non remittetur: & ideo nec cautio remittenda eſt. Huic ſententiæ non refragatur, quod ſi quis pecuniam promittat, ſi Mæviam uxorem non ducat, prætor actionem denegat: aliud eſt, cum eligendi matrimonii pœnæ metu libertatem aufert, aliud ad teſtamentum certa lege invitari.

§. 2. Titio centum relicta ſunt, ita ut a monumento meo non recedat, vel ut in illa civitate domicilium habeat: poteſt dici non eſſe locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur, ſed in defuncti libertis, alio jure utimur.

HÆc l. fere tota eſt de modo adjecto legatis, & continet quæſtiones quatuor ex quibus tres hodie explicabuntur. Primæ propoſitio hæc eſt, *Titio centum lego, ita ut fundum emat.* Secundæ hæc eſt: *Titio centum lego, ita ut Mæviam, quæ vidua erat uxorem ducat.* Tertiæ, *Titio centum do, lego, ita ut a monumento meo non recedat*, vel, *ut in illa civitate domicilium ſuum conſtituat.* Et in omnibus his propoſitionibus hæc verba: *ita ut*, modum faciunt, non conditionem, ut etiam eſt definitum in *l. libertas*, *§. hæc ſcriptura, de manum. teſtam.* Figuram verborum ſi ſpectas, modus eſt, non eſt conditio injecta legato, ſi quis ita legaverit, *lego Titio ita ut faciat illud*, vel, *ut detur illi illud*: ita fere ſemper concipitur modus, ſed ex voluntate defuncti hæc verba quandoque conditionem faciunt, *l. 2. C. de his quæ ſub modo*, conditionem non faciunt verba, ſed voluntas defuncti, *l. in cond. §. 1. de cond. & demonſt. l. 2. de his, quæ pœn. nom. infr.* Et ita modum quoque non tam verba faciunt, quam voluntas defuncti. Sed conditio plerumque ita concipitur, *lego illi, ſi illam uxorem duxerit*. Modus autem hoc modo, *lego illi, ita ut illam uxorem ducat*. Qui hoc modo loquitur vel ſcribit, plerumque modum facit: qui autem illo modo, conditionem, niſi probetur aliam fuiſſe ejus voluntatem. Nam voluntas certe eſt, quæ facit conditionem vel modum, potius quam ſermo. Multum autem intereſt ſcire conditio ſit, an modus: nam magna eſt differentia inter conditionem & modum. Conditio impleri debet antequam capiatur legatum, vel donatio, ſi ſolo conſenſu contracta ſit, ut jure veteri contrahitur ſolo conſenſu, etiamſi non intervenerit traditio, vel mancipatio inter conjunctas perſonas, ut inter parentes & liberos ex Conſtitut. D. Pii, *l. ult. C. de don. quæ ſub modo*, *l. 4. C. Theod. de donat.* Et jure novo ex Conſtit. Juſtin. inter omnes donatio perficitur ſolo conſenſu, ſicut emptio venditio: ex qua tamen, ſi ſit incerta conditio, non ante agi poteſt, vel impetrari quicquam, quam impleta conditio fuerit. Modus autem etiam impletur poſt perceptionem legati: Nam ſatis eſt, ſi in percipiendo legato, legatarius caveat heredi de implendo modo. Cavere debet heredi, etiamſi heredis nihil interſit, an futurum ſit, quod defunctus voluit, *l. 19. de leg. 3.* alioquin petenti legatum relictum ſub modo, nec offerenti cautionem heredi, obſtat exceptio doli mali, *l. eas, h. t. l. cum in teſtamento, de fideicommiſſ. libert.* vel præſtito legato omiſſa cautione, officio judicis, non alio remedio, omnino compellitur implere modum, *d. l. libertas, §. hæc ſcriptura, & l. Mævia, in fi. ff. de man. teſt.* Ne dicas præſtito legato, & omiſſa cautione poſſe legatum repeti ab here-

A de: Nam hoc eſt falſum, cum purum fuerit legatum, ſed vel officio judicis, ut dixi, compellitur obtemperare voluntati defuncti, vel heres etiam condicet cautionem, quam omiſit per errorem, *argum. l. 5. §. 1. de uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſ.* Item, quod nemo ignorat, conditionale legatum non tranſmittitur ad heredem, ſi legatarius moriatur pendente conditione: legatum relictum ſub modo tranſmittitur ad heredem: eſt enim purum, *d. §. hæc ſcriptura*. Modus in arbitrio ponitur legatarii, ut ſcilicet quid det vel faciat: conditio etiam in caſum confert, puta, *ſi fulſerit cras, ſi tonuerit, ſi navis ex Aſia venerit*. Quæſo quid eſt conditio? quid modus? An conditio eſt eventus futurus, qui in dubio eſt, ſit, an non ſit? Quæ definitio prima ſpecie videtur elegans, ſed non placet. Nam eventus eſt qui caſu contingit, *l. cum pu-*
B *pillis, §. ult. l. in facto, h. t.* Omnis autem conditio non ponitur in eventum, in caſum: Quædam confertur in voluntatem, arbitrium, poteſtatem perſonæ, non fortunæ, *d. l. in facto*. Denique alia ponitur & collocatur in perſonam, alia in fortunam. Ergo conditio plus eſt, quam eventus. Ac præterea quodcunque futurum eſt, etiamſi non ſit poſitum in conditione, ſane eſt eventus futurus, qui in dubio eſt, ſit, an non ſit. Et eadem ratione non placet definitio Bartoli: conditio eſt, *quæ habet ſe ad eſſe vel non eſſe*. Nam eventus tantum ſignificatur his verbis: vel etiam ſi vis, me concedente facile, his verbis contineri etiam quod confertur in voluntatem perſonæ, eadem eſt definitio modi. Cur non recte ſic definias modum, *qui habet ſe ad eſſe & non eſſe*: & eodem quoque modo definies, quodcumque futurum eſt licet non ſit in mo-
C do, vel in conditione poſitum: An igitur rectius conditionem ſic definies: conditio eſt adjectio, quæ ſuſpendit legatum, vel aliud quodcumque, de quo agitur? Hæc etiam non placet: nam & mora ſuſpendit legatum, nec tamen eſt conditio, ut ſi quid leges ex die certo, puta ex Calend. Mart. mora injicitur legato, non conditio: vel etiamſi legato tacite inſit tempus, ut ſi legetur quod ex ancilla natum erit, mora injicitur legato, non conditio: vel etiamſi legetur extraneo res dotalis mulieris alia re pro dote relicta, ut declarat latius lex *quod pure, quan. dies leg. ced.* & pertinet etiam ad hæc comprobanda lex *heres meus, hoc tit.* mora ita injecta legato, tranſmiſſioni impedimento non eſt, quia non eſt conditio, quia effectum conditionis non habet, & ita ſemper mora ſeparatur a conditione, *l. 1. de legat. 2. l. 5. quan. dies*
D *leg. ced.* Conditioni quidem ineſt mora & dilatio, maxime collatæ in futurum tempus: poteſt enim conferri in præteritum & præſens: cum tamen, quæ alia eſt differentia, modus conferetur tantum in futurum: ſed conditioni, ut dixi, collatæ in futurum ſane ineſt mora & dilatio, *l. 29. de legat. 1.* quæ eleganter ait, obligationem differri quatuor modis, modo, tempore, conditione, loco. Conditioni igitur ineſt dilatio, ergo mora: moræ omni non ineſt conditio. Mora autem omnis ſuſpendit legatum, ſeu obligationem quamlibet. Ergo non conditio ſola. Et notandus eſt χιασμὸς, qui ſcil. eſt in *d. l. 29.* debitum differri modo, tempore, conditione, loco: nam modus reſpondet conditioni. Eſt enim modus quaſi conditio, tempus reſpondet loco, quia loci additio eſt quaſi temporis adjectio, *l. 6. §. ult. ad Trebell.* Et ita poſitis
E quatuor terminis, primus terminus reſpondet tertio, & ſecundus quarto, quod ita in decuſſim, ſi collocaveris facies χιασμὸν, ut 3. Catilinaria ſecundum tenorem ſcripturæ urbem & cives integram, incolumeſque ſervavi. Sed quod nondum puto fuiſſe animadverſum, formatur etiam χιασμὸς alio modo, puta poſitis quatuor terminis, ſi primus reſpondeat quarto, & ſecundus tertio. Et in princ. Inſt. eſt χιασμὸς, majeſtatem Imperatoriam, non ſolum armis decoratam, ſed legib. armatam eſſe oportet. Primo reſpondet quartus, ſecundo tertius.

urbem	cives
¦	¦
integram	incolumes

armis	decoratam
¦	¦
legib.	armatam

Et

Et illo loco Virgilii :

— *Eborisve talenta,*
Et sellam.

Et illo Horat.

Mulæ nautæque caput limbosque.

Verum ad rem. Quid est conditio? Est causa, qua exsistente nascitur obligatio : deficiente nulla constituitur: suspensa suspenditur : causæ est commune genus modi & conditionis, *l.eas,h.t.*atque etiam rationis legandi, quæ testatorem impulit ad legandum, ut cum ita scribit, *lego illi, quia mea negotia curavit ;* vel etiam conditio est lex vel pactio, quæ inseritur in constituenda obligatione: vel possis addere, atque ita efficit, ne ante nascatur obligatio, vel costituatur, quam ea lex impleta fuerit. Modus autem est lex certa, quæ imponitur dationi rei: alias modus est ratio legandi, ut *l.ult.de hered. inst. sup.* Alias est alternatio, ut cum stipulatus fueris decem, mox addes, aut Stichum, *l.obligationum, §. modus, de obl. & act.* Et Dialecticis modus aliud est, veluti impossibile, impossibile necessarium, contingens. Categorica propositio hæc est: non potest pupillo facere testamentum, nisi & qui fecerit sibi. Modalis vero hæc est, necesse est, ut faciat testamentum sibi, qui & pupillo volet facere. In hoc proposito, ut diximus, modus est lex certa, ut ait in hac *l.* §. 1. sub qua quid relinquitur: Conditio ut idem demonstremus & finiamus varie, est causa, quæ præcedere præstationem debet: Modus est causa vel conditio, quæ & sequi præstationem potest: Nam & modus sæpe appellatur conditio, non contra, ut in hac *l.* §. 1. *& l.libert. eod. tit. & l.2. §.ult. & l. 3. de donat. l. libert. §. Lucius, de annuis legat. l.Mævia, de man.test.l.* 8. *§.pen.de cond.inst.* Et inde etiam in *l. 1.C.de his, quæ sub modo*: modum pro conditione haberi, primum sc. quia implendus est omnino: sed conditio priusquam præstetur legatum: modus etiam post præstationem legati: & conditio, si non sit impleta, vel si defecerit, protinus repellit agentem, modus admittit oblata cautione, *d. l.eas, h.t.* quia non quominus quis habeat legatum, sed quominus retineat, efficit, quandoquidem cavere debet de implendo modo, aut reddendo legato. Ac præterea modus fideicommissum facit hodie, *l. 2. C. de his quæ sub modo*, ut si ita legaverim: Titio *lego fundum, ita ut Cajo det decem.* Cajo est fideicommissi petitio adversus Titium, quia qui modum adjicit, indicat se valde velle, ut in his impleatur modus, quandoquidem sic scribit, *lego, ita ut det illi decem*. At conditio non facit fideicommissum, ut *lego illi fundum, si Titio decem dederit*. Titius non est fideicommissarius: conditio igitur non facit fideicommissum, nisi ut declarat *d.l.*2. cujus vera hæc interpretatio est, conditio sit concepta verbis modalibus, videlicet, *ita ut, &c.* nisi oratio fuerit modalis: voluntas testatoris conditionalis conditionem faciet, voluntas, non oratio: fac illis verbis voluisse conditionem facere, non modum: conditio sic concepta enixæ voluntatis argumentum præbet: aliter ac si dixisset, *si illi dederit decem*. Ad hæc notandum, etiamsi legatum sit relictum cum modo, aliquando legatarium admitti non oblata cautione de implendo modo, & ita modum remitti, id est, perinde rem æstimari, ac si non esset illius legato impositus modus. Hoc ostenditur in hac l. duobus exemplis. Unum est in §. 2. quæ est tertia propositio initio a me exposita. Finge: ita legavi; *Titio lego centum, ita ut a monumento meo non recedat: vel ut in hac tantum civitate moretur*. Legatarius perveniet ad legatum, & exonerabitur cautione, quia modus ille remittitur: & conditio & modus quicunque impugnat publicam utilitatem, veluti libertatem, quæ publica res est, cujus vindicta omnes respicit, remittitur semper, *l.imperat. §.ult. de pollicit. & l.2. §. tractari, ad SC. Tertyll.* Hic autem modus, *ita ut a monumento, &c.* jus libertatis infringit, quia ut ait *l. 2. de libero homine exhib.* non multum differt a specie servorum is, cui non est libera recedendi facultas: si modus remittitur, & cautio igitur supervacua est. At remittitur modus, quia impugnat libertatem, vel imminuit, & tamen hic modus usu receptus est, ut Papin. ait hoc loco, ut legato relicto

A libertis adjiciatur utiliter: si adjectus sit legato relicto ingenuis, remittitur, sed si libertis nostris, non remittitur, ut si liberto ita legato, *tibi lego centum, ita ut a monumento &c.* Monumenta illa, quibus apponebantur custodes, non erant qualia sunt hodie nostra sepulchra, sed veluti ædiculæ quædam, in quibus & habitatiunculæ erant constructæ custodum gratia, quam in rem sane utebantur opera servorum, ut *l. servus, de adim.leg.* Et Lucianus in Nigrino deridet testatores sui temporis, quod juberent servos assidere perpetuo ad sepulchra: hoc jure utebantur, ut & eundem modum injicerent libertis legando, qui ingenuis indicitur inutiliter. Ergo illo casu modus remittitur & cautio. Alius casus hic est: *Titio lego centum, ut fundum emat*: non igitur implebit hunc modum, si volet, nec cavebit heredi de implendo modo, quia ad eum duntaxat emo-
B lumentum legati pertinet, & est potius consilium vel causa legandi, ut habeat unde fundum emat, si velit emere, quam modus, ut *l.2.§.ult.de don.l.pen. §.ult.ff.de alimen.leg.* Sed finge, quod est valde subtile ut Papiniani: legavit Testator Titio centum, qui erat suus filius, vel frater, vel alumnus, minus industrio atque provido illi legavit 100. *ita ut fundum sibi emeret*, summa providentia, ut sc. ei consuleret: denique his affectibus suis legavit, sub modo, *ut sibi fundum emeret*, dum ei prospectum vult: an interest heredis modum impleri? Minime: quia etiam modo non impleto ad eum legatum non redit, sed non ideo minus exiget cautionem heres, *l* 19. *de leg.* 3. quia sc. ut ait prudenter Papin. *heredis interesse creditum est*: non interest quidem, sed interesse videtur, ut satisfiat providentiæ defuncti. Et pertinet hic modus etiam ad manes defuncti,
C non ad filium solum, ac proinde quodammodo heredis interest, ne fiat contra providentiam defuncti, & consequenter, nec emptum semel fundum legatarius alienet. Ergo heres curabit sibi caveri de emendo fundo, atque de empto fundo retinendo nec abalienando. Videbatur etiam esse tertius casus, quo non esset præstanda cautio implendi modi, qui proponitur in §.1. *hujus l.* Testator ita dixit: *Titio centum lego, ita ut Mæviam quæ vidua est, ducat.* Multum faciunt ad rem illa verba, *quæ vidua est*: an remittitur hic modus, vel, ut loquitur, hæc conditio: utrum cautio? neutrum. Ergo non admittetur legatarius ad legatum, nisi caverit heredi de deducenda Mævia, quia etsi nihil hoc videatur expediri heredi, expedit tamen quodammodo, ut satisfiat voluntati defuncti, qui viduæ consultum voluit, quæ miseratione digna est. Sed objiciebatur in
D contrarium: non valere stipulationem, si quis promiserit pœnam, *si Mæviam uxorem non duxerit*. Videtur ergo & illius legati vel modus esse nullus, aut debere remitti: argumentatur a stipulatione ad legatum, quod argumentum est frequens: argumentatur a conditione mera ad modum: hoc modo hæc conditio, *si Mæviam uxorem non duxerit*, non me obligat pœna, quam promitto; ergo hic etiam modus adjectus legato, ut Mæviam uxorem ducam, si eam non duxero, vel si ea de re non cavero, mihi non aufert commodum legati. Sed prudentissime respondet Papin. Aliud esse pœnæ metu auferri libertatem eligendi matrimonii, quod est contra bonos mores, *l. 2. C. de inutil. stip.* nam libera matrimonia esse oportet, & eam ob rem stipulatio illa non valet. Aliud est ad lucrum invitari, puta ad legatum sub certo modo, ut *si*
E *admittatur ad legatum, si Mæviam uxorem duxerit*, non admittetur, si non duxerit, vel nisi de ea re caverit. Denique aliud est pœnam de suo inferre, aliud pœnam de alieno inferre: nec vero quod est in objectione congruit cum eo, quod est in propositione *d.* §. 1.

Ad §. Titio genero.

Titio genero meo heres meus dotis Sejæ filiæ meæ nomine 100. *dato. Legati quidem emolumentum ad Sejam, quæ dotem habere incipit, pertinebit: Sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legavit, consultum videtur, prope est, ut ipse legatarius intelligatur, & legatum petere debeat. Si post divortium genero pecuniam heres solverit, æque liberabitur: quoniam in dotem solutio convertitur.*

titur. Constante autem matrimonio, etiam prohibente muliere, Titio recte solvetur. Hoc enim & mulieris interest ut incipiat esse dotata: Nam & si quis ipsam quoque petitionem habere responderit, eaque pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dubie doli submovebitur exceptione. Ante nuptias vero Titio, vel muliere defunctis, legatum apud heredem manet, quod si nolit eam uxorem ducere, causa legati quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligetur, sed Titio legatum petenti, nocebit exceptio doli. Sabinus autem existimabat nupta muliere Titio sine cautione legatum deberi, quoniam pecunia dotis efficeretur. Sed cum ante nuptias, quia purum legatum est, peti potest cautio, mulieri pecuniam reddi, necessaria erit. Quod si maritus vitio suo causa ceciderit, neque solvendo sit, nunquid adversus heredem mulieri, quæ nihil deliquit, succurri debeat ob eam pecuniam, quæ doti fuerat destinata? sed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, salvam habebit, non soluta pecunia viro, mulier actionem.

LEx hæc nostra est de legato relicto sub modo, & de cautione implendi modi, quam legatarius heredi cavere debet, & continet quæstiones quatuor, de quibus jam exposui tres, & in his duos casus, quibus cautioni locus non est, id est, quibus legatum relictum sub modo præstatur sine cautione. Quarta quæstio, quæ tractatur in §. ult. hujus l. dabit alium casum, quo legatum etiam relictum sub modo præstatur sine cautione: namque observandum est in hujus specie, non ut in superioribus, his verbis, *ita ut*, sed his, *dotis nomine*, concipi & significari modum, non eadem semper est formula conditionis, neque modi eadem: nam mens est, quæ modum facit, non oratio, non lingua. Ergo in hoc §. ult. hæc verba *dotis nomine*, modum faciunt. Et propositio seu species hæc est: *Titio genero meo dotis filiæ meæ nomine, heres meus centum dato*, & *gener* hoc loco dicitur non tantum maritus filiæ, sed etiam sponsus: nam & generi nomen acquiritur ex sponsalibus, *l. Labeo, l. servus, de grad. & aff.* & gener dicitur non tantum γαμβρὸς, sed μελλόγαμβρος, sed improprie. Quare in *l. servo legato, de leg.* 1. maluit JC. dicere *gener, vel sponsus*; hoc loco satis habuit dicere, gener. Nunc ad §. nostri explicationem revertamur. Et primum necesse est, ut videamus, legato relicto, *Titio genero filiæ meæ nomine centum*, quis sit legatarius? quis legati petitionem habet? gener an filia? an uterque? Et initio Papin. significare videtur solum generum esse legatarium, & legatum petere posse actione ex testamento: legati quidem emolumentum ad filiam pertinere, sed generum esse legatarium, ut similiter Ulp. in *fideicomm. §. interdum, de leg.* 3. Si testator jusserit heredem solvere publicano publicum, id est, vectigal pro Titio, quod Titius sc. publicano debet, aut debiturus est, ait, Titium esse legatarium, non publicanum, tametsi legati emolumentum ei quæratur & obveniat. Et sic igitur, dum ait Papin. initio hujus quæstionis quartæ, generum esse legatarium, emolumentum autem legati redire ad filiam, sane significat generum esse legatarium, non filiam: nec enim omnis ad quem emolumentum legati redit, legatarius est. Ideo autem hujus legati emolumentum pertinet ad filiam, quia incipit dotem habere, quia incipit esse dotata, & soluto matrimonio repetit eam pecuniam actione de dote quasi dotalem, quia legato hic modus est iniectus, *dotis nomine*, id est, dotis contemplatione, dotis loco, id est, ita ut gener eam pecuniam habeat dotis loco. Et hoc quidem initio scripturæ suæ Pap. indicat. Sed postea duobus locis in hoc §. demonstrat aperte, utrunque pro legatario haberi, & generum & filiam, licet soli genero adscriptum sit legatum, quia testator utrique consulere voluit, & utriusque contemplatione legavit: igitur utrique legati petitionem esse, quod etiam probat, *l. tale, §. ult. de jure dot.* Sed qui agere & exigere occupaverit, sane heredi debet cavere de defendendo eo adversus alterum: namque æquum non est utrique heredem præstare eandem quantitatem, quia nec voluit testator eam summam duplicare, & ejus rei argumentum dictat *l. fideicom. §. plerunque, de leg. 3. l. 4. de lib. leg.* Et ita, ut afferam similes casus, si quis legaverit Titio, quod ei Cajus debet, non

A tantum Cajo, sed etiam Titio legati petitio est, & uterque pro legatario habetur, quia testator utrique consultum voluit: debitori, ut liberaretur: creditori, ut haberet plures reos, id est, plures debitores ejusdem pecuniæ: & quidem si prius agere cœperit debitor, id est, Cajus, satis erit, si heres ei caveat defensum iri eum adversus creditorem, id est, si promittat se curaturum, ne quid ab eo creditor exigat, vel si creditor ipse cœperit agere ex testamento, legati nomine feret pecuniam, quam ei Cajus debet, si modo caveat heredi, defensum iri heredem adversus debitorem, *l. 3. §. ult. & l. 4. de lib. leg.* Qua in re maxime notandum est, fuisse controversiam inter Julianum & Marcellum, & *d. §. ult.* inter hos fuisse discordiam ostendit planissime. Nam Julianus in specie proposita creditori denegabat actionem legati nomine,
B quod nihil ejus interesse videretur, sicut si debitor quod debet, creditori leget, nihil creditoris interest, & inutile est legatum. Sed merito reprehenditur a Marcello, quoniam in casu proposito creditoris interest etiam habere se plures reos ejusdem pecuniæ, quamvis prius debitor sit solvendo: potest enim fieri non solvendo. Atque ita secundum Marcellum concludendum, utriusque interesse, utrumque esse legatarium, debitorem & creditorem, utrique esse actionem. Et hæc nota Marcelli addenda est ad speciem *l. si cui legetur §. si Titio, de leg.* 1. Species hæc est: legavi tibi aliquid, & rogavi te, ut quod debeo, creditori meo solveres: legatum consistit in persona heredis, cujus maxime interest creditori solvi ne conveniatur quasi heres debitoris, & ut ait, consistit legatum in persona heredis, non in persona creditoris; quia
C nihil ejus interest, & nihil præterea additur in *d. §.* ea de re. Sed nos supplere oportet, quod deest ex jure, & adnotare primum, quod Ulp. refert in *d. §. si Titio*, esse ex Juliani libris, cujus rei conjecturam facit *§. Julianus*, qui sequitur. Ergo secundum Julianum verum est, quod ait *§. si Titio*, sed addenda est nota Marcelli: imo etiam creditoris interesse, ut habeat plures debitores, quod non observavit Julianus, atque ob id in hac specie merito reprehendi Julianum a Marcello, *d. l. fideicom. §. plerumque, de l. 3.* Cujus species hæc est, aut esse debet, atque ideo in ea lege, ut scriptum est, *quamvis unius legatum sit*: legendum est, *quamvis uni legatum sit*: & similiter paulo post, dum ait, *legatum heredem vel fideicommissarium, ut eis solveret*, scribendum, ut *ei solveret*. Et species hæc est: Titius debet eandem summam, ut rem pluribus reis stipulandi, id est,
D singulis debet solidam, non sæpius eandem rem vel quantitatem, sed uni solvendo liberatur. Ego meo testamento, quod ei debet Titius, legavi uni eorum: legati petitio datur, non tantum ei, cui legatum adscripsi, sed etiam ceteris correis stipulandi, quorum etiam contemplatione legavi, sed qui agere occupaverit, sane cavere debet, heredem defensum iri adversus ceteros, *d. §. plerumque*. Ac ita legatum non tantum debetur ei, cui adscribitur, sed etiam ei, vel eis, quibus non adscribitur, modo si eorum contemplatione relinquatur, & eorum etiam intersit legatum exsolui, quod omnino congruit cum eo, quod Papinianus in hoc *§. Titio genero* concludit. Et genero & filiæ legati petitionem esse, genero, cui est adscriptum legatum propalam: & filiæ etiam, cui non est adscriptum legatum propalam, sed quasi adscriptum esse intelligitur,
E quia filiæ interest dotem habere, & contemplatione etiam ejus reliquit legatum genero vel sponso. Huic definitioni duo obstant vehementer, a quibus non se expedivit Accursius. Et delendum est, quicquid in ea hoc loco adnotavit. Obstat primum *l. servo legato §. si testator, de leg.* 1. Duo proponuntur casus in eo §. in quibus idem juris est. Prior hic est: testator unum ex pluribus heredibus jussit creditoribus omne æs alienum solvere, an creditoribus competit actio adversus illum solum in solidum? Minime: quia nihil eorum interest: legatum illud nihil adjicit obligationi, & nullum est; & nil eorum interest, quia jam satis reum obligatum habent & heredem ejus: coheredibus autem competit fideicommissi petitio, quorum causa testator id fecit, & quorum

rum maxime interest, ut exonerentur ære alieno pro suis portionibus. Alter casus est persimilis. Testator filiæ nomine jussit heredem genero dotem dare: non competit genero, quia nihil interest ejus, sed competit filiæ, cujus maxime interest. Hoc est in jure perpetuum, ejus, cujus magis aut maxime interest, & principaliter interesse, *l.19.de lib.caus.*Ergo & ei principaliter est danda actio. Denique illo casu, quia filiæ maxime interest, ut sc.sit dotata, ei soli dabitur actio ex testamento, genero non dabitur, quia nec generi maxime, sed minimum interest, quod omnino evertit, quæ ante posuimus pro certis atque confessis: sed necesse est, ut illi duo casus, in quibus idem jus constituit, conveniant in omnibus. Priore casu jussit unum heredem solvere creditoribus, & hoc posteriore necesse est ponamus, testatorem jussisse genero solvere dotem, quæ ei debebatur, quam ei jam promiserat testator, ex quo contractu obligatio acquiritur soli genero, non filiæ, *l.5.C.de dot.prom.*quia genero debebam dotem ex stipulatu, filiæ non debebam. Quamobrem in persona generi non consistit legatum, quia nihil ejus interest, cui ego vel heres meus satis obligatus est ex stipulatu, sed in persona filiæ consistit, & quidem solius, *l.cum pater, de jure dot.*Sed in specie *§.ult.*ad quem refertur superior conclusio, socer genero non debuit dotem, & ut ait in fi.§.ea pecunia quam legavit dotis nomine, doti fuit destinata, non promissa. Igitur neque filiæ tantum eo casu, sed etiam generi interest dotem præstari, quæ neutri debebatur ex alia causa. Obstat etiam superiori definitioni *l.fideicomm. §.interim, de leg.3.*Ego legavi publicano publicum quod ei Titius debet, an uterque est legatarius, publicanus & privatus? Lex ait, solum Titium esse legatarium, non publicanum, licet legati emolumentum publicanum respiciat. Et videretur tamen secundum ea, quæ antea dicta sunt, utrumque esse legatarium, quia utriusque intersit, & quod non Titio tantum voluerit testator providere, sed etiam publicano, ut utrumque liberaret. Sumenda est responsio valde probabilis ex conjectura voluntatis defuncti. Cur Titius solus est legatarius in hac specie, non publicanus, ut in superioribus, non uterque? quia scilicet testator videtur tantum legasse contemplatione privati, id est, Titii, quia non solemus esse liberales erga publicanos: quis unquam est liberalis erga publicanum, aut quis præsumitur esse? est enim hoc genus hominum omnibus invisum. Ideoque præsumitur testator contemplatione Titii tantum, non contemplatione publicani legatum reliquisse. Fuit tamen ei animus liberandi Titii, & in dubio ita præsumitur, nisi aliud probaverit publicanus. Non ero multus in tradendis iis quæ restant ex quæstione quam heri proposui de legato ita relicto: *Titio genero meo heres meus Sejæ filiæ meæ nomine centum dato*. Quæstio vertitur circa hoc genus legati, & quæ ad eam spectant, licebit paucis explicare. Ergo pergamus: quod attinet ad quæstionem motam *h.§.*ejus legati, quod proposuimus quis est effectus? Ejus legati effectus hic est, quia tam mulieri, quam Titio consulere voluit testator, erga utrumque ductus affectione pari, ut ambo sint legatarii, ambo legati habeant petitionem, sed occupantis melior est conditio: nam heredem utrique condemnari iniquum est, & consequenter constante matrimonio ea pecunia genero solvitur recte, etiam invita muliere, ut ait, quia ea solutio, & viro & mulieri proficit: quandoquidem id quod solvitur convertitur in causam dotis statim, & dos cedet commodo utriusque, mariti & uxoris, & jure civili constitutum est generaliter, ut etiam inviti liceat meliorem conditionem facere, ut *l.solvere, de solut.*mulier invita dotatur, quia & viri interest eam esse dotatam. Ergo viro dotis nomine recte solvetur legatum etiam invita muliere, etiamsi velit esse indotata. Notandum quod dixi, hoc esse generale, ut possit etiam inviti melior conditio fieri, quod ad nos attinet, scilicet, quia eam facere meliorem satagimus, ut ait *l.si debitor tuus, de solut.* nam quod ad illum attinet, cujus melior conditio sit, licet ei eam aspernari postea: & ut eleganter quodam loco dixit Æmilius Ferretus, duo sunt extrema in acquirendo, unum ex persona ejus, a quo acquiritur: alterum ex persona ejus, cui acquiritur. Et invito quidem acquiritur, quod ad prius extremum attinet, non etiam quod attinet ad posterius, licet enim acquisitioni abrenunciare, lucro oblato non uti. Ergo non mirum, si dicat Papin. hoc loco, *etiam invita muliere, marito constante matrimonio recte solvi legatum, quod ei socer reliquit dotis filiæ suæ nomine*. Et eadem ratione, ut idem Papin. ostendit, etiam post divortium, quod plus est, ea pecunia genero solvitur recte, & heres solvendo ei perinde liberatur, atque si solvisset constante matrimonio, quia & solutio, quæ fit post divortium, in dotem convertitur: nec etiam tantum dotem habet, quæ nupta est, sed & quæ nupta fuit, dotem habere potest, quamvis dos ea non constante matrimonio soluta sit, sed post divortium: quæ nupta nunquam fuit, dotem non habet antequam nupserit; denique dos non est sine matrimonio præsenti vel præterito, *l.3.de jur.dot.* futuri matrimonii vel sponsalium dos nunquam est. Pergamus: ut invita muliere viro ea pecunia, quæ legata est dotis nomine solvitur recte, & quod solvitur, convertitur in causam dotis: ita mulieri recte solvitur, cum heres sit utrique obligatus, & præterea recte quoque mulier petit: sed si nolit dotis fieri pecuniam quæ solvitur in dotem, in causam dotis, cum dotis nomine sit relicta, & dotis tantum nomine peti possit, petenti mulieri obstat exceptio doli mali, *l.apud Celsum, §.præterea, de doli except.* Noluit enim defunctus filiam generumve alio nomine legatum percipere, quam dotis, cum utrique consultum voluerit, & genero & filiæ: quæ non dotis nomine accipit, sibi soli consultum vult, quod est contra judicium defuncti, & semper in jure, qui agit contra judicium defuncti, repellitur exceptione doli mali. Hæc igitur verba, *dotis nomine*, efficiunt, ut a testatore submoveatur vir aut mulier, qui eam pecuniam dotis fieri non vult, id est, qui suo nomine proprio accipere vult, non matrimonii nomine. Item ea verba id efficiunt, ut ante matrimonium muliere vel viro defuncto, quia matrimonium atque adeo dos fieri jam inter eos non potest, pecunia legata remaneat apud heredem scriptum: non potest peti a superstite, quem certum est jam modum legati implere non posse: non potest etiam transire ad heredem defuncti vel defunctæ, quamvis sit purum legatum: Nam legatum, quod relinquitur sub modo, sane est purum, *l.libertas, §.hæc scriptura, de manum. testam.* Et Papinianus hoc loco apertissime (quia purum legatum est) qua ratione statim peti potest legatum, antequam impletus sit modus, modo post impleri possit, & subsit spes implendi ejus. Hoc ergo casu, quod summe notandum, quamvis sit purum legatum quod est relictum sub modo, modus transmissioni impedimento est, quia expleri ab herede legatarii jam non potest, sublato altero conjugum vel sponsorum. Nam si modus possit expleri ab herede legatarii, sane legatum transmittitur ad heredem: ut si quis ita legaverit, Titio lego centum, ita ut mihi monumentum faciat, & mox post mortem testatoris moriatur etiam Titius, legatum trasmittitur in heredem Titii, quod purum est, quia monumentum facere potest heres ejus, & modum legati adimplere. Et simili modo, si uterque sponsus dirimant sponsalia, & omnem spem nuptiarum, dicimus etiam hoc casu pecuniam remanere apud heredem, & neutri esse legati petitionem, quia neuter vult implere modum. Et hoc constat, antequam petatur legatum, quia sibi repudium miserunt, quia sibi ipsi legati petitionem ademerunt, profitentes se nolle modum implere. Quid si Titius nolit, mulier velit? Et hoc casu certum est, mulieri esse petitionem legati, quia per eam non stat, *l.5.§.pen. quan. dies leg.ced.* Titius autem si petat, qui illam non vult uxorem ducere, repelletur exceptione doli mali: & idem est e converso, quia sponso dabitur legati petitio, non mulieri. Quæro, quid sit dicendum, si uterque velit, non tamen contraxerint nuptias, & petat ille vel illa legatum illud ante nuptias, quas sperat futuras? Sane legatum petere poterit sponsus obla-

ta

ta cautione tamen, mulieri dotem reddi, ſi per eum ſteterit, quo minus contrahantur nuptiæ, ſi ipſe poſtea mutaverit voluntatem. Et ita etiam mulier, ſi in petendo legato poſſit prævenire virum & occupare, ipſa petet legatum oblata eadem cautione, viro pecuniam reddi, ſi ipſa mutaverit voluntatem, & repudiaverit ſponſum. Hoc ergo caſu præſtatur cautio de implendo modo, ut ſolet plerumque præſtari ab eo, qui petit, ſed in ſequenti caſu non præſtatur cautio. Finge, jam eſſe contractas nuptias, & peti legatum ab illo vel illa, nulla cautio præſtanda eſt de implendo modo, quia ipſa numeratione pecuniæ, pecunia ſtatim efficitur dotalis, quæ numeratur poſt nuptias, & ita reipſa modus invenitur adimpletus, nec neceſſaria eſt cautio de eo adimplendo, cum ſuapte ſponte impleatur, vel impletus jam ſit, aut certe potius impleatur numerata pecunia poſt nuptias. Quod & ita docet Papinianus in hoc §. *ult.* Ad hæc unum tantum notandum eſt, id quod diximus jam ſæpe, utrique competere petitionem legati, ſed eum præferri, qui agere occupaverit, & excludere alterum, qui feſtinaverit agere: Hoc ita procedere, ſi ei, qui agere occupaverit, ſoluta ſit pecunia: nam non eſt ſatis agere, ſed oportet exigere, agere, & peragere: nam ſi ei non ſit ſoluta pecunia, qui eam petere occupavit, ſed vitio ſuo cauſa ceciderit, quo genere etiam idem Papin. loquendi uſus eſt in quaſi ſpecie ſimili, *l. Stichum*, §. *pen. de ſolut.* nec poſſit adferre concinnius exemplum, quam quod ex jure veteri de periculo plus petitionis? qui plus petit ſumma, cauſa cadit. Finge igitur in hac ſpecie: is, cui legata erant centum dotis nomine, petiit centum quinquaginta, & amiſit litem vitio ſuo. Ac rurſus etiam finge, mulierem ab eo ſuum ſervare non poſſe vi cautionis quam heredi obtulit, litis initio forte, atque præſtitit, non poſſe, inquam, mulierem ab eo ſuum ſervare, quoniam ſolvendo non eſt, poteſt uti poteſtate cautionis, an excludetur mulier, quia vir occupavit? minime. Æquum eſt mulieri ſuccurri, quæ nihil deliquit data actione adverſus heredem ſcriptum, maxime etſi vir ei caverit, ſi non poſſit mulier ab illo ſolidum conſequi propter inopiam ejus. Et notandum, hanc cautionem de implendo modo eſſe nudam repromiſſionem, non ſatiſdationem, *l. 96.* §. *ult. h.t.* in quo fit mentio hujus quæſtionis. Satiſdare non eſt dare fidejuſſores, ſed cavere nuda cautione, ſed repromittere: ſatisfacere, ut in jure ſæpe ſatiſdare, ſatisfacere ſignificat quocumque modo, vel nuda cautione, *l. pen.* §. *ult. de conſtit. pec. l. 2. de hered. vend. l. ſatiſdare, de verb. ſignif.* Satiſdatio igitur eſt genus: & alia ſatiſdatio fideicommiſſariorum, alia ſatiſdatio ſolius rei principalis, id eſt, nuda repromiſſio. Si genero legavero certam ſummam dotis filiæ meæ nomine, uterque eſt legatarius, gener & filia, & occupantis potior eſt cauſa, ſed, ut dixi, ſi vir puta, agere occupaverit, heredi cavere debet, defenſum iri eum adverſus mulierem collegatariam. Solet enim heredi caveri de implendo modo, *l. 19. de leg. 3.* videlicet futurum, quod defunctus voluit, & verſam in dotem pecuniam iri, quam legavit, quia modum legandi demonſtravit. Sed hoc caſu, quia mulier eſt collegataria, ſi vir ante nuptias petat legatum dotis nomine, heredi potius cavere debet mulieri pecuniam reddi, niſi per eam factum erit, quo minus nuptiæ ſequantur: cum ſi ſtipularetur heres, inutilis eſſet ſtipulatio, quaſi alteri facta, §. *alteri, Inſt. de inutil. ſtip.* Ac proinde iſto caſu heredi tantum cavetur de indemnitate mulieris: mulieri autem cavetur de implendo modo legato injecto, quia ipſa eſt legataria. Sed addamus tamen aliquid. Hæ duæ cautiones, quarum una heredi præſtatur, altera mulieri, agente viro præſtandæ ſunt, antequam ad ſententiam veniat. At poſt ſententiam, ſive ſecundum eum judicatum ſit, ſive contra eum, puta, quod vitio ſuo cauſa ceciderit plus petendo, nuptiis non ſecutis; mulieri in eum ex cautione eſt actio, quæ tamen ſi inanis ſit propter inopiam viri, qui non eſt ſolvendo,

A cum ſcilicet cauſa ceciderit vir, & heres ei pecuniam legatam non ſolvit, tunc æquum eſt, eam pecuniam mulieri ab herede ſolvi, quia delictum ſeu vitium mariti mulieri, quæ nihil deliquit, nocere non debet. Delictum ſocii ſocio, collegatarii collegatario, coheredis coheredi non nocet, *l. ſi heredis*, §. *1. de legat. 1.* Et ita omnino explicandum eſt, quod eſt in extremo *d. l. Titio centum*. Et illud repetendum atque inculcandum rurſus, hanc vel illam cautionem eſſe nudam repromiſſionem, non ſatiſdationem, aut ſatiſdationem ſimplicem, non ſatiſdationem fidejuſſorum, ut loquitur lex, *nec non, ex quibus cauſ. major. ſupra.*

Lex LI. ad Senatuſc. Treb.

Cum heres deductis legatis hereditatem per fideicom-
B *miſſum reſtituere rogatur, non placet ea legata deduci, quæ peti non poterant. Sed cum uxori pro parte heredi ſcriptæ dos legetur, eaque deductis legatis hereditatem reſtituere rogatur, etiamſi quarta, quam per legem Falcidiam retinet, tantum efficiat, quantum in dote eſt, tamen pro ſua portione dotis prælegatæ partem deducit. Cum enim utrumque conſequitur; nihil intereſt inter hanc mulierem, & quemvis alium creditorem heredem inſtitutum, & hereditatem reſtituere rogatum. Idem probatur, etſi non deductis legatis fideicommiſſum ab ea relictum ſit.*

QUæſtio hujus legis eſt elegantiſſima: dicit eum, cui reſtituitur fideicommiſſaria hereditas, ſuſtinere onera omnium legatorum, non heredem. Reſtituitur ei hereditas ſolida, ſine deductione Falcidiæ, ſi he-
C res coactus adierit, vel ſi ſponte adierit, reſtituitur ei dodrans tantum. Nam heres deducit Falcidiam, hoc eſt, quadrantem quem debet habere illibatum & immunem: ergo pro quadrante non obligatur legatarius, & conſequenter ſolus fideicommiſſarius legatariis reſpondere cogitur, qui loco eſt heredis, a quo legata relicta ſunt: Nam cum heres adverſus legatarios debeat habere ſalvam Falcidiam, non ideo minus debet eam habere, quoad dodrantem hereditatis reſtituat alteri, & retinuerit ipſe ſibi tantum quadrantem Falc. Ergo æquiſſimum eſt, ut onera legatorum agnoſcat ſolus fideicommiſſarius, quoniam quadrans debet remanere apud heredem ſine ullo onere, quoties eſt locus Falcidiæ. Et hoc quidem ita procedit, ſi heres rogatus ſit reſtituere hereditatem totam *l. 12. C. ad Treb.* Nam ſi heres ex aſſe ſcriptus ro-
D getur tantum reſtituere partem hereditatis, ita ut apud eum remaneat plus quam quadrans, ut ſi rogetur reſtituere ſemiſſem vel trientem, ſane hoc caſu onera legatorum inter eos dividuntur pro rata, *l. 1.* §. *ſi is, qui quad.* & §. *pen.* & *ult. hoc tit. l. 2. C. eod. tit. l. etiam*, §. *1. ut leg. nom. cav.* Rata eſt portio competens cuique in ea hereditate, portio contingens, portio virilis, item id, quod propoſui initio fideicommiſſ. Trebell. ſubire onera legatorum, non heredem ſcriptum, ita procedit, niſi heres deductis legatis rogatus ſit reſtituere hereditatem. Nam hoc caſu ſane heres deducit legata, quæ utilia ſunt, id eſt, quæ debentur & peti poſſunt, eorumque legatorum ſolvendorum onus ad eum pertinet, & fideicommiſſario cavere debet, defenſum iri eum adverſus legatarios, ut teſtator voluit, qui idem juſſit de-
E ducere legata, & reſiduum reſtituere fideicomm. ſine onere legatorum, *l. ſeq.* §. *inde quæritur, h. tit.* Inutilia autem legata, quæ peti non poſſunt, heres non detrahit, ſed ea reſtituit fideicommiſſario, quaſi hereditatis bona ſalva Falcidia, ſi ſua ſponte adierit hereditatem: & hoc quidem quaſi utile principium quoddam juris propoſuit Pap. initio legis: deducentur utilia legata, inquit non inutilia. Hoc cum propoſuiſſet, excipit unum caſum tantum, quo heres cogetur reſtituere hereditatem deductis legatis. Deducet igitur legatum quamvis ſit inutile, & ſibi habebit: nam quod peti non poteſt a legatario fideicomm. id non reſtituet: illo, inquam, caſu legatum inutile deducitur ab herede, & non venit in reſtitutionem fideicommiſſi: neque mirum hoc videri de-

bet: Nam eodem ipso casu, etiamsi heres non deductis legatis rogatus sit restituere hereditatem simpliciter, deducet illud legatum, quamvis sit inutile, & sibi habebit. Quam in rem ita ratiocinatur quodammodo Papin. Si quod legatum possum deducere, etiamsi non deductis legatis a me fideicomm. relictum sit ergo multo magis id deducam, si deductis legatis a me fideicommissum relictum sit. Finge: maritus uxorem heredem scripsit ex parte adjectis aliis coheredibus, & eam rogavit, ut deductis legatis portionem hereditatis restitueret Titio. Ac præterea eidem uxori dotem prælegavit, quod legatum est utile, etiamsi sit relictum quasi creditori a debitore, quia in eo plus est, quam in debito. Legatum enim dotis est præsens, debitum autem dotis est in diem: Nam soluto matrimonio dos solvitur tribus pensionibus, annua, bima, trima die, *à trois payes*, sed non est per omnia utile prælegatum dotis. Nam relictum est prælegatum dotis ab omnibus heredibus. Ita ergo & ab uxore ipsa, quæ est heres ex parte, eidem ipsi uxori: & pro parte quidem coheredum est utile, pro parte uxoris non potest esse utile, quia heredi a semetipso inutiliter legatur: nulla est sententia in jure frequentior, *l. legatum*, §. 1. *de leg.* 1. Nam nemo potest sibi ipsi debere, denique pro parte coheredum utile est legatum dotis, pro parte uxoris inutile: & tamen in ponenda ratione legis Falcid. in computatione legatorum, & bonorum prius deduci oportet æs alienum, etiam quod defunctus heredi debuit, licet aditione sit confusum. Deinde ex reliquo deducitur Falcidia, & præstantur legata aut fideicom. qualiacunque. Et sane etiamsi uxor jussa esset restituere partem hereditatis sibi relictam non deductis legatis, deduceret legatum dotis pro parte sua jure proprio, non jure legati: Nam pro ea parte inutile est legatum, residuam autem dotem consequitur a coheredibus præsenti die jure legati pro portione coheredum, pro qua tantum legatum illud consistit. Ergo mulier hoc casu sive deductis, sive non deductis legatis jussa sit restituere partem certam sibi relictam, deducit legatum, quod est inutile, quasi æs alienum sc. id est, quasi debitum sibi. Deinde deducit etiam Falcidiam, & reliqua bona restituit fideicom. Ergo, quod notandum, duplici deductione utitur; deductione dotis pro parte sua jure suo sibi debitæ, & deductione quartæ, hoc est, Falcidiæ, etiamsi tantum sit in Falcidia, quantum in dote, atque ita utrunque consequitur & dotem & Falcidiam, id est, quadrantem portionis suæ hereditatis, etiamsi is quadrans sufficiat doti, sicut & quilibet creditor extraneus heres institutus a debitore, & rogatus restituere hereditatem, deducit primum quod sibi debuit defunctus, deinde Falc. integram, etiamsi Falcidia tantum efficiat quantum est in debito, *l. in ponenda*, *C. ad l. Falc. l. pater filiam*, *ad l. Falcid.* Nihil igitur in hoc proposito distat uxor a creditore, uxor cui debetur dos, a creditore, cui quid aliud debetur, uterque deducit sibi debitum, ac præterea Falcid. integram, uterque utrunque consequitur, & hereditatem seu Falcid. & quod sibi defunctus debuit. Hæc est sententia Papin. quæ ponitur in hac l. & nihil addit præterea. Sed objicitur: imo contenta esse deberet mulier alterutro, vel dote, vel hereditate, aut Falcid. quæ jure hereditario capitur, si modo in Falcid. tantum sit, quantum in dote, & fuit ea de re olim edictum, quod dicebatur *de alterutro*, cujus fit mentio in *l. un.* §. *sciendum*, *C. de rei uxor. act. l. un. C. Theod. de testam.* quo jubetur mulier contenta esse alterutro. Ex edicto igitur non potest utrumque consequi, quod quidem locum habet dote debita judicio rei uxoriæ, non si debeatur ex stipulatu: nam si debita sit ex stipulatu, mulier utrumque consequetur, dotem & Falc. si debita sit judicio rei uxoriæ, alterutrum ex illo edicto. Et hic quia non ponitur dos debita ex stipulatu a Papin. pono eam debitam, nec male, judicio rei uxoriæ. Ergo in casu hujus l. nec est locus edicto *de alterutro*, nec uxor utrumque consequetur. Sciendum est, edictum hoc esse sublatum hodie a Justin. simul & actionem rei uxoriæ. Igitur hodie soluto matrimonio mulier repetit dotem actione ex stipulatu, etiamsi non sit stipulata dotem sibi reddi. Sunt tacita pignora quædam, & tacitæ stipulationes quædam: sunt igitur quasi ex tacita stipulatione: mulier hic repetit dotem, vel morte vel divortio soluto matrimonio. Et si is casus evenerit, qui proponitur in h. l. ut ea mulier heres instituatur a marito, ipsa utrumque percipiet, & hereditatem & dotem, sicut & quilibet alius creditor heres institutus, nec ut ait Papin. erit ulla differentia inter mulierem & quemvis alium creditorem, *l. un.* §. *igitur*, *C. de rei uxor. act.* Sed & cum obtinuit edictum illud *de alterutro*, & nec dum esset sublatum a Justin. nec dum sublata actio rei uxoriæ, vitiabitur edictum illud, si maritus utrumque mulierem habere voluisset, hereditatem & dotem, ut in hac specie, cum heredem scripsit uxorem ex parte, & dotem etiam ei prælegavit. Ponamus debitam judicio rei uxoriæ, quod non sit stipulata dotem sibi reddi secundum jus vetus: Etiam hoc posito, non erit locus edicto de alterutro: quia testator utrumque uxorem habere voluit, & similiter etiam hodie, quo jure receptum est ut mulier utrumque percipiat, si testator voluerit eam esse contentam Falcidia pro dote, si voluit eam compensare Falcidiam cum dote, in qua modo tantum sit, quantum in dote, hereditate electa, non deducet dotem contra voluntatem defuncti, non consequetur utrumque, *l. si filia*, §. *pen. famil. ercisc. l. 6. quan. dies leg. ced. l. cum ab uno*, *de leg. 2. l. Titius*, §. *maritus*, *hoc tit. l. 2.* §. 1. *de dote præleg.* Et in §. maritus ostenditur, ex voluntate defuncti hoc ita procedere, ut non utrunque ferat uxor, quamvis etiam eam heredem scripserit, & ei dotem prælegarit, videlicet si probetur hoc eum sensisse, ut alterutro contenta esset, utque Falc. electa dotem restituere fideicommissario. Quod procedit etiam in quolibet creditore herede instituto: Nam si sit locus Falcidiæ, non deducet, quod sibi defunctus debuit, si crediti compensandi animo eum heredem fecerit. Denique non poterit, quod sibi defunctus debuit reputare legatariis, sed id debebit contribuere bonis, si modo Falcidia adimpleat debitum, *l. 12. ad l. Falcid. l. non potest Titio*, *de leg. 2.* Ex hoc libro citatur Papin. ab Ulp. *l. 3. quib. mod. usufr. amitt.* restat *l. 3.* §. *pen. de adim. leg.*

Ad §. pen. L. III. de Adim. legat.

Conditio legati an adimi possit, vel hereditatis vel statuliberi, videndum. Et Julianus scribit in statulibero detractam conditionem non repræsentare libertatem. Papin. quoque libr. 17. quæstion. scribit generaliter, conditionem adimi non posse: nec enim datur, inquit, conditio, sed adscribitur. Quod autem adscribitur, non potest adimi, sed quod datur. Sed melius est sensum magis, quam verba amplecti, & conditiones, sicut adscribi, ita & adimi posse.

Legatum quod testator dedit, adimere potest codicillis, vel eodem testamento. Finge: legatum dedit sub conditione, an conditionem adimere potest, quando non legatur? Et refert Ulp. generaliter Papin. scripsisse, conditionem non adimi recte. Ideoque adempta conditione non ideo legatum fieri purum, sed manere conditionale, hac ratione, quia id tantum adimitur, quod datum est, conditio non datur, sed adjicitur, apponitur legato, quod datur. Ergo non potest adimi: nil nisi quod datur, adimitur. Sed concludit; melius esse, ut etiam quod adscribitur adimi possit: ut igitur conditio adimi possit, & ut hæc adempta legatum purum efficiat, quia verba sunt consideranda pro voluntate, ut ait eleganter *l. 1. in princip.* & §. *conditionem*, *de condit. & demonstrat.* Ac præterea sæpissime conditio dari dicitur, quæ adscribitur & apponitur legato, *l. un. de leg. hoc tit. l. in plurium*, *de acq. hered. l. 5. de cond. inst. l. Sticho*, *de usufr. leg.* & *l. qui vulgo*, *de manum. test.* & *l. inter illam*, *de verb. sign.* Explicitus est 3. Decemb. 1572.

JACO-

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XVIII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXXXVII. de leg. 1. & L. XC. eod. & L. pen. de His quæ ut indign.

Lex LXXXVII. *Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto, legatum quoque reliquit. Durissima sententia est existimantium denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate. Non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.*

Lex XC. *Quid ergo, si ita legaverit? hoc amplius filio meo: non dubie voluntatis quidem quæstio erit: Sed non absimilis est prioris casus circa filii providentiam, nisi evidens voluntas contraria patris probetur. Plane si pluribus filiis institutis, ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem.*

L. penult. *Si testamentum patris jure factum filius negavit, quoniam de jure disputavit non judicium impugnavit aut accusavit, retinet defuncti voluntatem.*

QUÆSTIO hæc & explicatio tres leges complectitur, *l.87.l.90.de l. 1.& l.pen.de his, quæ ut ind.* Quæstio hæc est, *an filius, qui sprevit & omisit hereditatem patris indignus sit legato, quod ei præter hereditatem pater legaverat eodem testamento? An qui omittit hereditatem paternam, omittere etiam debeat legatum?* Filius aut est emancipatus, aut in potestate patris, & qui in potestate est, dicitur filiusf. & dicitur nonnunquam in jure filius suus, qui emancipato opponitur, *l.6. de jure patron.l.nepos, de leg.præs.* Verum est differentia inter emancipatum & suum multa. Sed quod ad propositionem nostram attinet, hanc differentiam annotare satis erit. Filius emancipatus a patre institutus, est extraneus & voluntarius heres. Nam liberum arbitrium habet adeundæ vel repudiandæ hereditatis paternæ: filius autem suus a patre heres institutus, patri est heres suus & necessarius, nec in eo est necessaria aditio, quia statim ipso jure heres existit, *l.in suis, de suis & leg.* Emancipatus aditione heres fit, suus heres non fit, sed existit, hoc est, apparet protinus heres, vel ut Græci dicunt, ἀναφαίνεται, & est proprium suorum: suus, inquam, ipso jure heres existit etiam invitus & ignorans, nec in eo repudiatio locum habere potest. Denique neque aditio in eo locum habet, neque repudiatio. Adire & repudiare sunt verba juris civilis, suus jure civili invitus heres existit: at jure prætorio in ejus arbitrio est, ut vel immisceat se bonis paternis, vel abstineat. Immiscere & abstinere sunt verba juris prætorii. Est igitur filius suus quodammodo voluntarius heres jure prætorio, quia liberum arbitrium habet immiscendi vel abstinendi se bonis, & eum, qui miscuit se bonis prætor habet heredis loco, eum qui abstinuit, prætor non habet heredis loco, *l.si filius, de interr. in jur. fac.* tantum vero valet in suo institutio, quantum in emancipato aditio heredis, & similiter in suo tantum valet abstentio, quantum in emancipato repudiatio, *l.pro herede, §.pen.de acq.hered.* Ergo sicut filius emancipatus heres institutus a patre, & legato honoratus repudiata hereditate non prohibetur legatum capere, *d. l. 89. h. t.* ita filius suus institutus, & legato honoratus, si abstinuerit se hereditate, non repellitur a legati petitione. Et ita definit Papin. in *h.l. 89.* & reprehendit sententiam eorum, qui repellebant filium a legato, qui repudiarat hereditatem paternam, per abstentionem scil. prætoriam quasi durissimam sententiam, id est iniquissimam. Et idem etiam alias Papin. respondisse refert Imp. in *l.cum responso, C. de leg.* quod responsum non exstat alio loco. Et in summa, vult filium, qui omittit hereditatem patris, non prohiberi legatum accipere & petere, quod ei idem pater reliquit. Ratio dubitandi erat; quia impugnare videtur judicium patris, qui abstinuit se hereditate patris, quandoquidem quantum in se est, intestatum patrem facit destituto testamento & neglecto: nam intestatus est etiam, qui testamentum fecit, si ex testamento nemo fiet vel existat heres: ergo videtur indignus esse filius ullum lucrum ferre ex judicio patris, quod per eum non stetit, quin destitueretur testamentum patris secundum regulam juris in *l. Papin.§.meminisse, de inoffic. test.* Ac rectissime Papin. ut respondeat huic objectioni, negat impugnari ab eo judicium patris, qui se abstinet bonis paternis, quia non ut impugnet testamentum hoc facit? non est ei hic animus, sed hoc facit, ut non obligetur æri alieno testatoris, nec implicetur negotiis hereditariis, justis rationibus adductus, quod existimet hereditatem non esse solvendo, esse litium hereditatem, non bonorum, esse honorem, non fructum. Providentia hæc est filii, ut ait eleganter *l. 90. ex eod.lib.* non etiam studium impugnandi testamenti paterni. Non est igitur æquum, eum repelli a legato, quod non potest esse detrimentosum, hereditas sæpe est damnosa, *l.si hereditas, mand.* Et ita concludit Papin. *l. 89.* his verbis, *filio pater, quem in potestate, &c.* Puto Papinian. adjecisse statim quod est in *l. pen.de his, quæ ut indign. auf.* eum quoque filium non repelli a voluntate, beneficio, honore, quem ei habuit pater: nam & hereditas & legatum honor est, eum, inquam, non repelli a voluntate patris, sed eam retinere, & secundum eam, hereditatem vel legatum persequi, qui testamentum patris dixit non esse jure factum, non esse justum, id est, non solemne, deesse in illo solemnia juris, veluti signa, testium subscriptiones, legitimum numerum testium, non factum uno contextu, non in conspectu omnium testium. Quæ omnia plane jus requirit. Qui, inquam, dixit, testamentum patris non esse solemne nec obtinuit, non repellitur ab hereditate, si forte in eodem testamento heres institutus sit, non repellitur a prælegato, quia ut ait lex nostra, *de jure disputatur*, id est, an solemnia jura deessent nec ne: non impugnavit judicium patris, nec justam voluntatem: ut si dixisset, falsum esse testamentum vel inofficiosum: quod non obtinuisset, sed quam existimabat non esse solemnem voluntatem, eam locum obtinere noluit: hic ducitur studio juris tuendi: ille qui falsum dicit, vel inofficiosum temere, ducitur studio juris impugnandi. Et hoc ita esse probat *l.post legatum, §.1.de his, quæ ut indign.* Et videtur quidem huic rei obstare *l. pen. in princ. de except. rei jud.* Sed ubi posuero speciem, statim indicabo, nihil omnino eam obstare. Species hæc est: erant duo agnati testatoris proximi, Titius & Cajus, qui etiam ab intestato ei heredes futuri erant, erant namque ambo ejusdem gradus: at ille testator Cajum heredem scripsit ex sextante, Titium ex reliquo, ab intestato singuli habuissent semissem, id est, dimidium, ex testamento habet Cajus sextantem, Titius dextantem. Cajus dixit, testamentum non recte, non jure factum esse, atque ita vindicavit semissem hereditatis, quasi ab intestato, & non obtinuit, an repellitur a sextante sibi adscripto in testamento? Considerandum in primis, eum vindicasse semissem totius assis. Ergo vindicasse etiam semissem sextantis, id est, dimidiam partem sextantis, nec obtinuisse. Ergo si dimidiam partem sextantis petat, repellatur exceptione rei judicatæ, quia eam amisit re contra eum judicata, quandoquidem eam temere in judicium adduxerat, sed non amittit alteram unciam, imo eam vindicat recte ex testamento, quia non est indignus testamento, qui dixit, illud non esse solemne, etiamsi non obtinuerit, quia tueri voluit solum jus, non impugnare justum testamentum: ergo retinebit partem sextantis, id est, unciam ex testamento: alteram partem amisit sua culpa, quia eam temere in judicium deduxit, & lapsus est. Et ita congruit ea lex etiam cum iis, quæ dicta sunt. Concludamus ergo. In *d.l.24.de his, quæ ut ind.* datur casus, quo filius heres institutus testamento patris retinet voluntatem patris, etiamsi id impugnasse videtur, dicendo testamentum non esse solemne, quia hæc dictio non est impugnatio proprie testamen-

menti, & videtur huic casui iste fuisse applicatus, qui est in *l.filio pater*, vel etiam ille huic: nam in proposito etiam filius heres institutus a patre, qui abstinuit se hereditate, non proprie accusavit, vel etiam impugnavit testamentum patris, quia hereditatem quidem amittit sua culpa; quia ea se abstinuit, ceterum legatum retinebit, non repelletur quasi indignus, & quidem percipiet totum legatum: quanquam videtur ab initio non valuisse pro ejus parte, sed pro parte coheredum tantum, *l.quæsitum*, §.*duobus*, & *l.qui filiabus*, §. *ult. cum l. seq. de leg.* 1. Ab hac definitione excipiendus est unus casus, qui proponitur in *l.*88. & 90. *de leg.* 1. si appareat, testatorem noluisse filium admitti ad legatum, nisi etiam hereditatem retineret. Nam satis est, si appareat: non enim exigitur expressa voluntas: sufficit tacita, modo sit evidens, ut nihil interest in jure fere semper expresserit quid testator, an intellexerit, *l. 6. de assig. lib. l. Lucius*, §.*Martius, ad Trebell.* Demum aliquod exemplum hujus tacitæ voluntatis. Finge: pater plures heredes habet, eosque heredes instituit, & genere legandi, id est, dicendo *lego tibi illum fundum, & tibi illam domum, &c.* ita inter eos omne patrimonium, omnemque hereditatem distribuit, ita ut nihil prætermiserit, reliquerit in hereditate indivisum: dixit quidem se legare ita singulis, sed hoc legatum aliud nihil est, quam hereditatis distributio, legatum mixtum est hereditati, & contra hereditas mixta est legato, *l. Marcell.* §. *pen. ad Treb.* Ergo evidens est, eum velle, ut qui amittit hereditatem, perdat etiam legatum, quia etsi sit usus verbo legati, tamen hereditatem distribuere voluit: verba sunt legatorum: mens est hereditatis dandæ, & distribuendæ inter filios, quod etiam ita definivit Papin. in *l.* 90. Sed quærebatur, an eadem esset voluntas patris, ut non haberet legatum, qui amitteret hereditatem, si filio instituto ex parte, adjecit, *hoc amplius, tibi fundum, do, lego.* Nam dicendo, *hoc amplius*, videtur convertere hereditatem in legatum, ita ut debeat utrumque amplecti: an statim dicam probe, hanc fuisse mentem defuncti? minime: nam possit quidem esse eadem, sed in dubio, quia dicendo, *hoc amplius*, repetit institutionem tantum, non etiam immiscuit hereditatem legato. Et ita etiam respondet Papin. in *l.*90. Exposui sententiam trium illarum legum, sed non, quæ objici possunt: male a Florentinis hæc verba absunt, *inter eos verbis legatorum bona diviserit.* Hæc enim ad legis explicationem omnino necessaria sunt. Diximus, filium in potestate patris heredem institutum ex parte, & honoratum prælegato, si omiserit hereditatem paternam, totum legatum capere, quod & in extraneo herede procedit. Videamus huic sententiæ, quæ objiciantur: sunt sane multa, ex quibus quidam efficiunt, non totum legatum eum capere ex legato, & omissione hereditatis, sed pro parte coheredum tantum. Quidam autem, nihil prorsus eum capere ex legato & omissione hereditatis, esse amissionem integri legati. Ac primum quidem sic argumentantur: legatum relictum heredi ex parte instituto, non valet in totum. Nam pro parte ejus heredis, cui relictum est legatum, sane non valet quasi ei a semetipso relictum, pro parte coheredum valet, *l.legatum*, §.1.*h.t.* Ergo in totum non valet. Consequenter totum non debetur heredi, cui relictum est, etiamsi postea omiserit hereditatem propter regulam Catonianam, quia legatum, quod ab initio non consistit, vel quatenus ab initio non consistit, ex post facto non convalescit. At respondebo statim, legatum heredi ex parte instituto relictum non valet nisi pro parte coheredum, si ipse heres cui relictum est, hereditatem adierit, & miscuerit se bonis, quia non potest idem & in eadem parte heres esse & legatarius, debitor sc. & creditor: sed si omiserit hereditatem, puta si eam repudiaverit, vel si ea se abstinuerit, totum capit jure legati a coheredibus, quibus portio ejus accrescit. Et hoc ita est proditum in *l.quæsitum*, §.*duob.* & *l.qui filiab.* §.*ult.* & *l.seq.h.t.de leg.*1. Nec locus est regulæ Caton. hoc casu quia legatum ab initio constitisse intelligitur in totum, cum non idem inveniatur esse heres & legatarius, sed legatarius tantum omissa hereditate: nec enim omnis, qui scribitur, vel nuncupatur heres, & heres est statim: non extraneus, antequam adierit: non suus, jure prætorio sc. antequam miscuerit se. Hic igitur, qui omisit hereditatem, nunquam heres fuit, sed quæ pars ejus esset, si non omisisset hereditatem, ea accrevit coheredibus: merito igitur coheredes legati nomine teneutur in solidum. Et idem etiam obtinet, si heredi ex parte instituto, cui prælegatum etiam datum erat, aliqua ex causa sit ablata pars hereditatis quasi indigno per fiscum: nam & hoc casu integrum legatum petet a coheredibus: erepta ei est hereditas, non legatum: igitur a coheredibus petet in solidum, etiamsi pars hereditaria, ex qua sit scriptus, fisco obvenerit, non coheredibus, *l.eum qui*, §. *ult.de his, quæ ut indig.* Dices forte, mirum hoc esse, quod is, cui eripitur hereditas quasi indigno, non ideo desinat esse heres, quod ipse non amiserit hereditatem, imo agnoverit, sed erepta fuerit, juxta illud, quod dicitur, qui semel heres factus est, heres esse non desinit. Et sane is, cui eripitur hereditas, heres manet, *l. ex facto*, §.*ult.de vulg.substit.* Sed respondeas, manere quidem heredem jure ipso, sed non haberi heredis loco, id est, nudum nomen heredis habere, non rem: nam & is, qui abstinet se hereditate, jure civili heres manet, *l. cum quasi* §. *sed etsi, de fideicomm.libert.l.6.*§.*si suus, de bon. libert.* sed non habetur apud prætorem heredis loco, heres est nomine, non re: uterque igitur est heres sine re, & is, cui eripitur hereditas, & is qui se abstinet hereditate, sed prætor non nomen spectat, sed rem. Igitur non prohibetur legatum integrum capere sicut extraneus quilibet, qui non sit heres scriptus. Objicitur etiam *l. miles*, §.1. *de legat.* 2. Species hæc est: unum heredem scripsit ex parte datis coheredibus, & ei aliquid prælegavit: is post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, vel ex lege Julia, post apertas tabulas, nam ex eo tempore cedit dies legatorum, lege Julia ex apertis tabulis, jure antiquo, quo utimur, ex morte testatoris, quæ cessio profuit ad transmissionem legati? quid est *cedere diem legati*: transmitti posse legatum ad heredem legatarii. Is igitur heres post diem legati cedentem ante aditam hereditatem mortuus est, interim scil. dum deliberaret de adeunda, vel repudianda hereditate, non transmittit hereditatem ad heredem suum, quia hereditas non adita non transmittitur, sed & pars hereditatis pertinet ad coheredes substitutos, ut ait, vel jure antiquo, si coheredes non sint substituti, ad fideicommissarium. Denique pars ea hereditatis non transmittitur ad heredem, sed legatum, cujus dies jam cesserit: verum non totum, sed pro parte coheredum tantum, pro qua constitit. Ergo totum legatum ei non debebatur, alioqui deberetur etiam heredi ejus. Sed verissimum est, quod in *l. filio* statim adnotavit Accurs. observandum esse, nos loqui de eo, qui omisit hereditatem repudiatione vel abstentione: huic totum legatum debetur, & proinde totum transmittitur in heredem ejus: illa *l.miles* §.1. non loquitur de eo, qui amisit hereditatem, sed qui inter deliberandum de admittenda vel omittenda hereditate, vita decessit: huic non debebatur totum legatum, qui nondum omiserat hereditatem, nondum in eo res erat, ut ad eum totum legatum pertineret. Ergo totum etiam non transmittitur ad heredem suum, sed pro parte coheredum tantum. reliqua pars hereditati accrescit & commiscetur: quandoquidem, ut dixit, pertinet ad coheredes substitutos: nihil est certius. Pergamus ad reliqua, quibus efficere tentamus eum, qui omisit hereditatem, nil omnino ex legato sperare posse. Et ducitur primum argumentum ex *l.apud Celsum* §. *si quis ex uncia, de dol. & metus exc.* Duæ sunt partes ejus §. prior consentit cum sententia Papin. posterior pugnare videtur. Et ita quidem prioris ponitur species: Heres scriptus est quidam ex uncia, ex qua potuit consequi ducenta, ac præterea ei legatum relictum est, in quo erant centum: ipse prætulit legatum 100. hereditati: prætulit centum ducentis: hereditatem omisit, legatum agnovit, & hereditatem omisit prudenti consilio: ne implicaretur molestiis hereditariis, cum videtur hereditas ei non esse solvendo: in electione ejus fuit, vel hereditatem capere, vel legatum, vel etiam utrumque: Nam suo marte tantum fingit Accurs. legatum ei ita fuisse relictum, ut caperet alterum tantum, hereditatem vel legatum, non

utrum-

utrumque, quod lex non ponit: sed generaliter ita ponit speciem, ut intelligatur in arbitrio fuisse heredis, vel hereditatem capere, vel legatum, vel utrumque: hereditatem noluit, legatum agnovit, & petit legatum a coheredibus, an repelletur exceptione doli mali? non: nec enim petit contra voluntatem defuncti, quod congruit omnino cum *l. filio pater.* Verum quod sequitur, pugnare videtur: nam ait, si ille heres omiserit hereditatem accepto pretio a substituto, quia fingendum ei datum fuisse substitutum, & ut eam omitteret, & ita pars ejus ad substitutum reverteretur, substitutum ei dedisse pretium, vel pretii loco aliquid, *d. l. apud* §. *auctores, l. 1. §. ult. & l. 2. de calumniat.* quia omisit quidem hereditatem in gratiam substituti, sed ab eo tulit pretium: nunc si petat legatum a coheredib. dolo fecisse intelligetur, & per hoc repelletur exceptione doli mali. Ecce casus, quo qui omisit hereditatem, repellitur a legato: hujus rei ratio erit pro responsione. Cur repellitur a legato? aut quatenus repellitur ab hereditate, an in totum repellitur? minime. Ratio hæc est: simulavit se omittere hereditatem quæ simulatio doli mali est: reipsa non omisit, quia pretium accepit: qui pretium habet, rem habere videtur. Sic igitur statuo: re ipsa non omisit hereditatem, qui pretium tulit. Ergo si petat legatum nunc, repellitur exceptione doli mali, quandoquidem pro parte sua hereditaria inutile est, & ita accipiendus est ille locus: Nam si petat legatum pro parte coheredum tantum, cur repelleretur? cum etsi palam adiisset hereditatem non repelleretur. Objiciunt præterea *l. ult. §. ult. de dol. except.* Finge: mulier maritum & filium heredes scripsit ex semisse, & alteram filiam ex priore matrimonio ex semisse sub conditione, si remitteret actionem tutelæ suis coheredibus, quandoquidem mater ei tenebatur, quia pater ejus, avus hujus puellæ tutelam gesserat: denique illam filiam scripsit sub conditione, si remitteret actionem tutelæ coheredibus, si parem rationem faceret, *si elle les en tenoit quities*, si apocham faceret. Nam ita Græci interpretantur *l. qui Titium, de manum. test.* illa noluit remittere debitum tutelæ, prætulit actionem tutelæ hereditati. Namque hereditatem omisit, ut actionem tutelæ salvam haberet. Quæritur, *an possit petere prælegatum?* Et ait, petentem legatum posse repelli exceptione doli mali. Ergo illo casu, qui omisit hereditatem, repellitur a prælegato? Respondeo, hoc ideo fieri, quia legatum filiæ videtur relictum sub eadem conditione, si actionem remiserit coheredibus, id est, conditio adscripta in institutione videtur repetita in prælegato, quæ conditio si deficiat, si non impleatur, si agat tutelæ, nec liberet coheredes eo nomine, consequens est, eam repelli & ab hereditate, & a legato: utrumque enim fuit datum sub eadem conditione. Et notandum in prælegatis semper videri repetitam conditionem adscriptam in institutione. Et ratio hæc est: si quis post institutionem ita loquatur: *Titius heres esto, si navis ex Asia venerit, & eo amplius ei do, lego centum.* Ea verba, *eo amplius*, repetunt conditionem, *l. avia, l. libertis, de cond. & demon.* Eandem vim habet dictio præterea, si dixerit hoc modo, *heres esto si navis ex Asia venerit, & præterea sumito centum ex hereditate*: videtur in prælegato repetita eadem conditio, *l. Sejo, §. pen. de an. leg.* Ergo & in omni prælegato: nam prælegare est præter hereditatem dare. Sic ergo verissime possis constituere, in prælegato omni, nisi aliud voluerit defunctus, repetitam videri conditionem adscriptam in institutione, & non esse mirum, si eum, qui defecit conditione & institutione, repellamus tam a legato, quam hereditate. Objicitur *l. si non solus, §. 1. si quis omissa causa test.* Species est: si is sit institutus heres, si testatori potuit succedere ab intestato, velut proximus agnatus, & ab eo relicta sint legata, fideicommissa, libertates, quæ sane non debentur, imo ad irritum constituuntur omnia, si non adeatur hereditas ex testamento. Is, inquam, dolo malo, ne præstet fideicommissa & legata, si repudiet hereditatem ex testamento, & adeat ab intestato, ut potest, est enim heres voluntarius, nihilominus obligatur legatariis ex illo edicto, si quis omissa causa testamenti, perinde atque si ex testamento adiisset hereditatem. Hoc cognito, finge: duo erant defuncto proximi agnati ejusdem gradus, qui simul ei succederent ab intestato. Erat Cajus & Titius. Cajum heredem instituit, & ab eo legavit multis, atque etiam Titio, *si Cajus heres esset, & si Cajus heres non esset, ei substituit Titium.* Quid accidit? uterque & institutus, & substitutus, & Cajus, & Titius, omisit hereditatem ex testamento, & eam possidere cœpit ab intestato: institutus ex illo edicto tenetur legatariis, perinde ac si adiisset ex testamento. An tenetur etiam substituto? minime: Solvet quidem aliis legatariis legata, sed non substituto. Probe, inquit, recusabit solvere legatum substituto, qui & ipse omisit hereditatem ex substitutione: noluit universa bona obtinere, & nunc petit legatum, repellitur: atque ita, qui omisit hereditatem, repellitur a legato. Nos loquimur de eo, qui omnino omisit hereditatem, nihil sperans ab intestato, coheredibus testamentum sustinentibus, quæ est, species *l. filio pater.* Illa *l. si non solus, §. 2.* loquitur de eo qui non omnino omisit hereditatem, sed ex testamento tantum, ut eam haberet ab intestato, qui non omisit simpliciter, sed dolo malo in fraudem defuncti & legatariorum, & libertatum; qui non providentia quadam, sed malitia & calliditate, atque ita impugnavit plane testamentum defuncti. Fraudem fecit, quam alii intentavit: fraudabitur legato, qui alios voluit fraudare, & improbe ab instituto petet legatum, & in eo coarguit vitium, in quo & ipse deprehenditur, ac ita non fert legatum is, qui causam intestati affectavit, ut etiam indicat *l. bonorum, de leg. præst. & l. quidam, si quis omis. caus. testam.* Falcidiam etiam fert is, qui omisso testamento ab intestato possidet hereditatem, *l. duo heredes, in fine, eod. l. 1. §. ad eos, ad l. Falcid.* Quia Falcidia non tantum capitur jure testati, ut *l. qui duos, de vulg. subst.* sed etiam jure intestati ex Const. D. Pii, *l. filiusfam. ad l. Falcid.* Postremo objicitur *l. si patroni, §. quid ergo, ad Trebell.* Heres institutus dicitur & rogatus hereditatem restituere Titio: recusat eam adire, sed coactus adiit postulante fideicommissario: amittit Falcidiam, & solidam hereditatem restituit: amittit etiam fideicommissum & legatum: Nam indignus est, qui aliquid ferat ex voluntate defuncti, qui ejus supremam voluntatem destituit. Cur enim is, qui destituit testamentum omissa hereditate, quantum ad se attinet, non amittit omne lucrum, quod ei ex testamento obveniebat? Sic respondeo: Illic recusavit adire, & coactus id fecit, qui potuit adire, quique adivit periculo fideicommissarii oblata cautione indemnitatis, *l. namque, §. ult. ad Treb.* vel etiam tutus est ipso juro & extra periculum omne est, extra onera hereditaria, si postulante fideicommissario ejus periculo adeat, quo casu & adire cogitur. Nos autem loquimur de eo, qui recusavit adire, cum non posset adire sine suo periculo, nemine offerente cautionem indemnitatis: hunc non est æquum repelli a petitione legati aut fideicommissi.

Ad L. VII. de Dot. præl.

Pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit: heres patris opposita doli exceptione, non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

§. 1. Sed si prius, quam legatum filio solveretur, mulier dotem suam recuperavit, frustra filius de legato aget.

§. 2. Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exheredatum habuerit, & mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit, utilis actio dotis dabitur: quod si ratum non habeat, defendi quidem debebit heres a viro, qui se defensurum promisit: Sed si totam litem vir solus subierit, actio judicati, si cautum non erit pro ea quantitate, quæ jure Falcidiæ petenda est, adversus heredem dabitur.

§. 3. Sed si prius quam legatum filio solveretur, mulier divertit, quamquam ipsa nondum præcipere dotem possit, non ideo tamen actio filii differtur: quia tunc iisdem diebus filio solvi dotem responsum est, cum patri pro parte heres extitit, & ad præceptionem dotis soluto matrimonio postquam heres extitit, admissus est.

§. 4. Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit, & ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fidei-

deicommissum non repetetur : cautionis enim præstandæ necessitas solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum: sed non exit iniquum heredi subveniri.

§. 5. *Quid ergo, si patris heres solvendo non sit, nonne juste mulieri dabitur adversus virum utilis actio dotis? cui dos perire non debet, quia non interposuit per errorem heres cautionem.*

Lex est difficillima & molestissima. Thesis seu propositio legis hæc est: *pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit.* Parit hæc propositio quæstiones, & dubitationes innumeras. Solet nurus dotem dare, non marito, sed socero, in cujus potestate maritus est, quia socer & filii & nurus onera sustinet, & est solus in ea familia princeps, *l. 20. §. hoc amplius, famil. ercisc.* Dos datur pro oneribus matrimonii: ei igitur danda est, qui sustinet onera matrimonii, *l. si is qui Stichum, §. 1. de jur. dot.* onera matrimonii sunt uxor, nurus, liberi, & homines eorum, quos omnes alere, tueri, curare, vestiri oportet, *d. l. si is qui Stich. §. 2. l. 4. in fin. de pact. dot. l. si maritus, famil. ercisc.* Mortuo socero qui quandiu vixit sustinuit onera matrimonii, onera nurus & filii, hæc omnia tacito jure filium sequuntur, etiamsi heres patri non extiterit: sicut tutela quoque legitima, puta agnatorum vel eorum, quos manumisimus, aut emancipavimus, filium sequitur, quam scil. gessit pater, nec peregit, si modo filius sit justæ ætatis: ut onus matrimonii, quod sustinebat pater quasi socer, filium sequitur, ita onus tutelæ legitimæ, licet patri heres non extiterit, *d. l si maritus, l. 3. §. ult. & l. 4. de l. 1. l. tutor l. tutela, de tut.* Hæc sunt certissima. Ex quib. efficiuntur multa: atque istud in primis: post mortem soceri, qui a nuru dotem acceperat, quia onera matrimonii transferuntur in maritum, consequenter, marito competit persequutio dotis adversus coheredes, judicio fam. ercisc. si patri heres extiterit, vel si nondum patri heres extiterit, aut exheredatus sit, utili judicio fam. erisc. nam directum quidem judicium datur tantum inter coheredes, sed utile judicium famil. ercisc. datur etiam inter heredem scriptum, & filium adoptivum, impuberem exheredatum, obtinendæ quartæ gratia, quæ ei debetur ex constitutione D. Pii, *l. 2. fam. ercisc.* Et ita dabitur etiam utilis actio famil. ercisc. inter heredem scriptum, & filium exheredatum dotis præcipiendæ causa, quia quem onus matrimonii sequitur, eum & dos sequi debet, licet exheredatus sit; sed repellet eum exceptione doli mali heres scriptus, nisi caveat heredi de indemnitate & defensione, id est, indemnem heredem futurum, & defensum iri eum adversus mulierem agentem postea facto divortio, de dote repetenda, alioqui duplici præstatione dotis oneraretur heres; non igitur eam præstabit filio, nisi ei caveat filius de indemnitate. Et hæc omnia ita probantur *d. l. 20. §. hoc amplius, d. l. si maritus, & l. fundus qui, famil. ercisc. l. 2. C. eod. tit. l. 1. §. Celsus, & §. sed & marito, hoc tit. l. un. §. cautionis, C. de rei uxor. act.* Ex quibus legibus obscurior est *l. si maritus, fam. ercisc.* quam res præsens omnino postulat, ut latius exponamus: Nam in toto hoc tractatu duæ tantum sunt leges difficiles, hæc quam sumpsimus, & illa. Præstemus operam, ut prius intelligamus *l. si maritus.* Pater a nuru dotem accepit, & mortuus est constante matrimonio inter filium & nurum, filio sub conditione herede instituto, adjectis aliis coheredibus: pendet conditio institutionis, fuit institutus sub conditione, ergo exheredatus sub contraria conditione: pendet conditio institutionis, an potest filius dotem præcipere, quia jam sustinet onera matrimonii? Et placet, quamvis pendeat conditio institutionis filii, interim filium dotem præcipere posse, quia sustinet onera matrimonii, *d. l. si maritus*: nec dicit, qua actione dotem præcipiat, qui nondum factus est heres propter suspensionem conditionis, sed necesse est, ut dicamus, illum dotem præcipere utili judicio fam. ercisc. alioqui illa *l. si maritus*, nihil pertinet ad tit. *fam. ercisc.* Imo & si deficiat conditio institutionis filii, eadem utilis actio indulgetur filio, *l. 1. §. Celsus, de dote præl.* Nam quod notandum, pendens conditio non impedit præceptionem dotis, nec deficiens igitur, *l. cum tale, §. si arbitratu, de condit. & demonst.*

A Sed præcipiendo dotem, sane semper compelletur cavere coheredibus, indemnes eos fore adversus mulierem, postea divortio facto agentem de dote repetenda, ut ipse solus subeat onus reddendæ dotis, & exoneret coheredes, a quibus dotem abstulit. Et hæc de præceptione dotis, quæ competit marito constante matrimonio, sive patri heres extiterit, sive non, sive pependerit institutionis conditio, sive non. Dicamus nunc de repetitione dotis, quæ competit mulieri soluto matrimonio. Præceptio dotis pendente conditione institutionis filii non pendet, ut diximus, sed præcipitur statim dos integra: an vero pendet repetitio dotis pendente conditione institutionis filii? Et *d. l. si maritus, in princ.* ait, pendere repetitionem dotis ex conditione illa, quia nondum certum est, integram dotem mulier petere debeat a coheredibus filii, an pro portioni- B bus hereditariis. Si deficeret conditio, integram repeteret a coheredibus filii: si existeret, ab omnib. heredibus eam repeteret pro partibus hereditariis: interim, id est, pendente conditione, non potest repetere a marito ulla ex parte, sed neque a coheredibus, nisi pro portionibus hereditariis, *l. si marito, §. cum patri, sol. matrim.* & postea si extiterit conditio, residuum repetit a marito pro parte mariti hereditaria, quæ est residua: si defuerit residuum, repetet a coheredibus. Igitur videtur hæc ejus *l. si maritus*, brevis sententia: pendente conditione institutionis filii pendere repetitionem dotis, quæ mulieri competit, non pendere præceptionem dotis, quæ marito competit manente matrimonio. Nec distinguo, ut Accus. utrum divortium factum sit ante mortem soceri, an post mortem soceri. Nam etiamsi post mortem divortium factum C sit inter filium & nurum, quandiu pendet conditio institutionis filii & uxoris, actio de dote pendet, quia incerta est cum quo aut quatenus experiri debeat, dum spes est, & maritum patri heredem existere posse, videlicet, si evenerit conditio. Male enim colligunt ex *d. l. si maritus*: post divortium filio dotis præceptionem esse, quod est falsissimum, quia nulla jam sustinet onera matrimonii: & unus tantum casus excipiendus est, nisi dos filio sit prælegata, qui patri heres non extiterit, quæ dos scil. mulieri post divortium sit reddenda annua, bima, trima die, quæ forte consistit pondere, numero, & mensura, secundum jus vetus. Nam hoc casu filius dotem præcipiet etiam post divortium, ut per ea intervalla temporis interim ipse fruatur commodo legati potius, quam heres scriptus. Et ita ostenditur in hac *l. 7. §. pen.* nam est lucrum D quoddam legatarii in tribus illis pensionibus: Nam exempli gratia, si trecenta sint in dotem, tantum centum redduntur, non initio primi anni, sed fine, alia centum fine secundi anni, alia centum fine tertii. Interusurium, id est, commodum medii temporis erit filii quasi legatarii, potius quam heredis scripti, alioqui filio post divortium non est præceptio dotis. Et hic casus non ponitur in *l. maritus*: nec enim in specie ejus legis dos filio fuit prælegata, & interpunctiones sunt etiam eversæ *d. l. si maritus*: vulgo ita disjuncta sunt: *plane*, inquit, *si post mortem soceri divortium factum sit.* Et hic additur comma, ac sequitur deinde, *quamvis pendente conditione institutionis.* Hic additur punctum geminatum, & mox sequitur, *dicendum est præceptioni dotis locum esse.* Quo modo si pungas, efficies, filio, cui dos non est prælegata, post divortium dotis præceptionem E esse. Sed pungamus aliter, ut fecerunt etiam Græci, *plane si post mortem soceri divortium factum sit*, & hic affigas punctum geminatum, & cetera legas una consequentia, *quamvis &c.* quod & translatio Græca comprobat, quam proferemus Latine: *si repudium miserit mulier post mortem soceri, etiam pendente conditione sub qua vir ejus heres factus est, datur filio præcipua dos uxoris ejus, non ut heredi, sed ut marito.* Nunc quoniam illam legem intelligimus, attingamus etiam aliquid ex l. nostra, quam inveniemus etiam valde esse vitiatam in fine, & §. *pen.* ab interpunctionibus, quod tamen vitium non est secutus Vivianus, non est secutus interpunctiones: ipse videtur intellexisse, quomodo essent pungenda verba hujus l. & inveniemus etiam esse vitiatam. Propositio hæc est: pater dotem a nuru acceptam filio exhe-

exheredato legavit, alium heredem scripsit: filius egit ex testamento legati nomine: non audietur, id est, nihil exiget, nisi caverit heredi, indemnem eum fore adversus mulierem quandoque facto divortio dotem repetentem: neque enim facto divortio mulier potest experiri cum marito, qui dotem non accepit, & qui non extitit heres patri, qui dotem non accepit, quamvis scil. dos ad eum pervenerit ex legati causa, *l. si cum dotem*, §. *pen. sol. matr. l.* 1. §. *per contrarium*, *de dote præleg.* non potest etiam mulier cum eo experiri ex cautione illa indemnitatis, quia filius eam non cavet uxori, sed heredi: igitur facto divortio dotem repetet ab herede soceri, licet dos penes eum non sit jam soluta filio soceri, sed filius heredem ex cautione defendere debet, quod faciet dotem præstando mulieri, licet ei non sit obligatus, vel quam ei solvit heres, heredi refundendo. Denique cogetur refundere dotem mulieri effectu ipso, quam consecutus est ex legati causa: quid si mulier aget prius de dote, antequam filius dotem reciperet, puta facto divortio per arbitrum recuperandæ dotis, an postea filius poterit agere adversus eundem heredem ex legati causa? minime; *frustra agere*, inquit, id est, legati nomine nulla ei competit actio ipso jure adversus heredem scriptum, quia nihil est jam, quod marito præstare possit, cum solutum sit matrimonium, & soluta dos mulieri, *l.* 1. §. *idem Jul. quærit*, *hoc tit. l. si marito*, §. *cum patri*, *sol. matr.* Quæ tamen dos, si nondum sit soluta mulieri, ut si annua, bima, trima die solvi debuerit, tamen interim jure legati filius exheredatus dotem prosequetur sine dilatione ulla, statim post divortium, ut inferius demonstrabitur. Sed interim notandum est quod retuli ante, quodque his verbis significavit Papin. prima parte in verbo, *dotem recuperavit*, heres recte aget soluto matrimonio, quia mulier non potest agere de dote recipienda antequam solutum sit matrimonium, vel uno casu constante matrimonio, videlicet propter inopiam ejus, qui dotem accepit. Est verissima annotatio: male autem Accurs. mulierem dotem recipere sse constante matrimonio, non quidem jure, sed facto ipso: male item Joannes, & quidem audacius statuit, dotis recipiendæ actionem mulieri nasci etiam constante matrimonio, quocunque casu, sive inops sit, sive locuples is, qui dotem accepit heresve ejus: nam præterquam uno illo casu, id est, propter inopiam ejus, qui dotem accepit, vel heredis ejus, actio de dote non nascitur constante matrimonio, & suæ sententiæ confirmandæ gratia Joannes abutitur, *l. si constante*, §. 1. *sol. matr.* & *l.* 5. *inf. de bon. dam.* Primum hodie constat, *legem si constante*, §. 1. pertinere ad unum duntaxat illum casum, quo solo dos repetitur constante matrimonio, quod apparebit statim evidenter: Nam cum lex dixisset initio, ex eo die dotis exactionem mulieri competere constante matrimonio, quo evidens fuerit inopia mariti, subjicit exemplum in §. 1. de filio, qui dotem accepit ab uxore & exheredatus est a patre, cum nihil haberet in bonis, nisi forte peculium profectitium, quod tamen extinguitur morte patris: ab eo filio exheredato etiam constante matrimonio mulier dotem repetet, quam ei dedit, ex die aditæ hereditatis patris, quia ex eo die vires habet exheredatio, & evidens est inopia mariti. Igitur ille §. non quocunque casu probat constante matrimonio nasci repetitionem dotis, sed uno illo tantum casu sive unico. Abutitur etiam *l.* 5. *in fi. de bon. damn.* hoc modo, cogitans in casu illius legis in fi. humanitatis gratia non nasci repetitionem dotis, nisi soluto matrimonio: ergo inquit, alias constante matrimonio nascitur repetitio dotis quocunque casu, ubi cessat eadem humanitatis ratio: circumscibit nos, nisi animadverterimus. Lex illa loquitur de uxore deportata, quam pœna sequitur, bonorum publicatio semper, *l. ult.* §. *ult. C. de sent. pass.* Ergo ut cetera bona mulieris, ita dos publicata videtur: sed lex ait tantum manente matrimonio, neque etiam soluta deportatione sola, si affectionem conjugalem deportata retineat, eandemque præstet vicissim maritus, qui mansit in civitate, manente, inquam, matrimonio lex ait, dotem manere apud maritum, non confiscari, & soluto matrimonio dotem reddi mulieri quasi humanitatis intuitu, hodie nata dotis actione, hodie, hoc est, post

A deportationem. Ergo jura vel bona, quæ post deportationem adquiruntur, deportatus vel deportata retinet, nec eunt in fiscum, *l.* 15. *de interd.* & *releg.* Hodie nascitur actio dotis, cum solvitur matrimonium, sed habuit vetustiorem causam, quæ fuit ante deportationem, qua ratione sequi dos videtur debere cetera bona, hoc est, fiscum: & humanitas non est in eo, quod non nascitur actio dotis ante solutum matrimonium, quod est generaliter verum omnibus casibus, sed in eo est, quod nascatur & competat deportato soluto matrimonio actio da dote, quam deportationis pœna publicasse videbatur. Sed in actione de dote pleraque benigne recipiuntur: magnus est favor dotis, *l. eas obligationes*, *de cap. min.* atque ita illis duab. legibus Joannes abusus est: ne discedas ergo ab annotatione Rogerii. In secunda parte legis intelligimus dotem, quam a nuru pater accepit, & filio exheredato legavit, si lex Falc. intervenerit, Falcidiam pati, quasi rei alienæ legatum. Est enim dos mulieris, non filii: dos legata uxori Falcid. non patitur, quia res sua reddi ei potius, quam dari videtur, non res propria mariti, non res aliena, *l. sed ususfr.* §. 1. *ad l. Falcid.* Et idem dicit, si legata sit dos mulieri, nurui, *l.* 1. §. *sed & marito*, *h. t.* cujus species inferius declarabitur. Idem erit, si quid aliud pro dote sit legatum uxori vel nurui: nam & hoc quoque legatum non subjicietur Falcidiæ, *l.* 1. *hoc tit.* Idem erit, si dos alii extraneo sit legata, ut uxori vel nurui restituatur, *l. cum dotem*, *ad l. Falc.* Quod omne ita procedit, si nullum sit in legato commodum repræsentationis sive antecessionis, *si le legat n' avance la paye*, si legetur dos, quæ in fundo consistebat, quæ sicut legatur præsenti die, ita citra legatum præsenti die redderetur: nullum quidem in illo legato est commodum repræsentationis, *l' on n' avance point la paye*, sed non est inutile legatum, maxime relictum per vindicationem, vel præceptionem, cum pro actione personali, qua dos repeteretur, legatum adferat rei vindicationem, quæ utilior est actio, *l.* 3. §. *si rem*, *de legat.* 3. neque tamen ob id lex Falcid. minuit legatum illud dotis, quod non repræsentat dotem, *l. si cred. in fi. de legat.* 1. Quia commodum illud melioris actionis & facilioris, nihil minuit bona testatoris, vel heredis: commodum repræsentationis minuit. Igitur si legato insit commodum repræsentationis, ut si dos, quæ redderetur annua, bima, trima die, legetur præsenti die, constat in eo commodo legem Falcid. locum habere, *l.* 1. §. *idem quærit*, *hoc tit.* Observandum est ad hæc in superiore casu, quo dos extraneo legatur, ut mulieri restituatur, & nullum est commodum repræsentationis; dissidium quoddam fuisse inter Julianum & Marcellum, ut semper Juliano Marcellus obloqui solet. Julianus volebat illo casu legatarium, cui non sua res, sed aliena legatur, Falcidiam pati, & quod Falcid. resciderit seu detraxerit, mulierem ab herede consequi actione de dote, *d.* §. *idem quærit.* Marcellus autem sublato illo circuitu volebat legatarium Falc. non pati, *d. l. cum dotem*, quæ est Marcelli. Julianus spectabat personam interpositi, hoc est, legatarii, qui interpositus est, ut dotem restitueret mulieri. Marcellus spectabat personam capientis, hoc est, ipsius mulieris, ad quam omne emolumentum redit, & rectissime: nam, ut & ipse Marcellus ait, in aliis plerisque casibus persona accipientis spectatur, non interposita persona, per quam capit, ut *l. cogit*, §. *hi qui solidum*, *ad Trebell.* Et similiter etiam alia in specie idem Marcellus circuitum tollit, *l. videamus*, *si cui plusquam per l. Falcid.* Observandum item est, quod diximus initio, dotem nurui prælegatam Falcid. non pati, nisi legato insit commodum repræsentationis. Ad id pertinet *l.* 1. §. *sed & marito*, *hoc tit.* Species hæc est: socer a nuru dotem accepit, filium heredem instituit ex parte, & dotem nurui prælegavit, ut Vivianus posuit recte. Accus. male, eum legasse dotem filio; mortis soceri tempore constabat matrimonium inter filium & nurum: legatum non valet, si jus actionis de dote, id est, si quod debetur actione de dote, socer nurui legare voluit, quia nondum quicquam debetur constante matrimonio, *l.* 1. §. *Celsus hoc tit. l.* 10. §. 1. *de leg. præst.* nisi uno casu, de quo diximus supra,

ſupra, propter inopiam ſoceri, vel heredis ejus: ſed ſi pecuniam dotalem nurui legare voluit, valet legatum & præſtabitur nurui oblata cautione indemnitatis adverſus filium. Commodum legati eſt magnum, quia mulier recipit dotem conſtante matrimonio, cui jure ſuo reddi non debet ante ſolutum matrimonium. Quapropter in eo commodo Falcidia locum habebit, ſed quod Falcidia reſciderit, mox filius heres inſtitutus ex parte præcipiet judicio famil. erciſc. vel quod addi velim ad illum §. *ſed & marito*, ſi non ſit heres inſtitutus, id præcipiet utili judicio ex *d.* §. *Celſus*, quia & totam dotem filius præciperet, ſi a ſocero nurui non fuiſſet prælegata: imo ſi a ſocero nurui fuerit prælegata, filius petet ab herede dodrantem, quem heres mulieri præſtitit, ſed indemnis a muliere ſervabitur heres, atque ita mulier tandem manente matrimonio compelletur marito dodrantem refundere, ut integram dotem habeat maritus, quandiu manſerit matrimonium. Et hoc quidem dote legata uxori vel nurui: nunc dicamus, quo de agitur in ſecunda parte hujus legis, de dote legata filio exheredato, vel inſtituto a patre, qui a nuru eam acceperat, quod legatum initio jam dixi Falcidiam pati. Et finge; pater dotem acceptam a nuru filio exheredato legavit: filius prior egit legati nomine conſtante matrimonio, heres ex legato detraxit Falcid. & dodrantem filio ſolvit, & mulier ratam ſolutionem dodrantis fecit. Igitur dirempto matrimonio, mulier id tantum repetet ab herede utili actione de dote, id eſt, efficaciter, quod Falcidia reciderit, quia reſiduo heredem liberavit ratihabitio, *l. ſolutam, de ſolut.* Filius quoque exheredatus de reſiduo mulieri non tenetur actione de dote, ſed vix ſolutionem ei factam mulier ſana unquam ratam habitura eſt, quin ei prius ab eo ſatis cautum eo nomine fuerit. Quod ſi mulier ſolutionem illam dodrantis marito factam per heredem ſcriptum a ſocero ratam non fecerit, integram dotem repetet ab herede ſoceri dirempto matrimonio, ſed defendi heres debebit a filio ſecundum fidem cautionis ei præſtitæ de indemnitate, & defenſione, hoc eſt defendere eum debebit adverſus mulierem agentem de dote repetenda: defendere, eſt pro herede litem ſubire, & ſi quidem filius totam litem ſubjerit ſolus, puta de dote repetenda; & condemnatus ſit dotem mulieri reddere, actio judicati in quem dabitur? In heredem quem defendit, an in maritum defenſorem? Sane ut prudenter Papinian. animadvertit in hac ſecunda parte, in maritum actio judicati dabitur pro dodrante, quem accepit ab herede, qui pro dodrante in rem ſuam interveniſſe videtur juxta *l. Plautius, de procur. l. ult. de re jud.* In heredem autem actio judicati dabitur pro modo Falcidiæ, hoc eſt, pro quadrante, quia pro ea parte maritus rem alienam defendiſſe videtur: quia non ipſe, ſed dominus rei judicatæ tenetur, *arg. l.* 1. §. *in proprium. quand. app. ſit.* Et hoc quidem ita eſt, ſi cautum non ſit mulieri judicatum ſolvi: nam ſi maritus caverit judicatum ſolvi, in ſolidum ex ſtipulatione convenitur, ſed pro modo Falcidiæ regreſſum habebit adverſus heredem, cujus voluntate totam litem ſubjit, vel ſi heres præſens caverit judicatum ſolvi, non maritus juxta *l. ſi ad defendendum, inf. judic. ſol.* ipſe heres in ſolidum tenebitur, ſed indemnis ſervabitur a marito ſecundum fidem cautionis interpoſitæ inter eum & maritum. Et hoc eſt quod Papinian. voluit in ſecunda parte his verbis, *ſed ſi lex Falcid. &c.* & mendum in illo loco, *quæ jure Falcidiæ petenda eſt*, nam mulier eam quantitatem non petit jure Falcidiæ, ſed jure dotis, judicio dotis: & rurſus eam quantitatem heres jure Falcidiæ non petit, ſed retinet. Eſt enim Falcidia in retentione, non in petitione, *l.* 14. *&* 15. §. 1. *&* 33. *ad l. Falcid.* Igitur ſcribendum, *quæ jure Falcidiæ retenta eſt*, ut ſupra dixit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit. Et ſequitur in ea lege quam facio tertiam partem, *ſed ſi priuſquam legatum filio ſolveretur*. Quæ ante dicta ſunt, eo caſu procedunt, quo filius exheredatus prior egit ex teſtamento, & legatum conſecutus eſt, deinde factum eſt divortium; nunc ponit mulierem divertiſſe, antequam filius exheredatus legatum conſequeretur, quo caſu mulier ipſa quidem non poteſt ſtatim dotem præcipere, quæ ſcil. continetur pondere, numero, vel menſura, ſed ſtatis temporibus, puta, annua, bima, trima die; verum filius exheredatus, cui dos legata eſt, ſtatim dotem præcipiet, etiam poſt divortium, & per ea intervalla temporis fruetur legato, ſed indemnem ſervabit heredem ex cautione indemnitatis, quam interpoſuit, ubi ſcilicet mulier petet primam vel ſecundam, vel tertiam penſionem. Ergo non iiſdem diebus filio dos ſolvitur, quibus mulieri: filio ſolvitur ſtatim, mulieri annua, bima, trima die: videlicet, ſi ſit prælegata filio exheredato: nam aliud erit, ſi ſit prælegata filio heredi inſtituto ex parte, nec abſtinente ſe: filio ex aſſe inſtituto, omnino legaretur fruſtra: ex parte inſtituto, utiliter legatur pro parte coheredum. Et hoc caſu coheredes filio ſolvunt dotem iiſdem diebus, quibus mulieri ſolvi debet, hoc eſt, annua, bima, trima die. Et hanc differentiam inter filium exheredatum, & heredem inſtitutum, Papinian. evidenter exponit in hac tertia parte, ſi modo ejus verba punctis diſtinguantur recte, nempe hoc modo, *reſponſum eſt*, hic pone virgulam, *cum patri, &c. admiſſus eſt*, punctum, ut §. *ult.* incipias ab his verbis, *& forte per errorem*. Omnes libri habent hoc vitium, non habuit Vivianus, nec Bartolus. Sed videamus, quæ ſi ratio differentiæ inter filium exheredatum, & heredem inſtitutum. Filio exheredato poſt divortium dos, quæ ei legata eſt, ſolvitur ſtatim: filio inſtituto, annua, bima, trima die. Redde rationem: locus hic eſt ſingularis in Papiniano. Ratio eſt aliquantulum obſcura: filium exheredatum, cui nihil præter dotem reliquit pater, videtur voluiſſe pater fructum aliquem ferre ex legato, quem nullum ferret, ſi poſt divortium iiſdem diebus ei dos ſolveretur, quibus & mulieri ſolvi dos debet. Ergo ne ſine fructu ſit legatum, per intervalla eorum dierum, filius exheredatus, qui nihil habet aliud, fruetur commodo legati potius, quam heres ſcriptus: ei filio vero, quem heredem ſcripſit ex parte, non videtur dotem præterea legaſſe, ut ex ea fructum caperet ſolus ſine concurſu coheredum poſt divortium, ſed magis ut ipſe ſolus, ſiquidem non abſtineret ſe hereditate paterna, munere fungeretur reddendæ dotis quaſi heres & maritus. Qua de cauſa poſt divortium, non ſtatim præcipit dotem, ſed annua, bima, trima die, & indemnes coheredes ſuos ſervat, mox penſiones, quaſque mulieri reddendo, vel alias defendendo coheredes ſuos adverſus mulierem penſiones repetentem. Quod eſt in §. *ult.* eſt apertiſſimum. Si filius exheredatus, ut intelleximus ex initio legis, dotem petat ex legati cauſa, heres non ante cogitur ſolvere, quam filius ei caveret de indemnitate ſoluto matrimonio, quo tempore repetitio mulieri competit adverſus heredem: quæritur, quid fiat, ſi in ſolvendo legato per errorem heres omiſerit illam cautionem, & poſtea ſoluto matrimonio coactus ſit mulieri ſolvere dotem, an poterit condicere legatum, quod ſolvit filio ſine cautione, quaſi indebitum? minime, quia ſane non fuit indebitum, *quia*, inquit, *cautionis præſtandæ neceſſitas ſolutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum*. Quid igitur faciet heres? Æquum erit, ſubveniri heredi, ne duplici præſtatione dotis oneretur contra voluntatem defuncti, & ſubvenietur illi non condictione ſine cauſa, vel condictione cautionis incerti, quæ eſt ſera, jam dote mulieri ſoluta, ſed ſubvenietur ei utili condictione quaſi ex tacita cautione, perinde ac ſi interveniſſet cautio, ut *l.* 5. §. *pen. de uſufr. ear. rer. quæ uſu. & l. his verb. de adopt.* Quid ergo in eodem caſu, ſi heres per errorem omiſerit cautionem, cum ſolvit legatum filio, & ſoluto matrimonio doti ſolvendæ non ſit idoneus? an dos perierit mulieri, cui heres nec dotem poteſt ſolvere: nec cedere actionem ex cautione, quam omiſit: nec rurſus cedere actionem quaſi ex tacita cautione, quæ non competit, niſi dote mulieri ſoluta? an ergo mulier erit indotata? Minime: erit æquum hoc caſu ſimiliter mulieri ſubveniri data utili actione dotis adverſus maritum: regulariter, ſi pater accepit dotem,

non

non filius, filius exheredatus non tenetur mulieri de dote, *l.* 1. §. *pen. hoc tit.* quamquis dotem sit consecutus ex causa legati, *l. si cum dotem*, §. *pen. solut. matrim.* Sed in proposito casu æquum erit, dari utilem actionem de dote adversus maritum, qui dotem habet ex causa legati, tametsi non ipse, sed pater eam ab initio acceperit, cui ipse non successit, ne dos pereat mulieri. Occurrunt utiles actiones iniquitati.

Ad L. Cum tale LXXII. de Cond. & demonstr.

Cum tale legatum esset relictum Titiæ, si a liberis non discesserit: negaverunt eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit existere: sed displicuit sententia, non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendæ cautionis interpretatio debuit.

QUod est initio *l. cum tale & §.* 1. est de cautione Muciana. Sciendum est, conditiones, quæ legatis adscribuntur alias in faciendo consistere, alias in non faciendo. Conditiones, quæ in faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem differunt: neque enim antequam impletæ sint, peti legatum potest. Conditiones, quæ in non faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem non differunt: nam si cui ita legetur, *si Capitolium non ascenderit*, vel, *si Alexandriam non iverit*, ei heres statim legatum solvere debet, si modo caverit se non facturum (quod ne faceret in conditione testator posuit) aut si secus fecerit: nam certe id addi cautioni oportet, rem legatam, vel, quanti res ea erit, cum fructibus & usuris medii temporis redditurum, *l. heres*, §. *qui post*, *l. cum sub hac*, *hoc tit. l. cum filius*, §. *qui Mucianæ*, *de leg.* 2. *& Novel.* 22. *de secund. nupt.* Cavere autem debet is, cui legatum est sub conditione non faciendi aliquid: quibus? his quorum interest, inquit, *l. servo*, §. *si testator*, *ad Trebell.* iis, ad quos deficiente conditione legatum pertinere potest, inquit *l.* 18. *h. t.* quod est obscurum: quibus igitur cavere debet? dic apertius, heredi scil. & substituto: nam & in legatis fit substitutio, vel conjuncto vel legatario, a quo fideicommissum relictum est sub conditione non faciendi aliquid: nam ad hos redit legatum quod deficit, *d. Novell.* 22. Cavere autem in hoc proposito, est satisdare fidejussoribus, vel jurato repromittere, cum hypotheca bonorum suorum, ut constat ex eadem Novella. Et hæc cautio appellatur cautio Muciana, ab inventore Q. Mucio Scævola Jurisconsulto. Proprium munus Jurisconsultorum est cavere aliis, multo magis sibi ipsis, ut ait M. Tull. ad Trebat. cautiones, invenire, cavere formulas. Jurisconsultus est cautor formularum, & remediorum, quibus quisque ad jus suum perveniat. Et hæc cautio Muciana, etiam remedium dicitur duobus locis, *l.* 7. *hoc tit.* & alio quodam loco ejusdem tit. qui post affertur. Cautiones omnes sunt remedia juris sui obtinendi, & locum habet hæc cautio Muciana non tantum in legatis & fideicommissis relictis sub conditione non faciendi, sed etiam in heredibus relictis sub eadem conditione, *d. l.* 7. *&* 18. *hoc tit.* Et locum habet etiam in mortis causa donationibus, ut constat ex *d. Nov.* 22. Comparantur legatis semper fere donationes causa mortis. Et hoc vero cum ait Justinianus in *sup. d. Nov.* 22. cautioni Mucianæ locum esse in donationibus mortis causa, satis constat in donationibus inter vivos semper strictius accipi. Sunt juris auctores in illis approbandis & recipiendis restricti: nam neque est optimi patrisfamilias donare, & frequentius peccavero, si pro donatario, quam si contra donatarium judicavero. Donationes non valent sine insinuatione: non valebant, ut constat ex C. Theod. donationes omnium bonorum factæ inter vivos, nisi in donando donator recensuisset singula bonorum suorum, quod habuit summam rationem. Tu donas omnia tua bona stulte & insipienter, insipide, nescis, fortasse, quæ bona habeas, recense singula, quo jure tamen non utimur: posset multis aliis exemplis demonstrari, donationes quodammodo improbari factas inter vivos: nam quod restrictius accipio, ægre probo, & ingratis probo. Unde si tibi donavi sub conditione, *si Capitolium non ascenderis*, perinde est, ac si tibi donassem *cum morieris*, quoniam antequam moriaris, non est certum te Capitolium non ascendisse: non ergo donato frueris statim, nec unquam frueris ipse, sed heres tuus: exspectabitur mors tua, antequam perficiatur donatio, nec ullo remedio capere potes donationem tu, nec heres tuus, antequam moriaris. Ergo hoc sit primum, cautioni Muciani locum non esse in donationibus inter vivos. Secundum sit: Cautioni Mucianæ non esse locum etiam in stipulationibus, quæ & restrictius accipiuntur, *l. stipulatus es*, *de fidejussoribus*, *l. quicquid*, *de verb. obl.* Declaremus exemplis: si stipuler sub conditione, *si Capitolium non ascendero, centum mihi dari spondes?* & tu spondeas mihi centum sub eadem conditione, & etiamsi de non ascendendo offeram cautionem ad exemplum Mucianæ, non agam ex stipulatu, ac perinde erit, ac si stipulatus essem nominatim, cum moriar mihi dari: denique exspectabitur mors mea, antequam sit actio ex stipulatu, §. *si ita quis*, *Instit. de verb. oblig.* Et similiter, si stipuler hoc modo, *si Capitolium non ascenderis, centum spondes & spondeas*, perinde erit, atque si stipulatus essem cum morieris, quia nec antequam morieris, statim potest extitisse conditio, *l. ita stipulatus*, *inf. de verb. obl.* Item, quod congruit etiam cum superioribus, licet positurus sim in legatis vel hereditatibus, si legavero vel heredem te instituero sub hac conditione, *si Capitolium non ascendero*, perinde est, atque si legassem, *cum moriar*, *tibi dari*, *l. Stichus*, *de manum. testam.* & exspectabitur mors mea, quæ etsi pure legassem, exspectaretur. Sed quod non congruit cum his, quæ diximus de stipulationibus, si ita legavero, *si Capitolium non ascenderis*, interposita cautione Muciana, remedio cautionis Mucianæ, capies legatum statim, nec exspectabitur mors tua, nec perinde erit, atque si legassem, *cum morieris tibi dari*, quanquam hic sensus superiori conditioni tacite insit. Sed aliud est, quid exprimere palam, aliud intelligere tacite, *l. heres*, §. *quamvis*, *hoc tit.* Lego tibi usumfruct. cum morieris: legatum est inutile, quia confertur in tempus, quo solet finiri ususfruct. *l. Titio*, *de usufr.* lego tibi usumfruct. *si Capitolium non ascenderis*: valet legatum, & remedio cautionis Muc. statim id consequi potes, *d.* §. *quamvis*. Ergo in stipulationibus nihil refert, de te stipuler *cum morieris*, an si *Capitolium non ascenderis*, vel *cum moriar*, an *si Capitolium non ascendero*: sed in legatis multum interest, legem tibi *cum morieris*, an *si Capitolium non ascenderis*, *si Romam ieris*. Et ratio differentiæ plenior inter legata & stipulationes hæc est: nam hæc non explet animum non legata plenius accipi stipulationes strictius: hæc, inquam, sola ratio non satisfacit ad plenum, nisi dilatetur hoc modo: legatum ex sola defuncti voluntate valet, qui cum legatum nominatim non contulerit in ultimum momentum vitæ legatarii his verbis, *cum morieris*, *cum morietur Titium Titio lego* sed si ita scripsit: *si Titius Capitolium non ascenderit ei lego*, modum potius, quam conditionem fecisse videtur, nisi aliam fuisse ejus mentem heres probaverit. Ergo oblata cautione de non faciendo, aut de reddendo legato præstabitur legatum, quasi sub modo relictum: stipulatio ex duorum consensu valet, stipulatoris & promissoris, *l. inter*, §. *si Stichum*, *de verb. obl.* Neque igitur tantum spectamus quid senserit unus, sed etiam quid senserit alter: & in obscuro vel ambiguo secundum promissorem interpretationem facimus, & imputamus stipulatori, cur apertius stipulationem non conceperit, *l. quicquid*, *de verb. obl.* Et hanc conditionem, *si Capitolium non ascendero*, quæ est ambigua; nam vel pro modo, vel conditione accipi potest, pro conditione potius accipiemus, ne statim promissor conveniatur ex stipulatione: quia commodius est promissori, tardius quam ocyus conveniri. Idemque erit omnino, si stipuler de te, *si Capitolium non ascenderis*, *mihi dari*. Et ita explicanda est ratio differentiæ. Sed adjiciendi etiam his sunt

alii casus, quibus non est locus cautioni Mucianæ. Addo, non esse locum Mucianæ cautioni in libertatibus, ut puta, *liber esto, si Capitolium non ascenderis*: etiamsi caveas de non ascendendo, non pervenies ad libertatem propter solum illud remedium cautionis: denique remedio cautionis non pervenies ad libertatem, non est in hac specie locus cautioni Mucianæ, quod apparebit ex *l. libertas, l. 1. §. ult. de man. testam.* Videamus, quæ sit ratio, cur in libertatibus non est locus cautioni Mucianæ. Qui ita libertatem adscripsit, *liber esto si Capitolium non ascenderis*, aut voluit libertatem conferre in ultimum vitæ tempus servi, aut non. Si voluit libertatem conferre in ultimum vitæ tempus, non est locus Mucianæ cautioni, quia non fuit ei animus dandæ libertatis, ac proinde inutilis est libertatis datio, sicut si nominatim dixisset, *cum morieris liber esto, d. l. ult.* Si noluit, quod fit plerunque libertatem conferre in ultimum vitæ tempus, si serio libertatem conferre in ultimum vitæ tempus, si serio libertatem adscripsit, non ludibundus, videtur servus pervenire ad libertatem posse, præstita veluti Muciana cautione; *si secus fecerit pretium sui reddi, quanti fuit antequam liber fieret, ut l. Papin. §. ult. l. seq. de inoffic. testam.* Nam & cautio Muciana, ut superius diximus, ita concipitur, *quanti ea res erit*, quæ verba pretium rei verum demonstrant, *l. cum sub hac, hoc tit.* Sed verius est, hoc etiam casu non esse locum Mucianæ cautioni: nam Muciana cautio interponitur de re ipsa restituenda, quæ præstatur vel de ejus pretio, *d. l. cum sub hac*. Libertas autem, quæ semel competiit, restitui non potest, ac ne pretium libertatis quidem, quia res est inæstimabilis. Ergo de libertate cautio Muciana caveri non potest. Sed ne impediatur libertas, quam, ut posuimus, testator impediri noluit, melius erit verba illa, *liber esto si Capitolium non ascenderis*, interpretari, si cum primum potueris Capitolium ascendere, non ascenderis: namque ita cum primum potuerit servus Capitolium ascendere consequetur libertatem. Recipienda est hæc interpretatio, quia testator non habuit ludibrio servum, id est, noluit libertatem conferre in tempus mortis: non potest fieri liber remedio cautionis Mucianæ, fiet liber remedio interpretationis voluntatis defuncti. Quæ ratio est valde notanda. Et addendum, non esse etiam cautioni Mucianæ locum, si legatum relictum sub conditione non faciendi, per aliam conditionem differtur, quod est evidentissimum, & a Papiniano scriptum in *l. avia, §. 1. hoc tit.* Finge: ita legavi, *si Capitolium non ascenderis, & si navis ex Asia venerit, centum do, lego*, an oblata cautione Muciana legatarius consequetur legatum? minime: quia alia conditio differtur in casum, in eventum collata. Item, non est locus cautioni Mucianæ, si testator eam remiserit in testamento, id est, si significavit eum, cui legavit sub conditione non faciendi, se velle consequi legatum etiam non præstita cautione, se velle fidem ei haberi: quod & ita proponitur *in sup. d. Nov. 22.* Ac postremum non est cautioni Mucianæ locus in his conditionibus, quæ vivo legatario alterius morte, vel alio modo expleri possunt. Quod ut intelligatur, sciendum est, conditiones, quæ in non faciendo concipiuntur, de quibus tractavimus, alias esse, quæ non nisi morte legatarii expleri possunt, ut illa conditio, *si Capitolium non ascenderit*, quia etiam quamdiu vivit legatarius, Capitolium potest ascendere: non ante potest dici non ascendisse, quam mors eum prævenerit, & in his conditionibus locum habet cautio Muciana, ut ostenditur *in l. seq. & l. servo, §. ult. ad Trebel.* Alias autem esse, quæ vivo legatario alterius morte, vel alio modo expleri possunt & finiri, & in his non habet locum cautio Muciana, sed exspectatur omnino, quoad expletæ sint: ut in hoc casu, lego mulieri nuptæ alii sub conditione, *si a marito non diverterit*: an capiet legatum statim oblata cautione Muciana? minime, quia conditio viva ea expleri potest præmortuo marito, vel divortio facto culpa mariti, *l. pater, §. socrus, hoc tit.* Addamus aliud exemplum: lego mulieri sub conditione, *si Titio non nupserit*: an statim capiet legatum oblata cautione Muciana? minime, quia conditio expleri potest ea viva mortuo Titio, *l. hoc genus, hoc tit.* Etiam aliud addamus exemplum: lego Titio sub conditione, *si mulieri non nupserit*, an capiet statim legatum oblata cautione Muciana? minime, quia conditio hujus modi non expletur morte Titii legatarii, sed expleri potest eo vivo, mortua muliere, *l. avia, §. Titio, hoc tit.*

Ad §. I.

Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis ejus non decessisset, permisit Imper. velut Mucianam cautionem offerri: fuit enim periculosum ac triste libertum conjunctum patroni liberis, eorundem mortem exspectare.

§. 1. Titius heredem institutum rogavit, post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita; Mucianæ cautionis exemplum ante constitutionem remissæ cautionis, locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit.

DIximus cautionem Mucianam locum habere in conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, si non possint expleri, nisi morte legatarii, si non possint expleri vivo legatario, ut scilic. interposita cautione non infringendæ conditionis, legatarius statim legatum accipere possit, eoque uti frui: cautionem Mucianam non habere locum in his conditionibus, quæ vivo legatario expleri possunt, etiamsi conceptæ sint in non faciendo, & harum tria proposuimus exempla, unum ex *l. pater, §. socrus, hoc tit.* alterum ex *l. hoc genus, eod.* tertium ex *l. avia, §. Titio, eod.* nunc addamus quartum ex *§. Titius, legis nostræ.* Sciendum est, legato relicto aut fideicommisso in diem vel conditionem, quoniam interim posset dilapidari ab herede, non legatum illud tantum, sed & res omnes hereditarias, ex edicto prætoris desiderante legatario cavere heredem debere de servando legato vel fideicommisso, & restituendo suis diebus. Quod si nolit cavere, mittitur legatarius in possessionem bonorum ex his titulis, ut legati nomine caveat, & ut in possessionem legati. Hæc cautio præstatur ex edicto prætoris, nec potuit testator eam remittere, juxta *legem nec pater, de legat. 1.* quia non potest testator facere, ne leges in suo testamento locum habeant: sed hodie ex Constitut. D. Marci testator potest remittere eam cautionem, puta prohibere, ne legatarius exigat a suo herede cautionem ejusmodi: non posset prohibere istam cautionem, nisi constitutio D. Marci permitteret, quæ est in *l. 2. C. ut in possess. leg.* ut non posset etiam prohibere Falcidiam, nisi Constitut. Justinian. permitteret. Ergo cui permissum non est nominatim, non potest facere, ne leges habeant locum in suo testamento. Hodie igitur constat, vulgarem illam cautionem, quæ interponitur legatorum servandorum causa, a testatore remitti posse ex Constitution. Marci. Nunc finge, quæ est species *§. Titius*, quidam heredem instituit, & eum rogavit, ut post mortem suam restitueret hereditatem Cajo sub conditione, *si Cajus non peteret cautionem fideicommissi servandi causa*: quo plane indicavit, sibi non placere ea cautione heredem onerari. Quæritur, *an possit legatarius admitti ad legatum statim oblata cautione Muc. de non exigenda cautione fideicommissi servandi causa, ut in conditione est expressum seu præscriptum?* Et respondetur, non posse, sed exspectari debere, quoad impleta sit ea conditio, quia, *inquit Papinian.* ea conditio impleri potest vivo fideicommissario, cui sub ea conditione fideicommissum relictum est post mortem heredis, & mori heres potest vivo fideicommissario: & impleta dicitur conditio, si quandiu vixit heres, ab eo fideicommissi cautionem fideicommissarius non petierit: quæ ratio Papiniano sufficit: quia, *inquit*, ut eam declaremus apertius, morte heredis vivo fideicommissario conditio impleri potest; nec scilic. quod est subintelligendum, morte fideicommissarii vivo herede impletur utiliter, cum sit conditionale fideicommissum, collatum in mortem heredis, quod in heredem fideicommissarii non transmittitur, *l. heres, §. 1. hoc tit.* Frustra igitur caveret fidei-

dei-

deicommissarius; se non petiturum cautionem fideicommissi servandi causa, cujus morte, si contingat vivo herede, legatum extinguitur, id est, fideicommissum. Et prudenter Papinian. ostendit in hoc §. *Titius*, huic disputationi locum fuisse ante constitutionem D. Marci, ex qua hodie a testatore potest remitti cautio servandi legati vel fideicommissi, ut ante diximus. Nam post Constitut. D.Marci superflua est hæc disputatio. Ergo post eam Constitut. testator declaravit, sibi non placere cautionem legatorum interponi. Adscripta legato conditione non interponendæ cautionis, ea conditio non intelligitur esse conditio, nec etiam potest deficere, cum invito heredi extorqueri non possit, *l. licet, ut leg. nom. caveat. l. avia*, §. *ult. hoc tit.* Jurisconsulti nostri in his libris disputant sæpe multa de jure etiam abolito Constitutionibus, & separant jus a Constitutionibus, atque ideo missis Constitution. sæpe de solo jure tractant. Ut cum tractant de obligatione naturali pupilli, qui contraxit sine tutoris auctoritate, & obligatur tantum naturaliter, etiamsi factus sit locupletior, & tractant, ac si ita jus sit certissimum de ea re, ut in *l. si pupillus, de verb. oblig.* Cum tamen constet, hodie pupillum civiliter obligari ex Constit. Divi Pii, si factus sit locupletior, *l. 3. de neg. gest. l. pupillus, de auct. tut.* & ita in *tit. de precario*, tractant de interdicto de precario ac si non esset civilis actio de precario, cum tamen constet, hodie ex precario etiam esse civilem actionem. Puto igitur ex Constit. ut ex eo tit. de precario intelligi potest, & ita quoque in hoc §. de re jam ante a nobis exposita, ut ipse ait, nominatim Pap. tractat, ac si Constit. D. Mar. non permisisset eam cautionem legatorum servandorum causa remitti voluntate testatoris. Et verba Pap. hæc sunt, *Titius heredem, &c.* Quod sequitur, quid ergo? Est alia quæstio, quæ nihil pertinet ad superiora. Nunc tentare possumus contra ea, quæ ante posuimus quasi certa & confessa, etiam in his conditionibus, quæ vivo legatario expleri possunt, cautioni Mucianæ locum esse ex *l. 7. & l. cum sub hac, h. t. l. 4. §. ult. C. de cond. inst.* ut in his conditionibus, si servum non manumisit, si servum non alienaverit, quæ expleri possunt morte servi vivo legatario. In his conditionib. locus est Mucianæ cautioni, ut supra dictæ leges ostendunt. Item in hac conditione, *si uxorem non duxerit, lego illi centum*, constat ex N. 22. locum esse Mucianæ cautioni, tametsi ante mortem legatarii explere possit, puta sacerdotio ei obveniente, quod fibulam imponit viro. Sed respondeo, quod diligenter advertendum est: hoc modo testator, qui præscripsit conditiones hujusmodi, *si servum non manumiserit, si servum non alienaverit*, non mortem servi, sed mortem legatarii spectavit, id est, non hunc casum cogitavit, si servus moriatur in servitute & potestate legatarii vel heredis, & adscripta sit ea conditio: sed hunc tantum casum cogitavit, si legatarius usque in diem ultimum vitæ suæ obtinuerit manumissione, vel alienatione servi, quia quasi hoc solo inspecto casu legato relicto, sane statim legatarium admittemus oblata cautione Muc. de non manumittendo vel alienando servo, aut si secus fecerit de reddendo legato cum fructibus. Eadem est ratio istius conditionis, si iterum nuptias non contraxerit, quia non sacerdotium, quod incertum erat an obveniret legatario, sed mortem tantum legatarii spectavit testator, si usque in eam permaneret cœlebs. Ergo merito hoc casu cautioni Muc. locus est quasi legato relicto in casum tantum mortis legatarii, quamvis & sacerdotio obveniente legatario, atque adeo vivo legatario, sane adimpleatur conditio. Eadem etiam est ratio earum conditionum, quæ proponuntur vel suggeruntur initio istius legis, quod sane indiget explicatione tametsi videatur esse facillimum prima fronte. Finge: vir legavit uxori sub conditione, *si a liberis non discesserit*, non dixit, *si a liberis non nupserit*, quæ conditio remittitur, *l. Julia*, quæ indicit viduitatem, *l. sed si hoc*, §. *ult. hoc tit.* sed dixit, *si a liberis non discesserit*, quæ conditio non remittitur, & morte liberorum impleri potest viva matre: & tamen in ea locus erit cautioni Muc. quia sc. in ea conditione præscribenda patri, non venit in mentem mors liberorum, contra votum parentum sperabat certo liberos morti superstites: non igitur de hoc casu cogitavit tristi & miserabili, sed de morte tantum uxoris, cui superviverent liberi communes. Quid ergo si extraneus non vir mulieri habenti liberos sub eadem conditione legaverit, *si a liberis non discesserit*? puto hoc etiam casu mulieri petenti legatum oblata cautione Muciana non posse objici rem ominosam, detestabilem & tristem, minime modestam, quæ sane liberos sibi etiam superstites cupit, non posse, inquam, huic voto naturali matris objici, morte liberorum expleri conditionem posse: & ideo non esse legati petitionem, antequam mortui sint liberi, & cessare remedium cautionis Mucianæ. Quia quod notandum, sicut nemo intelligitur filio patrem substituere contra votum parentum, *l. Julianus, si quis omis. causa test.* ita nemo creditur patri vel matri male ominari, & in tempus mortis liberorum legatum relinquere. Et hæc, ut opinor, est sententia hujus *l. in princ.* Hic, inquam, est casus, qui ponitur in principio legis, cum extraneus mulieri habenti liberos ita legavit, in quo casu plus erat dubitationis, quam in priore casu, cum vir uxori eodem modo legavit. Nam quod observandum est, Papinian. non ponit virum uxori legasse, sed mulieri habenti liberos relictum fuisse legatum sub conditione, *si a liberis non discesserit*. Et sequitur in eodem initio legis, idem servari, si liberto patronus ita legaverit, *si a liberis non discesserit*, si ut ait, conjunctus erit, fuerit conjunctus scilicet hospitio, familiaritate, convictu, si adhæserit liberis patroni, eisque prorsus fuerit affixus; conjunctio significatur hospitii atque consuetudinis seu convictus, non alia conjunctio; qua enim alia est libertus patroni liberis conjunctus? Si igitur liberto legaverit sub conditione, *si a liberis suis non discesserit*, hæc conditio morte liberorum expleri potest vivo liberto, & tantum in ea erit locus cautioni Muc. quia testator nihil videtur quicquam cogitasse de morte liberorum suorum, sed spectasse tantum mortem liberti, & hoc sensisse, si quandiu vixeris, cum liberis meis remanseris. Et sane si oportet libertum expectare mortem liberorum, nec posset statim pervenire ad legatum, oblata satisdatione Muc. periculum esset, ne insidiaretur vitæ liberorum, cum quibus habitat, cum quibus conjunctus est hospitii jure. Quod eadem omnino ratione statuendum est, non tantum de liberto, sed & de quocunque extraneo, cui ego ita legavero, *si a liberis meis non discesseris*. Nam & ei præstatur legatum statim oblata cautione Muc. nec expectatur mors liberorum. Quid est evidentius? Ergo maxime notandum, quod hic dicitur de liberto, trahendum etiam esse ad quemlibet extraneum, ut in vexata illa *l. si unquam C. de rev. don.* quæ est scripta de donatione facta liberto, ut revocetur supervenientibus liberis donatori. Quod tamen aliqui restringere volunt ad donationem factam tantum liberto, sed licet porrigere ad donationem factam extraneo cuilibet, ut revocetur donatio supervenientibus liberis. Quo jure etiam utimur, quia si cogitasset habiturum liberos, sane non donasset immense, ut fecit. Verba Papin. hæc sunt in princ. *leg. cum tale*, ait hoc loco, *veluti Mucianam cautionem*, quia interponitur ad exemplum cautionis Muc. ut loquitur §. 1. *h. l. & l. avia*, §. *Titio hoc tit.* quæ vivo legatario impleri non possunt. Veluti Muciana seu quasi Muciana locum quandoque etiam habet ex mente testatoris in iis conditionibus quæ vivo legatario expleri possunt, ut in casibus quos exposui. Addendum aliam esse rationem conditionum, quæ ponuntur in *l. pater*, §. *socrus*, *l. hoc genus*, *l. avia*, §. *Tit. h. t. & in* §. *Titius l. nostræ. In l. pater* §. *socrus*: hæc est conditio, *si cum marito in matrimonio perseveraverit*, quod perinde est, atque si dixisset, *si a marito non diverterit*, id est, hæc conditio vi ipsa in non faciendo concipitur. Hæc vero conditio sane confertur in mortem mariti hoc sensu, *si usque ad mortem mariti in matrimonio perseveraverit*, ut etiam confertur in divortium factum culpa mariti. Ergo expectandus est hic casus, nec antequam extiterit, lega-

tarius, remedio cautionis ad legatum pervenire poteſt. *In l. hoc genus* eſt hæc conditio, *ſi Tit. non nupſerit*, quod nominatim lex ait perinde eſſe, ac ſi poſt mortem Titii: teſtatorem igitur intuitum mortem Titii: ergo exſpectanda eſt mors Titii, nec remedio cautionis ante capi legatum poteſt. Et hoc idem evidentiſſime in ea conditione eſt, quæ proponitur in *l. avia* §. *Titio*. Legavi tibi ſub conditione, *ſi Terentia non nupſerit*: non poteſt in hac ſpecie ullo modo eſſe locus cautioni Mucianæ, quia conditio non expletur poſt mortem legatarii, & quia poſt mortem ejus Terentia nubere poſſit, ſed ex morte mulieris tantum: Ergo neceſſarium eſt expectare mortem mulieris, hoc eſt, eventum conditionis. Idem eſt evidentiſſime in ea conditione, quam propoſui in §. *Titius*, quoniam in eo §. palam teſtator fideicommiſſum contulit in mortem heredis ſcripti, id eſt, fideicommiſſum reliquit poſt mortem heredis ſui. Ergo mors heredis expectanda eſt, nec poteſt cautioni Muc. locus eſſe. Et hæc ſufficiant de Muciana cautione, quæ ſunt notatu digniſſima.

Ad §. Quid ergo.

Quid ergo ſi ita ſcriptum ſit? peto poſt mortem tuam reſtituas hereditatem, ita ne ſatis fideicommiſſi petatur, neve ratio exigatur: ſine dubio per hujuſmodi verba non interponendæ quidem cautionis conditio videbitur adſcripta, rationi vero non exigendæ modus adhibitus, ſcil. ut culpa non etiam dolus remiſſus intelligatur: Idque in ejus perſona, qui negotia geſſit, cuique rationis reddendæ neceſſitas fuerat teſtamento remiſſa, reſcriptum eſt.

OMne quod diximus, fuit de ſtipulatione Muc. cujus remedio legata relicta ſub conditione ſtatim recipiuntur, ſub conditione, inquam, non faciendi aliquid: nam in eis conditionibus, quas jus remittit, hoc eſt, quas impleri neceſſe non eſt, fruſtra diſputatur de interponenda ſtipulatione Muciana. Ejuſmodi eſt conditio non petendæ cautionis legati, aut fideicommiſſi ſervandi cauſa, ut ſi heredem meum rogavero, ut hereditatem reſtitueret poſt mortem ſuam ſub hac conditione, *ſi cautionem fideicommiſſi ſervandi cauſa ab eo non petiiſſet*, vel ita, *ne fideicommiſſi cautionem ab eo peteret*, quæ cautio eſt prætoria, proficiſcitur n. ex edicto prætoris, ut legati nomine caveat. Finge igitur, fideicommiſſum adſcribi tibi ſub conditione, *eam cautionem ut non peteres ab herede meo*, vel ſub modo, *ita, ut eam cautionem non exigeres ab herede meo*. Hæc conditio, hic modus ſatis declarat, mihi illam cautionem diſplicere, id eſt, non placere mihi, ut ea cautione oneretur heres meus. Igitur remiſſa ea cautio videtur: Namque hodie conſtat ex Conſtitutione D. Marci quocunque indicio voluntatis hanc cautionem remitti poſſe, non opus eſſe expreſſa conditione, vel prohibitione, vel modo, ſufficit quælibet conjectura voluntatis, *l. avia*, §. *ult. hoc tit. l. 2. C. ut in poſſ. l.* Poteſt igitur hæc conditio remitti teſtamento, ſine conjectura voluntatis teſtatoris: poteſt & remitti pacto, *l. pactum, de pactis*. Quod fit teſtamento, & fit pacto recte. Hodie Falcidia recte prohibetur teſtamento, ergo & pacto convento. Et viciſſim, quod fieri poteſt pacto, & teſtamento poteſt, *d. l. pactum*. Cum igitur teſtator voluit remitti illam cautionem fideicommiſſi ſervandi cauſa, & remiſſa intelligitur illa conditio, adeo ut poſſit fideicommiſſarius pervenire ad fideicommiſſum, etiam non præſtita cautione Muciana, niſi dies moretur petitionem fideicommiſſi. Nam & poſt præſtationem fideicommiſſi exigeretur ea cautio fruſtra. Qua de cauſa & in hac ſpecie fideicommiſſi eſſet locus cautioni Mucianæ: tamen diſputari poteſt ante Conſtitutionem D. Mar. Eaque eſt ſententia, §. *Titius, hujus legis*, quem ego jam ante expoſui. Sed ut hæc, quæ ſequuntur, cum his coaptemus, quemadmodum, quæ ante diximus, cohæreant cum his, quæ dicturi ſumus, neceſſe fuit ea repeti. Quæritur in §. *quod ergo hujus legis*, an conditio vel modus non reddendæ rationis eidem fideicommiſſo adſcriptus, omnino videatur remittere rationum redditionem. Finge: heredem meum rogavi, ut tibi reſtitueret hereditatem poſt mortem ſuam ita, ne exigeres ab eo cautionem fideicommiſſi, & ne ab eo exigeres rationem adminiſtratorum bonorum hereditariorum, remiſſa videtur cautio omnino, an etiam omnino videtur remiſſa redditio rationum? Et docebit, non etiam omnino videri remiſſam redditionem rationum: dolum enim malum remiſſum non videri, ſive intermiſſionem rationis fraudulentam. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, heredem rogatum reſtituere hereditatem alteri poſt mortem ſuam, vel in aliam diem, vel conditionem, fideicommiſſario rationem reddere debere eorum, quæ ex bonis deperierunt dolo malo ejus, vel lata culpa, ut ſi culpa ejus magna ædes hereditariæ exuſtæ ſint, hujus rei damnum heres præſtabit fideicommiſſario, *l. mulier*, §. *ſed enim, ad Treb. l. dom. & ſeq. de leg. 1.* Non reddit heres rationem levis culpæ, aut leviſſimæ, doli rationem tantum reddit, vel magnæ culpæ, magnæ negligentiæ. Contra vero videtur heredem teneri levis culpæ nomine atque leviſſimæ, *leg. cum res*, §. *culpa, de leg. 1.* Si culpa heredis res legata perierit, heres tenebitur legatario ad æſtimationem. Ceterum culpa quemadmodum accipienda eſt, utrum quæ dolo proxima eſt, id eſt, lata, an & quæ levis eſt? Et adiicit quod plus eſt, an & diligentiam heres præſtare debet? id eſt, exactiſſimam cuſtodiam rei legatæ, ita ut & culpæ leviſſimæ nomine teneatur? Hoc ait, eſſe verius: debuit eſſe diligentiſſimus in ſervanda re legata. Caſum tamen fortuitum non præſtat heres, cetera præſtat, id eſt, omnem culpam præſtat. Qui quem dicit præſtare diligentiam vel cuſtodiam, hic dicit ex oppoſito præſtare omnem culpam, omnem negligentiam. Et tamen §. *ſed enim* ait heredem non præſtare levem culpam. Et ſane nulla eſt concordiæ ratio idonea ex his, quæ vulgo afferuntur, nec poteſt inveniri ulla, niſi repetatur ex jure veteri. Et interim adnotandum eſt cum *d.* §. *culpa*: qui ab herede exigit etiam leviſſimam culpam, diligentiam, cuſtodiam congruere *l. ſi vendidero*, §. *ſi ad exhibendum, ff. de furtis*. Sed hi libri Digeſtorum ſunt pleniſſimi earum differentiarum, quæ fuerunt olim inter legata & fideicommiſſa, & quæ fuerunt inter genera legatorum, nempe damnationis & vindicationis: poſſim innumera exempla adferre & monſtrare harum differentiarum innumera veſtigia, ſed non eſt neceſſe: in propoſito videamus, quæ ſit differentia §. *culpa*, & §. *ſi ad exhibendum*, qui eſt de legato, & de legato vindicationis: igitur, ut apparebit ex §. *ſed enim, & l. donationis cum ſeq.* eſt de fideicommiſſo. Eodem, autem jure fuit legatum damnationis, quo fideicommiſſum, quod etiam varie poſſet oſtendi. Ergo quod eſt in fideicommiſſo, idem eſt in legato damnationis, & conſequenter, ſi quid ſcribitur hic de legato, id eſt accipiendum de legato vindicationis, non damnationis. Fideicommiſſum eſt in petitione, non in vindicatione, *ille faut prendre la main de l'heritier*, fideicommiſſi dominum me facit heres traditione. Idem procedit in legato damnationis, dum ita dixit, *damnas eſto heres dare tot Titio*. Legatum autem vindicationis eſt in vindicatione, id eſt, ſtatim acquiritur legatario ipſo jure, id eſt, ex 12. tab. De hoc enim genere legati intellexit Ulpianus *in fragm.* cum dixit, per legatum acquiri dominium ex 12. tab. Et ita hujus legati dominium aut rei hoc modo legatæ ſtatim acquiri eſt proditum *in l. 3.* §. *ſi rem, de leg. 3. l. ſervo legato, in pr. de leg. 1.* dominium acquiri recta via, *l. actio, de fur. l. legatum, de legat. 2.* recta, id eſt, ſine facto heredis, id eſt, ſine traditione, quia ne momento quidem dominium rei ita legatæ reſidet apud heredem, *l. 9.* §. *ſed & eam, de pecul.* Denique legatum vindicationis in vindicatione eſt, & poteſt vindicare quaſi dominus ſit legatarius, fideicommiſſum eſt in petitione. Nunc ita conſtituo: ego, qui pleraque alia ſum conſequutus ex judicio defuncti, debeo eſſe diligentiſſimus in ea re cuſtodienda, cujus alterum fieri ſtatim dominum teſtator voluit, ejus dominium, ne momento obtineo ullo:

at in

at in cuſtodienda ea re, quæ ſine facto meo acquiri alteri non poteſt, licet ei relicta proponatur teſtamento vel codicillis, licet mihi verſari negligenter quaſi in re mea. Eſt enim ſane mea, & poteſt quiſque in re ſua eſſe negligens abſque reprehenſione, & ob id non tanta ab herede diligentia exigitur in ſervando fideicommiſſo, vel ei adſimili legato damnationis, quanta in ſervando legato vindicationis: ſatis eſt, ſi dolum præſtet & culpam dolo proximam, hoc eſt, latam culpam, &, quæ dicitur doli faciem habere. Sed ut nos accedamus ad rem propoſitam, ſi fideicommiſſum ſit relictum poſt mortem heredis *ita, ne fideicommiſſarius exiget cautionem ab herede adminiſtrationis hereditatis*, hoc caſu, an reddet rationem heres culpæ ſaltem magnæ, negligentiæ magnæ, culpæ latioris? minime: nam videtur judicio defuncti remiſſa culpa magna: culpam omnem levem aut leviſſimam remitti non fuit neceſſe, quia nec ejus rationem reddere heres fideicommiſſario tenetur; Igitur remiſiſſe videtur culpam magnam, cujus nomine teneretur heres, ſi non eſſet remiſſa. Remiſiſſe videtur negligentiam magnam & ſcrupuloſam inquiſitionem, *l. ſi ſervus vetitus, de leg.* 1. Dolum non videtur remiſiſſe, ſi in fraudem fideicommiſſarii heres bona diſputaverit: non videtur tantum indulſiſſe heredi defunctus; noluit anxie requiri rationem ab herede, patefacere viam fraudandi fideicommiſſarii noluit. Et hoc obtinet generaliter in quolibet adminiſtratore, in tutore, curatore, procuratore, negotiorum geſtore, actore civitatis, ut ſi ſit ei remiſſa redditio rationum, videatur remiſſa culpa omnis, non etiam fraus & dolus. Et Papinianus in hoc §. *quid ergo*, ita ait fuiſſe reſcriptum ab Imperatore. Et ſimiliter Ulpianus ita ſæpiſſime fuiſſe reſcriptum ait, *l. ſi quis rationes, de lib. leg.* ut plane abierit in regulam juris: nam ex iis, quæ ſæpiſſime conſtituuntur, tandem fiunt regulæ juris. Quod dicturus ſum de leg. Julia, erit perbreve, §. *ſi arbit.* & §. *Mævia*, uterque pertinet ad *l. Juliam*, quæ dicitur Miſcella, hoc eſt, ad caput illud legis Juliæ Miſcellæ, quod erat commune marium & feminarum. Alia capita legis Juliæ erant tantum de maribus, alia de feminis tantum, iſtud caput de utroque ſexu. Et ſententia hæc fuit: ſi teſtator legaverit mulieri ſub conditione, *ſi non nupſerit*, ſtatim capiet legatum, etiamſi nubat, quia hæc conditio remittitur lege Julia: repugnat enim publicæ utilitati; legatum ergo capiet relictum ſub conditione viduitatis, neque huic conditioni parendum, quæ publicæ utilitati adverſatur, *l. 2. §. tractari, ad Tertull.* De hac lege Julia eſt in hoc tit. *l. ſed ſi hoc, §. ult. l. cum ita legatum, & l. ſequens, l. mulieri, l. heres, §. ult. & l. ſervo, §. ſi teſtator, ad Trebell. & tit. C. de indicta viduitate tollenda, & Novel. 22. & l. ult. de ſtatulib.* quæ nunc eſſent explicandæ. Eſt aliud quod addam ad §. *Titius*. Erat adhuc obſcurum in *eodem* §. quod non apparuit, ſed mox reddam clariſſimum. Legatum eſt tale; teſtator ita cavit, *heres meus fidei tuæ committo, ut poſt mortem tuam hereditatem Cajo reſtituas ſi fideicommiſſi cautionem a te non petierit*, his verbis, *ſi fideicommiſſi a te cautionem non petierit*: teſtator videtur omiſiſſe cautionem fideicommiſſi, & rata eſt voluntas teſtatoris hodie ex conſtitutione Divi Marci, quæ ante eam conſtitutionem rata non fuit contra edictum prætoris, quo jubetur ea cautio interponi, in *l. pactum, de pactis*, dicitur ea conſtitutio fuiſſe relata in Semeſtribus ejuſdem Marci Imperator. cognomento Philoſophi. Marcus Philoſoph. Imperator vacabat quotannis juri reddendo menſibus ſex, exemplo Auguſti & Tiberii, & aliorum Imperatorum, & inde Semeſtria dicti ſunt libri, in quibus collecta ſunt hæc, quæ de jure conſtituit. Semeſtria ſunt veluti codex Marcianus: & hoc de Semeſtribus memini me attingere in tit. *de excuſat. tut.* Ergo Conſtitutio Marci, cui etiam adjungitur Commodus, *l. penult. C. ut in poſſ. leg.* conceſſit teſtatori, ut inhibeat cautionem prætoriam legati aut fideicommiſſi ſervandi, quam ante non potuit inhibere contra jus prætorium, contra jus publicum: nam niſi lex permiſerit, nihil teſtatori licet ſtatuere in ſuo teſtamento contra jus civile vel pretorium, contra jus publicum. In propoſito igitur themate teſtator, qui fideicommiſſum reliquit ſub conditione non petendæ cautionis fideicommiſſi, videtur eam cautionem remiſiſſe. Et rata eſt voluntas teſtatoris hodie ex ea conſtitutione, quæ ante non fuit rata. Hoc eſt certiſſimum. Nunc ſic conſtituo: in ea conditione, *ſi fideicommiſſi cautionem ab herede non petierit*, neque olim, neque hodie ſtiputationi Mucianæ locum eſſe poſſe: hoc cum probaro, rem omnem, quæ poſſit movere ſcrupulum in §. *Titius*, expediero. Hodie non poteſt in ea conditione ſtipulationi Mucianæ locus eſſe, quia remiſſa videtur hæc conditio: remittitur recte judicio teſtatoris, ac rurſus ea conditio argumentum remiſſæ cautionis facit, conditionem non facit. Proinde ea conditio non eſt conditio: nec ſpectamus igitur extiterit, an defecerit, *l. licet, ut legat. nom. cau. & l. avia, §. ult. hoc tit.* Olim autem ante conſtitutionem Divi Marci ea conditio conditionem fecit, conditionis poteſtatem habuit. Excludebat enim fideicommiſſo eum, qui cautionem exegiſſet. Eſt verum, nec tamen tunc in ea conditione conſiſtere poteſt utilitas Mucianæ cautionis in §. *Titius*, hac ratione, quia in iis tantum conditionibus conſiſtit utilitas Mucianæ cautionis, quæ vivo legatario & fideicommiſſario expleri non poſſunt, quæ non niſi fine vitæ fideicommiſſarii expleri poſſunt, *l. Titio fund. hoc tit. l. ſervo, §. ſi teſtator ad Trebell.* Illa autem conditio in caſu propoſito, *ſi fideicommiſſ. cautionem ab herede non petierit fideicommiſſarius*, expleri poteſt vivo fideicommiſſario: puta præmoriente herede, nulla ab eo petita cautione fideicommiſſi. Et hoc ita evidenter proponitur in §. *Titius*, cum ſcil. heres rogatus eſt reſtituere hereditatem poſt mortem ſuam ſub ea conditione non petendæ cautionis. Sed tamen idem erit dicendum, ſi non poſt mortem ſuam fideicommiſſum relictum ſit ab eo; ſed in alium diem certum vel incertum. Proponitur ſpecies in §. *Titius*, ut contigerat, non quod & in alia ſpecie idem non poſſit, non debeat reſponderi. Quare dicimus, non tantum ut propoſui §. *hoc Titius*, ſi poſt mortem heredis fideicommiſſum ſit relictum, ſed etiam ſi in alium diem certum vel incertum relictum ſit fideicommiſſum, idem eſſe: quia eadem ratio eſt, quia vivo fideicommiſſario intra eum diem mori heres poteſt, a quo non fuit petita cautio fideicommiſſi. Plus dico, idem eſſe in puro fideicommiſſo: puro, id eſt, relicto præſenti die ſine dilatione ulla temporis aut mora. Nam & de puro fideicommiſſo poſſit peti cautio fideicommiſſi ſervandi & reddendi. Hoc eſt certiſſimum; puta herede litigante & renuente fideicommiſſum præſtare, quia nonnullas moras exercitio litis habet, inter quas poſſet heres bona fideicommiſſo ſubdita dilapidare. Et hoc oſtenditur in *l. hæc ſtipul. & ſeq. ut leg. nom. cau. l. uxorem, §. ult. de leg. 3.* Et inter eas moras judicii ſive litis, nondum petita cautione mori heres poteſt vivo fideicommiſſario, atque ita morte heredis impletur ea conditio non petendæ cautionis ab herede ſuperſtite fideicommiſſario. Nihil igitur refert fideicommiſſum illud relictum ſit poſt mortem heredis, an in alium diem certum vel incertum, an pure ſub ea conditione non petendæ cautionis: quoniam quocumque caſu, vel quocumque modo relictum ſit fideicommiſſum ſub ea conditione, non poteſt in ea conditione uſus eſſe ſtipulationis Mucianæ. Denique quod notandum maxime, nullus caſus inveniri poteſt, in quo in conditione non petendæ cautionis fideicommiſſi ſervandi, poſſit eſſe locus ſtipulationi Mucianæ, quia & poſt præſtitum fideicommiſſum fruſtra caveret fideicommiſſarius, ſe non petiturum cautionem, quia utique jam conſtat fruſtra peti: fruſtra enim peto mihi caveri de ſervando & præſtando eo, quod mihi jam præſtitum eſt, quodque ipſe jam mihi ſervare debeo, non alius: ergo nihil nos moveat, qui opponitur §. *Titius*: nam etſi pure fideicommiſſum relictum ſit ſub ea conditione, ſane non poteſt in ea conditione intervenire ſtipulatio Muciana. Et hæc pauca ſolvent omnem dubitationem, quæ

fuit,

fuit, omnibus perspicuis modo, etiam plane absoluta sententia §. *Titius*. Quod sequitur in §. *quid ergo, de conditione non reddendæ rationis*, eam jam satis exposui: quæ autem sequentur in §. *si arbitratu*, *&* §. *Mæviæ*, sunt explicanda.

Ad §. Si arbitratu, & §. seq.

Si arbitratu Titii Seja nupserit, heres meus ei fundam dato; vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere respondendum est, eamque legis sententiam videri, ne quod omnino impedimentum nuptiis inferatur. Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficiat, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succurretur.

§. 5. Mæviæ si non nupserit, fundum cum morietur lego: potest dici, etsi nupserit, eam confestim ad legatum admittit. Non idem probatur si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus.

JAm cœpi dicere, ea pertinere ad caput legis Juliæ Miscellæ, quæ ad mares pertinet, atque etiam feminas de indicta viduitate. Caput illud legis Juliæ eam improbabat: improbatur ergo indicta viduitas viro aut mulieri testamento vel codicillis: ut puta, si quis legatum reliquisset mulieri sub conditione, si non nupserit, lex Julia mulierem admittebat ad legatum, etiamsi nupsisset, perinde atque si conditioni paruisset, *si vidua permansisset*: conditio repugnabat publicæ utilitati: merito igitur habita est pro non scripta. Et supra adduxi multos locos, qui pertinent ad illud caput leg. Juliæ. Omisi addere ex hoc eodem tit. *l. avia §. Titio, & l. Titiæ*. Species *l. Titiæ* est cognitu dignissima: legavi Titiæ ducenta, *si non nupserit*, & eidem Titiæ, *si nupserit*, legavi centum duntaxat: nupsit: quia nupsit petit centum: quia conditio, si non nupserit, remittitur, & non servatur ex l. Julia, petit ducenta: denique petit trecenta, an audienda est? minime: Nam ducenta, quæ ei relicta sunt sub conditione, *si non nupserit*, accipit perinde atque si non nupsisset, hoc est, accipit ea, ut vidua, *l. mulieri, eod. tit.* Ridiculum autem est, eam admitti ut viduam & ut nuptam: non potest ut vidua ducenta capere, & ut nupta centum, sed vel ut nupta hoc capiet, vel ut vidua. Lege Julia habetur pro vidua, quæ nupta est, quod attinet ad commodum legati relicti sub conditione viduitatis. Etiam valde notanda est species *l. ult. de statul.* quæ ad eam l. pertinet. Species hæc est: legavi mulieri servum, & adjeci, ut liber esset is servus cum nupsisset mulieri: nubente muliere servus merito liber fiat, atque ita quodammodo prohibeo nuptias: pleræque fortasse non nuberent metu amittendi servi. Illa nupsit ex l. Julia, (& ut Græci addunt recte in Basil. ex l. Julia Miscella, quanquam est in translatione Herveti male translatum *ex Miscella*) puta intra constituta tempora, ut est in Apologetico Tertulliani. Denique illa paruit legi Juliæ, & nupsit intra constituta tempora, an servus fiet liber? sic videtur: is homo fiet liber, carebit eo homine mulier per nuptias, nec addit rationem *d. l. ult.* Sed est ratio in *l. Titio usufr. §. pen. h. t.* quam omisit Accurs. in qua etiam omisit *d. l. ult.* non potest lex legi magis esse similis: quia potior est legato libertas. Præstat fraudari legato mulierem, quam libertate servum: sed iterum *d. l. ult.* dum ait, *ex lege*, de hac lege Julia Miscella intelligit. Ergo certissimum hoc est, mulierem, cui relictum est legatum sub conditione viduitatis, hoc est, si non nupserit: capere legatum, etiamsi nupserit: huic conditioni non esse parendum. Finge aliter: Ego non relinquam legatum mulieri sub conditione, *si non nupserit*, sed sub alia conditione, quæ tamen idem efficiet, ne nubat, nisi volet cadere legato: non dicam palam, si non nupserit, sed recte hoc modo, *lego centum, si arbitratu Titii nupserit*, non palam prohibeo nuptias, sed volo, ut si nubat, arbitratu Titii nubat. Sane hoc perinde est, atque si dixissem, *si non nupserit*, cum nuptias ejus voluerit pendere ex arbitrio alterius: nam quid si Titius arbitrari nolit? quid si nullam conditionem nuptiarum comprobet? Igitur non tam oportet spectare verba, quam sententiam legis Juliæ, quæ talis est, ut ne minimum quidem impedimentum inferatur nuptiis. Igitur ex sententia legis Juliæ, mulier etiamsi nubat sine arbitratu Titii, puta vivo Titio post mortem testatoris capiet legatum, etiamsi nubat inconsulto Titio post mortem testatoris: alioqui nunquam nuberet, forte nunquam nuptiis arbitrium accommodante Titio. Idemque erit, si Titius moriatur vivo testatore, ut ostenditur in hoc §. *si arbitratu, & l. filiæ, in pr. h. t. & l. turpis §. 1. de leg. 1.* quo quidem casu deficit conditio illa, *si arbitratu Titii nupserit*: sane deficit Titio moriente vivo testatore, aut Titio moriente, antequam illa velit nubere, vel si nubilis. Igitur etiamsi defecerit conditio admittitur ad legatum, quia æque admittitur ad legatum, si sit suspensa conditio, ut puta, *si Titius vivat post mortem testatoris*. Et ut ait eleganter Papin. quæ conditio suspensa pro nihilo est, & deficiens igitur habetur etiam pro non adjecta: non observo conditionem suspensam: deficiens igitur nihil officiet, non me excludet legato aut fideicommisso, quam suspensam contemno, insuper habeo: percepto legato ea deficiens, aut juri meo nocere non potest: quæ est sententia §. *si arbitratu*. Pertinet etiam ad caput illud *l. Juliæ §. Mæviæ*. Testator ita dixit: Mæviæ, *si non nupserit*, deinde adjecit diem incertum, *cum morietur*. *Mæviæ si non nupserit, lego fundum cum morietur*: duo dixit, *si non nupserit*. Deinde adjecit diem incertum, *cum morietur*, nupsit, capiet legatum. Si dixisset tantum, *si non nupserit*, sed quia adjecit, *cum morietur*, an expectanda est mors illius? minime: imo statim capiet legatum, etiamsi nubat, nec expectanda mors ejus, licet testator conditioni adjecerit nominatim, *cum morietur*, quia scil. his verbis omnibus, *si non nupserit, fundum lego ei cum morietur*, videtur dicere testator: si usque ad ultimum vitæ diem vidua permanserit, quæ conditio remittitur; verba illa, *cum morietur*, serviunt latiori interpretationi conditionis, id est, *si usque ad mortem vidua permanserit*: Nam merito adjicias aliud esse dicendum, si huic conditioni, *si non nupserit*, testator adjecerit alium diem certum vel incertum, qui nihil pertineat ad latiorem interpretationem conditionis impositæ, injunctæ mulieri: ut si dixerit, *si non nupserit post quinquennium, centum dato*: Hoc casu conditio quidem remittitur; nam etiamsi nupserit: non ideo minus perveniet ad legatum, sed oportet expectare quinquennium. Quod congruit cum *l. 8. §. si qui sub cond. de cond. inst.*

Ad 3. §§§. sequentes.

Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non coheret, sed plerunque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.

§. 7. Falsam conditionem Cassius & Cælius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti Pamphilus si quod Titio debet, solverit, liber esto. Si modo nihil Titio fuit debitum, quod post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi.

§. ult. Falsam legati demonstrationem non facere legatum, Sabinus respondit, veluti si quis cum Titio nihil legasset, ita scriptum reliquit: ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato, idque sumpsit ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed diminuendi legatum, quod falso datum existimaret: ita scriberet, propter falsam tamen demonstrationem legati non plus Sejus adsequetur, quam si vere demonstratum fuisset.

ESt de falsa causa, vel demonstratione adjecta legato, vel fideicommisso, aut libertati, aut institutioni heredis. Ac primum igitur de falsa causa legati. Causa est ratio legandi in præteritum tempus collata, ut si ita legavero: *lego Titio centum, quia negotia mea curavit; lego Titio centum, quia mihi patrocinatus est in causa capitali, vel existimationis*. Causa igitur est, propter quam lego, quæ jam est præterita: Et hæc causa, etiamsi falsa sit, non vitiat legatum. Legavi tibi, quia *negotia mea curasti, neque tamen ea curasti unquam*, an nullum est legatum? minime: falsa causa non vitiat legatum, *quia ratio legandi*, inquit Papinian. *non cohæret legato*, id est, legatum constat etiam

sine

ſine ratione, ſicut donatio quælibet: ſupervacua eſt igitur rationis adjectio: & ſupervacanea nunquam nocent, *l. teſtam. C. de teſtam.* Et hoc ita procedit, niſi probetur teſtatorem alias legaturum non fuiſſe, *§. falſam cauſam, infra.* cujus rei exemplum eſt in *l. ult. de hered. inſt.* Addenda eſt etiam alia exceptio, niſi cauſa conditionaliter enuntietur, puta hoc modo, *lego Titio centum, ſi negotia mea curavit, ſi frater ejus ex arca mea tot aureos ſumpſit.* Sic eſt Flor. recte *l. demonſtratio, §. quod autem, de cond. & dem.* non *ſi curaverit, ſi ſumpſerit:* ſic etiam ſcribendum in *§. longe, Inſt. de leg.* Ergo cum ita legavit, lego Titio centum, *ſi negotia mea curaverit*, ſane non debetur legatum, niſi olim curaverit negotia teſtatoris. Multum intereſt, dixeris, *ſi*, an *quia*? *Si*, eſt dubitantis, *quia*, confirmantis: *ſi*, non confirmat, etiamſi præterito jungatur: cum tamen *ſi*, quandoque pro *quia* ponatur, & confirmare quandoque eum articulum interpretes volunt, ut illo loco, *ſi qua pios reſpectant numina*, &, *veſtro ſi munere tellus, &c.* ubi interpretes dicunt *ſi* accipi pro *ſi quidem* ſeu pro *quia*, ut vulgo dicimus. Sed manifeſtum ex *d. l. demonſtratio*, multum intereſſe dixeris, *quia negotia mea curavit*, an vero, *ſi negotia*. Hoc poſtremum, quod ita eſt conceptum, extitiſſe neceſſe eſt, ut legato ſit locus: illud extitiſſe non eſt neceſſe, quia illo ſermone ratio demonſtratur, hoc vero conditio. Et hæc quidem de cauſa, de ratione legandi præterita. Alia eſt cauſa legandi futura, quæ proprie dicitur modus vel res, ut *ob rem dare* dicitur, quod datur ob cauſam futuram proprie, & ob cauſam dari, quod datur ob cauſam præteritam. Alia igitur eſt ratio legandi præterita, quæ non habet aliud nomen, quam cauſæ. Alia eſt ratio legandi futura, quæ dicitur modus aut res, ut *lego tibi, ut monumentum facias mihi meiſque*. Et hæc ratio ſive cauſa futura, ſi ſit falſa, puta, *ſi impoſſibilis ſit*: Nam quodcumque eſt impoſſibile & falſum eſt, *Ariſtot. 5. Metaphyſ. ad fin.* ut ſi ita dixero, *lego tibi fundum, ut in cœlum aſcendas*. Hæc enim cauſa non vitiat legatum, quæ eſt falſa & impoſſibilis, non vitiat fideicommiſſum, vel libertatem, vel inſtitutionem, *l. 1. de cond. inſtit. ſi ſub impoſſibili conditione, vel alio modo*, ſic habent Flor. non *modo*, ut vulgo, factam inſtitutionem placet non vitiari, placet valere. Quæ ſententia pertinet ad legata, & alia quæ in teſtamentis relinquuntur. Impoſſibilis conditio adſcripta, in teſtamento habetur pro mendo, & ideo habetur pro non ſcripta. Eſt vitium & mendum, *l. hereditas, de hered. inſtit.* Vitium non vitiat ſcripturam teſtamenti ſub impoſſibili conditione, id eſt, ſub falſa cauſa, ſub falſa demonſtratione, ſub falſo modo, ſive impoſſibili. Falſa conditio vel impoſſibilis, item demonſtratio falſa, cauſa falſa, hæc vitia non viciant inſtitutionem vel legatum. Non eſt omittendum, cauſæ nomen in jure accipi latiſſime. Cauſæ nomine ſignificatur modus, hoc eſt, ratio legandi futura. Cauſæ nomine & ratio legandi præterita ſignificatur & demonſtratur, atque etiam jus ipſum legati, cauſa legati, hoc eſt, legatum, ut cauſa peculii, hoc eſt peculium, cauſa dotis, id eſt, dos. Sed hoc loco ſpecialiter cauſa eſt ratio legandi præterita, quæ tamen etiam dicitur modus in *l. ult. de hered. inſt.* cum frequentius modus dicatur pro cauſa legandi futura. Sequitur in *§. pen. hujus l.* falſam conditionem etiam non vitiare legatum, cujus rei exemplum extat: *Pamphilus liber eſto, ſi quod Titio debeo ſolverit: vel Cajo lego centum, ſi quod Titio debeo ſolverit*: vera eſt conditio, *ſi quod Titio debeo*: nec legatarius capiet legatum, niſi Titio ſolverit quod debui. Item non capiet legatum ita relictum, ſi ego poſt teſtamentum factum Titio ſolvero, quia conditio legati defeciſſe intelligitur: neque enim jam poteſt impleri a legatario, & conditio ſemel defecta non reſumitur. At falſa eſt hæc conditio, ſi nihil Titio debui, *lego tibi fundum, ſi quod Titio debeo, ſolveris*: nihil Titio debeo, an perveniet ad legatum? Sic ſane, quia ea conditio falſa eſt & impoſſibilis. Ea, inquam, conditio eſt impoſſibilis, ergo falſa: quod eleganter demonſtrat Papin. his verbis, *falſam conditionem*. Notandum eſt falſam conditionem non vitiare legatum præteritum, *l. demonſtratio, l. falſa, l. nominatim, hoc tit. l. Quintus, de auro & arg. leg.* Proponamus exempla, *lego Titio fundum Cornelianum, quem de Cajo emi*, non de Cajo emi, ſed alia ratione illum fundum acquiſivi: non ideo minus debetur fundus, qui demonſtratus eſt proprio nomine ſatis: & adjectio illa, quem de Titio emi, eſt ſupervacua. Supervacuus ſermo non vitiat id, quod agitur, atque ita non ſpectatur unquam, verus ſit an falſus. Quod ex abundanti adjicitur, pro nihilo eſt. Vel finge: ita cavi teſtamento; *lego Titio decem, quæ ei debeo, Titio nihil debeo, an debentur decem?* Debentur, quia falſa demonſtratio nihil nocet, *l. 2. C. de falſa cauſa adj. leg. l. ſi ſic, §. 1. de legat. 1.* vel etiam legavi hoc modo uxori: *uxori lego fundum Cornel.* vel, *uxori lego decem, quæ mihi in dotem dedit*, eum fundum vero mulier, eave decem in dotem non dedit: an perveniet ad legatum? Sic ſane, *l. quib. §. quæ dot. h. t. l. 1. §. ſi quis uxori, de dote præleg. l. ſi divortio, de verb. obl. & l. 3. & ult. C. de falſa cauſa ad. leg. §. ſed ſi uxori, Inſt. de leg.* Neque adverſus hanc facit *l. is qui, §. ei qui dotem, de leg. præſt. inf.* ad quam Accurſ. ex Azone illo loco, & plenius in *l. 3. C. de falſ. cau.* reſpondit. Et breviter reſponſio eſt talis: ex teſtamento juſto, non injuſto, debetur legatum dotis nomine relictum, etiamſi nunquam res legata dotis fuerit, quia falſa demonſtratio non vitiat legatum rei certæ vel ſummæ certæ: alioqui ſi legaverit dotem ſimpliciter, nec ulla eſſet dos, inutile eſſet legatum. Sed ſi legavero certam rem vel ſummam dotis nomine, nihil nocet adjectio dotis, etiamſi falſa ſit. Hoc in teſtamento juſto nec reſciſſo. Aliud eſt juris in teſtamento reſciſſo per bonorum poſſeſſ. contra tabulas, quo remedio reſcinditur totum teſtamentum, reſcinditur inſtitutio, reſcinduntur legata. Excipiuntur tamen edicto prætoris *de leg. præſt.* legata relicta parentibus & liberis. Excipiuntur etiam relicta uxori vel nurui dotis nomine, ut ſi legaverit uxori certam ſummam, quam ab ea acceperat in dotem, neceſſe eſt, ut revera acceperit in dotem, ut conſiſtat legatum: Nam ſi non acceperit dotem, ei non conſervabitur legatum certæ rei vel ſummæ, quamvis ſit relictum prætextu dotis; nam ea legata, quæ non reſcinduntur, non temere non ſervamus, aut non temere ſtatuimus, non eſſe reſciſſa. Ergo concludamus ex ſuperioribus, falſam cauſam, ſive ea ſit præterita, ſive futura, id eſt, rationem legandi præteritam vel futuram, falſam conditionem vel demonſtrationem, non perimere legatum. Huic concluſioni obſtat *l. ſi ſic, §. 1. de leg. 1.* quæ lex differentiam facit inter falſam demonſtrationem, & falſam conditionem ſive cauſam. Falſam demonſtrationem ait, non vitiare legatum: falſam conditionem ſive cauſam aperte ait vitiare legatum. Sed ne ſim longus, illo loco conditio & cauſa, alio ſenſu accipitur. Conditio illo loco non eſt adjectio, quæ ſuſpendit legatum, cauſa non eſt ratio legandi, ſed utroque nomine ſignificatur jus ipſum legati, ſubſtantia legati, ſtatus legati, & id ipſum quod legatur, & ut ante dixi, ſicut dotis cauſa, id eſt, dos, & ita legati cauſa, id eſt, legatum, quomodo & alii auctores frequentiſſime utuntur, cauſa poſſeſſionis, hoc eſt, poſſeſſio, cauſa venditionis, hoc eſt, venditio, & ſimiliter conditio legati, id eſt, ſtatus legati, & res ipſa, quæ eſt in legato. Quod etiam *d. lex ſi ſic, §. 1.* demonſtrat hoc exemplo: *legavi primo decem, quæ mihi ſecundus debet*: ſecundus nihil debet, nullum eſt legatum, quia ſcil. legavi nomen, hoc eſt, debitum, non quantitatem. Idque evidenter appare ex eo, quod ſi debuerit ea decem heres legatario non cogitur præſtare decem, ſed liberatur præſtando actionem adverſus ſecundum: quia non quantitas eſt in legato, ſed obligatio. Igitur ſi obligatio nulla ſit, id eſt, ſi ſecundus nihil debeat, conſequens eſt, nullum eſſe legatum: ſicut ſi lego tibi rem, quæ non ſit in rerum natura, nullum eſt legatum, deficit ſubſtantia legati, cauſa & ſtatus, quod confirmat *l. cum illud, §. 1. quan.*

dies

dies leg.ced. Eadem erunt omnino, si dixerit, *decem, quæ mihi Titius debet, heres meus damnas esto illi dare*, id est, ei condonare & remittere, nihil mihi Titius debet: inutile est legatum, quia liberationem legavi, non quantitatem, & non obligato homini liberatio inutiliter legatur, *l.legatum, & l.62.§.penul.de lib. leg. l.si servus, §. qui quinque de leg.1.* At priore casu, si legavi Titio decem, quæ ei debeo, si nihil debeo, ei nihilominus debentur decem jure legati, quia quantitatem legavi, non obligationem quantitatis. Ergo nemo legat obligationem passivam, qua ipse est obstrictus, sed activam, qua alium obstrictum habet, & essem ridiculus, si ego legarem tibi obligationem, qua tibi sum obstrictus. Legantur activa nomina, non passiva. Denique his verbis quantitatem legari, non obligationem. Quantitas est certa, quæ debebatur. Hæc verba, *Quæ Titio debeo*, pro demonstratione sunt, illa autem verba, *quæ mihi Titius debet*, sunt pro jure legati ipso, & substantia, sicut si dixerit, *decem, quæ sunt in arca mea*, si nihil sit in arca, nihil debetur, quia deficit substantia legati. Neque enim simpliciter decem legavit, sed illa decem, quæ sunt in arca, si nulla sint in arca, & nullum erit legatum, *d.l.si servus legatus, §.quinque, l. 1.§. sed etsi, de dote præleg.* Illis verbis, *decem, quæ sunt in arca*, demonstratur, me legare certa corpora nummorum; illis *decem, quæ Titius debet*, demonstro me legare nomen Titii & actionem, qua Titius mihi tenetur. Duplex est demonstratio: alia necessaria, quæ rem ipsam, quæ legatum ostendit: hæc si falsa sit, si nulla, nullum est legatum, quia est status & causa legati principalis potius, quam demonstratio. Est enim proprie demonstratio accessio; Alia est, quæ est abundans accessio, & supervacua, quæ rei certæ adjicitur, & si non demonstratæ: hæc si falsa sit, non vitiat legatum. Falsa demonstratio igitur, quæ scilicet abundat, nec necessario adjicitur rei, de qua satis constat, non vitiat legatum. Addamus, non facit etiam legatum, quod ostenditur in §. *ult. hoc tit.* ut in hoc casu, testator ita dixit, *ex centum quæ Titio legavi, Cajo lego quinquaginta*: falsa est demonstratio, quia Titio nihil legavi, non vitiat legatum relictum Cajo, *ex centum quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato*. Sejo debentur quinquaginta, non vitiatur legatum, etiamsi Titio nihil sit legatum, sed Titio nihil debetur, quia non fuit ei mens legandi Titio, sed diminuendi legati, quod falso sibi præsumpserat, & persuaserat se Titio reliquisse. Summa igitur hæc sit: falsam demonstrationem non extinguere legatum, sed non etiam facere. Ad hæc pertinet, *l.cum illud, quand. dies leg. ced.*

Ad L. XXV. Quand. dies leg. ced.

Cum illud aut illud legatur, enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit. Nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur ad heredem transisse legatum videbitur.

INitio legis, *cum illud*, hoc proponitur, si legetur *illud vel illud*, si legetur *servus & fundus*, hæc enumeratio singularum rerum posita conjunctim, plura legata facit. Nam quot sunt res, tot sunt legata, *l.2. de leg. 2.* nomine generis, si legentur plures res, atque ita nec enumerentur, ut si legetur grex, si legetur peculium, si instrumentum fundi, si argentum, id est, vasa argentea, si vestes omnes, scil. si supellex, si pecus, unum est legatum, & singulare nomen generis contrahit legatum. Enumeratio autem singularum rerum dispergit legatum, id est, pura legata efficit, hoc est, quod Dialectici dicunt, τό μέρος εἶναι συστηματικὸν καὶ περὶ τινδὲ καθ᾽ ἕκαστα εἶναι διαιρετικόν. Ergo enumeratio, singularum rerum enumeratio τῶν καθ᾽ ἕκαστα, plura legata facit, scil. si factum sit conjunctivo modo. Nam si factum sit disjunctivo modo, ut si legetur, *illud, aut illud, fundus, aut pecunia*, unum tantum est legatum; & res ea tantum erit in legato, quam elegerit legatarius, vel quam elegerit heres, si electio heredis fuerit. Est autem regulariter electio legatarii, cum legatur *illud aut illud*, si legetur per vindicationem, *l.19. & 23.de leg. 2. l. plane, §. pen. de leg.1.* si per damnationem, electio est heredis, *damnas esto dare illud, aut illud*, dabit quod volet, nisi testator nominatim legatario electionem reservaverit hoc modo, *damnas esto dare illud, aut illud*, utrum volet, *l.si ita relictum, §.ult.de leg.2.* Ergo si eidem legetur illud aut illud, unum est legatum, nec quicquam interest ab uno herede ei legetur, an duobus vel pluribus, veluti ab uno illud, ab altero illud: nihil denique interest illud aut illud, eidem ab uno, an a diversis legetur: nihil etiam interest utrum pure legetur, an sub contrariis conditionibus hoc modo, *Titio lego fundum Cornelianum si navis ex Asia venerit, aut si non venerit, fundum Tusculanum*: nam etiamsi diversis legetur illud aut illud, illud Titio, aut illud Sejo, nihil refert pure leget, an sub conditionibus contrariis, quoniam utrobique unum legatum est, *l.si dos, de leg.2.* Et ita quoque, quod pertinet proprie ad hanc legem, nihil interest eidem an diversis pure legetur, aut illud, sub conditione hoc modo, *lego Titio fundum Cornelianum, aut si navis ex Asia venerit fundum Tusculanum*: nam & hoc casu unum legatum est, & non plura, neque enim inanis est inquisitio. Sequuntur effectus inde innumeri, ex quibus patefaciam modo nonnullos; si fundus alter legetur pure, aut alter fundus sub conditione, *si navis ex Asia venerit*, vel sub alia simili, unum est legatum. Hoc Papinianus comprobat hoc loco subtilissimo argumento: si duo essent legata non unum, sua cuique legato esset dies, qua cederet, duobus diebus cederent, legatum purum cederet statim a morte testatoris, legatum conditionale a die existentis conditionis: atqui nulla fuit dierum divisio, sed totius hujus legati dies unus, licet unum purum sit, alterum conditionale, quod utrumque unum tantum efficit, duo quodammodo efficiunt unum: totius, inquam, ejus legati dies cedit a tempore existentis conditionis, quia nec antequam extiterit conditio, electioni locus esse potest, hoc est, legatarius non potest eligere, hoc an illud legatum amplecti malit, quoniam nondum est delatum utrumque. Et hoc genere legati electio tantum datur illius, aut illius fundi, non legatur fundus conjunctim uterque. Quæ quidem electio, ut manifestum est, si non competit antequam extiterit conditio, consequens est, nec ulla ex parte cedere diem, antequam extiterit conditio. Ergo unum est legatum. Ex quo efficitur, moriente legatario ante diem legati cedentem, id est, antequam extiterit conditio, ut nec fundi pure relicti petitio transmittatur in heredem ejus, quia non transmitto in heredem nisi id legatum, cujus causa a me cœpit, id est, cujus dies me vivo aut moriente cessit. Denique hoc casu neque transmitto fundum sub conditione relictum, quia mortuus sum pendente conditione, cum nondum cessisset dies, neque transmitto etiam fundum pure relictum, quia nec ejus dum cesserat dies, nec enim cedit dies antequam possim eligere fundum illum, si nominatim pure mihi relictum est, atque eligere non possum, nisi & alterum eligere possim, & alterum eligere non possum ante conditionem, neutrum igitur. Denique neutrius dies cedit ante conditionem, & consequenter, si interim moriar, nihil transfero in heredem meum ex eo legato: quæ est sententia Papiniani in hoc loco. Quid vocat legatum? non illud neque illud, sed illud, aut illud. Et idem procedit in specie legis, *cum ita in pr. hoc tit.* Ita legavi: *Titio lego Stichum, aut quod ex Pamphila nascetur*: non ante cedet dies legati, quam Pamphila peperit, purum est legatum, & unius istius legati dies nulla ex parte cedit, antequam Pamphila peperit, & si legatarius moriatur viva Pamphila, antequam peperit, nihil omnino transfert in heredem suum. Eadem est ratio hujus casus. Sed obstat valde huic definitioni nostræ *l. si usufr. hoc tit.* non lex *si penum*, ut Accurs. notavit. Ad quam quemadmodum respondendum sit Accurs. intellexit, sed tradidit satis obscure, & indiget illius responsio tibicine. Principia juris hæc sunt, regulariter diem

legati

legati cedere a morte testatoris, quæ cessio ad transmissionem proficit. Nam si post mortem testatoris moriatur legatarius, transmittit legatum ad heredem, etiamsi nondum acceperit aut vindicaverit; sed si decesserit vivo testatore nihil transmittit, quia mortuus est legatarius antequam dies legati cessisset. Regulariter, quando dies cedit a morte testatoris, si legetur mihi pecunia certa, dies legati cedit a morte testatoris: excipitur usufr. & alia quædam. Sed res exigit, ut agamus de usufructu, qui cedit, non a morte, sed ab aditione hereditatis, *l.5. hoc tit.* Ergo legatum pecuniæ cedit a morte, legatum ususfr. tardius cedit, nempe ab aditione. Nunc finge: legavi Titio usumfructum, aut decem: unum est legatum, in quo etiamsi contineatur pecunia, tamen non cedit a morte testatoris, sed cedit ab aditione hereditatis: sed si pendente conditione moriatur Titius, sane non transmittit legatum ususfructus, quod finitur morte: an transmittit legatum pecuniæ? Et lex ait, legatarium morientem pendente aditione hereditatis transmittere legatum pecuniæ in heredem suum. Quod pugnat omnino cum his, quæ dixi. sed ratio, quæ redditur perobscure etiam in *d.l.si ususfr.* pro responsione sufficit: quia, inquit, mortuo legatario dies legati cedit, vivo legatario dies legati non cedit, antequam adierit heres, ut diximus ante, mortuo legatario, id est in ipso momento, quo mortuus est legatarius, quo scil. momento certum esse cœpit usumfr. in ejus persona non posse consistere, etiamsi eo ipso momento adiretur hereditas, quia & in tempus mortis legatarii ususfr. conferretur inutiliter, *l.Titio, de usufr.* Hoc, inquam, casu propter eam rationem dies pecuniæ legatæ retro cessisse videtur a morte testatoris. Ergo transmittitur legatum in heredem legatarii. Quod demonstratur etiam alio exemplo in *d. l. si ususfr.* legavi mulieri decem pure, aut si pepererit, fundum: dies legati non cedit, antequam pepererit: sed si morietur antequam pepererit, legatum pecuniæ transmittit in heredem suum, quia moriente ea dies legati cessit: viva ea non cederet dies legati, antequam pepererit, ante conditionem, id est, ante editionem partus: moriente ea, quia in ipso articulo legatum fundi extinguitur, quoniam certum esse cœpit jam parere eam non posse, dies legatæ pecuniæ retro cessisse videtur a morte testatoris: ergo transmittitur. Quæ est sententia *d. l. si ususfr.* Sed alia est ratio legati relicti ita, ut proponitur in hac *l. cum illud, & l. cum ita*. Finge: lego Titio fundum Cornelianum, aut si navis ex Asia venerit fundum Tusculanum, vel aliter: lego Titio centum, aut si Cajo dederit decem, fundum Cornelianum, si moriatur Titius ante impletam conditionem, nihil transmittit in heredem suum, quia hæ conditiones, aut similes impleri poterunt moriente eo priore ultimo vitæ momento ejus, quia magis vitæ deputatur, quam morti. Hæ conditiones impleri poterunt moriente eo, puta ultimo vitæ momento ejus, quod vitæ deputatur potius, quam morti: potuit navis ex Asia venire, potuere Cajo dari decem per alium ejus nomine, *l. ult. de cond. inst.* Hæ igitur conditiones moriente eo impleri potuerunt. Quæ res efficit, ut vivo eo, si non fuerint impletæ, vel moriente, quod tempus magis vitæ, quam morti deputetur, non videatur cessisse dies legati fundi Corneliani, vel decem: quod si non cessit, nec transmissio est ulla legati. Hæc valde aperiunt ingenium. Unum tantum proponam, si illud aut illud legetur, unum est legatum. Obstant tria huic definitioni: primum si illud aut illud legetur, utrumque est in obligatione, *l.si duo rei, de verb. oblig.* Hoc est certissimum, si utrumque est in obligatione, & in legato igitur: nam legatum est causa obligationis, & si utrumque est in legato, duo sunt legata. Neganda est consequentia: non enim ideo, quod utrumque sit in obligatione, vel in legato, duo sunt legata: nam utrumque est in legato, non ut petatur utrumque, sed ut eligatur alterutrum: ante electionem utrumque est in obligatione disjunctivo modo, non conjunctivo, post electionem ea res sola est in obligatione, quæ electa est, ut ait eleganter lex 112. *de verbor.obligat.* Ergo nec ante electionem proprie utrumque debetur. Quid debetur proprie? quod peti potest, utrumque peti non potest, aut qui petat utrumque, plus petat causa. Ergo utrumque non debetur proprie: hæc duo verba commeant semper, debetur & petitur, *l.ita stipul.de verb.obl.* Sed si quid ita sit in legato, ut utrumque peti possit: tunc sane duo sunt legata: utrumque vel conjunctim accipitur, vel disjunctim: utrumque, id est, illud & illud, & Latini sæpe utrumque, id est, alterutrum. Fallacia est, non uno modo accipis utrumque, si ego accipiam altero, ut si conjunctim tu, ego disjunctim accipiam. Obstat huic regulæ lex 8. §.1. *de leg.2.* quæ ait, duo esse legata, si ita legaverim: *Titio decem, aut si noluerit ea decem, Stichum do, lego*, sed unico Titium contentum esse debere. Sed respondeo ex eo §. confirmari potius regulam superiorem: namque ait, hoc casu duo esse legata. Cum dicat, hoc casu duo esse legata, significat aliis casibus duo non esse legata, & regulariter igitur unum legatum esse. Cur vero hoc casu duo sunt legata videamus. Et ratio sumitur ex illis verbis, *si noluerit*, quia ita dixit, *Titio decem, aut si noluerit decem, Stichum lego*, quæ verba efficiunt, ut Stichus peti non possit, vel exigi antequam pecunia repudiata sit. Cedit ergo dies pecuniæ primum, & ea repudiata, tum cedit dies Stichi legati. Duo sunt dies, ergo duo sunt legata, & aliud alii quasi vicarium & succedaneum: unius legati dies, quibus cedat, duo esse non possunt, quæ ratio est manifesta, cujus tamen odorem Baldus nullum sensit, Accurs. suboluit: ut si ita legavit, *decem aut Stichum do, lego*, non inserendo illa verba, *si noluerit decem*, proculdubio unus dies est legati: ut intelleximus ex initio *l.cum illud*. Unum est igitur legatum alterutrius rei, unum legatum in alterutra causa, ut ait *l. 8. §. ult. de legat. 1.* Hoc apertissimum. Sed obstat etiam superiori regulæ *l. plane, §. pen. de legat.1.* quæ, si legetur fundus, aut usufs. disjunctivo modo, ait, duo esse legata, & in arbitrio esse legatarii, an velit fundum vindicare, an velit esse contentus usufr. Plerunque contenti sumus leviori legato, & pinguia spernimus, quidni? Cum & legatum omne sint sæpe qui spernant, & repudient: potest quis certa ratione duci, ut malit usumfruct. quam fundum plenum, vel ut gratificetur heredi, vel fastidio quodam honoris sibi delati, aut dum quis non vult videri avarus in exigendo legato, hoc non debet mirum videri. Hoc igitur mittamus, & interea retineamus, quod lex ait, *si legetur fundus, aut ususfr. duo esse legata*, quod mirum in modum adversatur superiori regulæ. Quid respondeamus? Sciendum est, primum fundi appellatione significari plenum dominium, ut appellatione cujuslibet rei, id est, proprietatem, & usumfr. Ergo qui fundum legat, usumfr. etiam legat: ususf. est pars fundi, vel potius, non est certe pars fundi: neque enim est corpus, ut fundus, sed jus incorporale: sed in jure habetur pro parte fundi, ita ut liceat Jureconsulto dicere, ususfr. est pars fundi, quod non liceret philosopho, *d.l.si Titio, de usufr.* ubi id latius exposui. Item sciendum est, unum legatum non posse scindi a legatario: scinditur, si legatarius partem legati amplectatur, partem respuat: legatum est honor: honorem neque decet, neque licet fastidire insipide & inconstanter: aut suscipi omnis debet ex integro, aut nullus: hereditatem non possum adire pro parte, & repudiare pro parte: hanc superbiam, hanc inconstantiam: hoc fastidium non recipimus. Exemplum hereditatis sequimur in legato, si duo sunt legata, ut si legetur fundus, vel pecunia conjunctivo modo, sane possum fundum amplecti, pecuniam spernere, ut contra pecuniam amplecti, fundum spernere, quia non discindo legatum, non illud discindo, & non etiam illud, neutrum discindo, sed illud amplector, illud non amplector. Duo sunt legata, illud volo, illud nolo, *l.4.5. & 6. de leg.1.* Et ut posui, legato mihi fundo, & pecunia certa, non possum partem fundi petere, & partem pecuniæ, ceteras partes negligere, quia scindo legatum, scindo & dissipo judicium defuncti. Idemque erit omnino, si disjunctivo modo legetur fundus, aut pecunia certa, quamvis eo casu unum

sit legatum, non duo, non possum eligere fundum integrum, vel summam integram: quicquam non dissipo, quia non scindo quicquam hoc modo; verum non possum petere partem fundi, & partem pecuniæ quia scindo legatum, *l.8.§.ult.de leg.2.* Quid igitur, si legatur fundus, aut ususfruct. ejusdem fundi, quæ est species *d.l. plane §. pen.* an possum eligere usumfructum? quod non videtur, quia eligendo usumfr. scindo legatum fundi, cujus pars usufr. est. Atqui hoc est contra voluntatem defuncti, ut non possim eligere. Ergo quod ad hanc regulam attinet, ne quid fiat contra voluntatem, melius est, ut dicamus, duo esse legata, & omisso fundo usumfr. solum eligi posse, sicut si legasset fundum aut partem fundi. Si totum quiddam aut partem, si familiam aut unum ex familia, si gregem aut aliquot capita ex grege, possum totum seu universum mittere; & amplecti partem, quasi duobus legatis relictis secundum voluntatem defuncti, qui voluit hoc modo, ut possim fundum scindere admisso usufr. solo, vel parte fundi tantum: usus. electio scissio est fundi: quod admittitur ex voluntate defuncti, quasi relictis duobus legatis. Cum autem legatur fundus aut pecunia certa, pecuniæ electio non est scissio fundi, quia ea pecunia non est pars fundi. Igitur ut pecuniam eligere liceat, non est necesse ut legatum quod est unum, constituamus esse duplex; quod est necesse legato fundo aut usufr. ut exitum habeat voluntas defuncti, qui vel usumf. solum, quamvis sit pars fundi, voluit eligi posse, id est, qui fundum scindi posse: si hoc malit legatarius. Et ita explicanda est ratio *d.§.pen.* ad quod facit *l.Titio, de leg.2. si Titio, de usufr.leg.* Nunc transeamus ad alteram partem hujus legis.

Ad §. heres.

Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet: si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, (nec) locupletior factus esset, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem, & futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit: non secus, ac si ita dixisset, Titio dato, quod pupillus solverit: vel si legasset, quod ex Arethusa natum erit, vel fructus, qui in illo fundo nascentur. Contrarium non est, quod si medio tempore legatarius moriatur, & postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat: heres legatarii petitionem habet: namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit.

Propositio hæc est: testator ita legavit, *heres dato Titio, quod mihi Sejus debet*, quibus verbis videtur legasse Titio obligationem Seii, ita ut in hoc tantum teneatur heres legatario, ut ei cedat actionem adversus Sejum. His igitur verbis legavit nomen Seii, quod legari non potuit alio genere, nisi eo, heres dato, hoc est, per damnationem: nomen nunquam legatur per vindicationem. Igitur si nihil debeat Sejus, nullum est legatum, quia id, quod legato continetur, non est, quia deficit substantia legati, ut diximus in *l.cum tale, sup.* Nunc finge: Sejus defuncto debuit aliquid naturaliter, non civiliter, & ut dixi, testator damnavit heredem dare quod Sejus debet, sed naturaliter tantum, non civiliter, puta, Sejus est pupillus, qui accepit mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, ex qua factus est locupletior, quæ species ponitur in *l.h.* Certissimum est, pupillum accipientem pecuniam sine tutoris auctoritate, non obligari civiliter. Idemque erit, si promiserit pecuniam stipulanti sine tutoris auctoritate: nam & in minore idem juris est, ut si stipulanti promittat, non obligetur: quia lex Lætoria vetat minorem 25. annis stipulari, id est, promittere. Ergo, hoc est certissimum, pupillum mutuam pecuniam accipientem, & promittentem sine tutoris auctoritate, non obligari civiliter: quæritur, an obligetur naturaliter? Sunt hac in re multæ leges, quæ pugnant invicem, & est summus omnium labor in eis adducendis in concordiam: fuit mihi olim maximus, & diu in desperatione fui, sed hodie liquido constat, quod posuimus in *l. pupillus, de verb. obligat.* pupillum mutuam pecuniam accipientem sine tutore, obligari naturaliter, si ex ea fuerit factus locupletior. Et ita est accipienda *l. si pupilli, ad leg.Falcid. l. si ejus pupilli, ad Trebell. l. 1. de novat.* ut constat ex *l. naturaliter in fine, & seq. de condict. indeb.* Et notandum est, hac lege nostra, quæ ponit, pupillum obligari naturaliter ex pecunia mutua, pupillum factum locupletiorem: nam pessime vulgo legebatur, *nec locupletior factus esset*: qui articulus *nec* abest a Florentinis, non deest. Est igitur illo loco ἀσύνδετον, hoc est, oratio soluta sine conjunctione, *si pupillus nummos accepisset, si locupletior factus esset*, hoc est, & locupletior, & naturaliter obligatur, *l. pupillus, de obligat. & action. l. quod pupillus, de condict.indeb.* Et hoc quidem casu, si non esset factus locupletior, non valeret legatum, quod initio proposuimus, herede damnato præstare, quod pupillus deberet: quia nihil deberet, nec civiliter, nec naturaliter: at pupillo obligato naturaliter, puta facto locupletiore ex pecunia credita, nonnullas vires habebit legatum, si, ut verisimile est, testator verbo debendi, id est, his verbis significare voluit naturalem obligationem, *l. quibus, §. dominus, de condit. & demonstrat.* ut sæpe testatores improprie loqui solent, ut ait lex *non aliter, §. pen. de legat. 3.* Proprie enim id tantum debetur, quod peti potest, hoc est, quod civiliter debetur: naturale debitum peti non potest, *l. si is, qui nummos §. fundus, de solut. & l. Stichum, §. a Titio, eodem tit.* siquidem adhibeatur interpretatio ea, quam tradidimus in *d.l. si pupillus, de verborum obligat.* satis perspicue. Idem ostenditur in *l. fidejussor, l. qui eum, l. heres §. servo, de fidejussor. l.1. §. id quod natura, ad legem Falcid.* Denique, quod natura tantum debetur, peti non potest: & hunc tamen habet effectum, quod si sit solutum, non possit etiam repeti quasi indebitum, ut superiores tituli ostendunt, & ut soleo dicere, in eo, quod natura debetur, neque verbo, *peto*, neque verbo *repeto*, est locus: igitur neque est debitum prorsus, neque indebitum: quia nec quasi debitum petitur, nec quasi indebitum repetitur: & consequenter, si in specie proposita pupillus heredi solverit, quod naturaliter defuncto debuit, id heres legatario præstare cogitur: non potest ei cedere actionem, sive petitionem debiti, quæ nulla est: sed si pecuniam solverit, prius debet eam legatario præstare, atque ita hoc legatum nonnullas vires habet, quasi scilicet tacita conditione injecta legato, *si pupillus heredi solverit heres dato: quod pupillus mihi debet, si id pupillus tibi solverit*: sicut si ita legasset palam, *heres dato, quod pupillus tibi solverit*: nam his verbis etiam inest tacita conditio, si solverit: sicut si legavero hominem, qui ex illa ancilla nascetur, inest tempus, ita & in hoc legato inest conditio, *si quis nascetur*. Et similiter, si legentur fructus, qui ex fundo nascentur, inest tacita conditio. Quibus omnibus exemplis Papinianus utitur hoc loco. Ergo in proposito casu, si heres damnetur Titio dare, quod pupillus debuit naturaliter, inest tacita conditio, si pupillus solverit heredi, quod naturaliter debuit defuncto, quæ tamen conditio tacita non impediet transmissionem: Nam si interim decesserit legatarius, antequam pupillus solverit heredi, non ideo minus transmittit legatum ad heredem suum, quia tacita conditio non efficit legatum conditionale, quæ venit extrinsecus, ut ait Papinianus in fine hujus legis, hoc est, extra scripturam testamenti, quæ non est scripta in testamento, *l.6. hoc tit. l. in his, l.cond. de cond. & demonstr.* Quæ lex *conditionis* est ex eodem libro, & statim est applicanda ad finem hujus legis. Ait enim conditiones, quæ extrinsecus veniunt, ut cum hac lege in fine ait, *quæ extrinsecus veniunt, non ex ipso testamento*, hoc est, quæ tacite insunt, non faciunt legata conditionalia, hoc est, non impediunt transmissionem ad heredes legatariorum. Hæc est sententia hujus §.

Unum

Unum eſt notandum, quod omiſi: dixi ex naturali obligatione, qua tenetur pupillus, non naſci actionem; eſt ita ſecundum jus antiquum, ſed hodie ex Conſtitutione Divi Pii, naſcitur utilis actio, ſi ex pecunia credita factus eſt locupletior, *l. pupillus*, *de auctorit. tutor. l.3. commod. l.3. §. pupillus*, *de negot. geſtis*. Ergo poſt Conſtitutionem Divi Pii, nempe hodie, major eſſet effectus iſtius legati. Namque heres tenetur hodie legatario cedere utilem actionem. Sed quod tractat Papinianus in hoc §. ita tractat, ac ſi non eſſet Conſtitutio Divi Pii. Denique tractat de eo, quod obtinuit ante Conſtitutionem Divi Pii, ſicut etiam Scævola in *l. ſi pupillus*, *de verb. obl.* Et ſane idem Papinianus in *l. cum tale*, *§. 1. de cond. & demonſtr.* de jure tractat, quod fuit ante Conſtitutionem Divi Marci. Et ita etiam in *tit. de precario*, ſane tractatur de interdicto de precario, reſpicit tamen jus antiquum: nam hodie non eſt neceſſe ire ad interdictum de precario, cum ſuppetat actio civilis ex precario, id eſt, præſcriptis verbis, *l. 2. l. interdictum*, *l. duo*, *§. ult.* De precario multa ſcribunt juris auctores, de jure antiquo, tanquam de jure recenti, non quod ignorent, antiquum eſſe, ſed quia libeat illis ſe exercere, quod non eſt abſque fructu: alioquin non recte diſputaretur eo modo de quæſtione propoſita hac *l. cum illud*: nam hodie non eſſet expectanda ſolutio, quandoquidem ſtatim heredes tenerentur legatario cedere actionem.

Ad princip. L. X. de Uſu & habitat.

Si habitatio legetur, an perinde ſit, atque ſi uſus, quæritur? Et effectu quidem idem pene eſſe legatum uſus & habitationis, & Papin. conſenſit lib. 18. quæſt. Denique donare non poterit, ſed eas perſonas recipiet, quas & uſuarius: ad heredem tamen nec ipſa tranſit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.

PApinianus citatur ab Ulpiano in *l. 10. in princip. de uſu & habit.* in hanc ſententiam: effectus idem pene eſt legati habitationis, & legati uſus ædium; effectum pene utriuſque legati eundem eſſe. Et ita Pomponius in *l. ſi quis unas ædes, de uſufr.* legata habitatione, vel excepta habitatione, uſum ædium exceptum videri. Idem igitur pene eſt habitatio, & uſus ædium. Quid eſt *habitatio?* uſus ædium. Quid *uſus?* habitatio ædium. Effectus utriuſque legati idem eſt: nam utriuſque jus perimitur morte legatarii, nec tranſit ad heredem. Et inde feudum habitationis dicitur finiri morte accipientis, *lib. 4. feud.* ſecundum diſtributionem naturalem *tit. de feud. habitat.* Et utriuſque legati dies cedit ab adita hereditate, non a morte teſtatoris, *l. 2. l. ſi habitatio, quando dies leg. ced.* Ac præterea is, cui legata eſt habitatio, non ſolus ipſe habitare poteſt, ſed eas perſonas, ſi velit, recipiet, quas & uſuarius recipere poteſt, puta familiam ſuam, uxorem, liberos, ſervos, libertes, mercenarios, hoſpitem, inquilinum, cui forte locaverit cœnaculum ædium, dum ipſe quoque inhabitet, & alias quaſdam perſonas, quæ enumerantur in illo *tit. de uſu & habit.* Item ſicut uſuarius uſum alii donare, aut gratis concedere ſeorſim ſine ſe non poteſt, *l. 8. eod.* ita etiam is, cui legata eſt habitatio, non poteſt ſeorſim ſine ſe aliis concedere, ſive donare habitationem totam: ut eſt ſcriptum in *d. l. 10.* Quod Conſtitutio Juſtiniani etiam non permiſit, *l. cum antiquitas, C. de uſufr.* quæ loquitur de locatione tantum, ut is, cui habitatio competit, poſſit etiam alii locare: non permittit etiam donare: plus eſt donare, quam locare: nam qui locat, fruitur habitatione percipiendo mercedem. Qua ratione, & quod Conſtitutio ait de locatione, poſſis trahere ad venditionem, quæ duo negotia ſimillima ſunt, locatio & venditio. Nam & qui vendit, quodammodo fruitur habitatione, dum pretio fruitur: qui donat, omne jus illud a ſe alienat. Ergo dicam, hodie etiam non licere donare alii habitationem: nam hoc eſt jus omne a ſe abdicare. Conſtitutio Juſtiniani loquitur de locatione, non de donatione. Ex ea Conſtitutione inducitur una A differentia inter uſum & habitationem, habitationem poſſe alii locari, uſum non poſſe alii locari. Plus ineſſe videri habitationi, quam uſui nudo. Et in aliis cauſis etiam differentia eſt inter uſum & habitationem. At recte Papinianus, ut refertur in *l. 10.* dixit, pene idem eſſe. Primum enim uſus capitis deminutione amittitur: habitatio non item. Et ratio redditur in *l. legatum*, *de capit. minut.* quia legatum habitationis in facto magis, inquit, quam in jure conſiſtit. Difficilis eſt ratio (ut ſolent ſæpe juris auctores ſuas aſtringere rationes) ſed dilatanda eſt. Uſus juris eſt potius, quam facti, hoc eſt, jus utendi potius ſignificat jus aliquod, quam actionem ſeu factum ipſum utendi, atque ideo facile jure civili tollitur, maxime jus tale, quod perſonæ coheret, quandoquidem perſona capitis deminutione immutatur. Habitatio au- B tem facti eſt potius quam juris: quod facti eſt, naturale eſt, quod autem naturale eſt, jure civili non perimitur. Ergo habitatio jure civili, hoc eſt, capitis minutione non perimitur; uſus nomen eſt juris, habitatio facti nomen eſt. Item uſus amittitur non utendo, habitatio non amittitur non utendo, quandiu domus manet, quia ſcil. uſus nomen refertur ad perſonam ejus, qui utitur; eo igitur non utente, uſus diſperit; habitatio autem refertur ad rem ipſam, quæ inhabitatur, adeo ut ſæpe accipiatur pro domo. Et ut conſtat ex *d. l. cum antiquitas*, fecit dubitationem, an habitatione legata, videatur domus legata, hoc eſt proprietas. Verbum enim habitationis eſt ambiguum, nam & rem ipſam, quæ inhabitatur, ſignificat, ſeu proprietatem. Sed in dubio videbitur legaſſe tantum inhabitationem, habitatione legata, non ædes ipſas, niſi eam fuiſ- C ſe mentem defuncti legatarius probaverit. Potuit enim (*nec mirum*) habitationem accipere pro domo ipſa: uſus nudus numquam accipietur pro domo ipſa. Igitur non eſt eadem vis utriuſque vocabuli: nec mirum igitur, ſi non ſit per omnia idem effectus utriuſque legati.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XIX. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

D Ad L. VII. de Jur. & fact. ign.

Juris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus, ſuum vero petentibus non nocet.

REGULA eſt de errore juris vel potius ignorantia: nam juris ignorantia ſtultitia eſt potius, quam error. Noſtri auctores ſtultitiam vocant juris ignorantiam, ſtultum juris ignarum. Error proprie eſt ignorantia facti, de qua non eſt regula in *d. l.* ſed de ignorantia juris tantum. Et eſt regula, *juris ignorantiam non prodeſſe in acquirendo*, id eſt, ſi quis aliquid velit acquirere, nihil ei proficiet ad acquirendum ignorantia juris; juris item ignorationem non obeſſe in conſervanda aut perſequenda re ſua, & ut eſt E in *l. 8. hoc tit.* juris ignorantiam non prodeſſe in compendiis, in lucris, ſi quod captes lucrum: non obeſſe etiam in damnis amittendæ rei ſuæ; juris ignorationem premio non affici, ſed neque damno mulctari. Denique ob juris ignorationem, neque nos expenſum captare, nec acceptum metuere. Hæc eſt regula, quæ ita varie concipi poteſt, ſed nihil ago, niſi declaro, quid ſit juris ignorantia, & quæ ſit ratio hujus regulæ, & quid juris ignorantia efficiat, vel non efficiat, & niſi omnia exemplis facio dilucida. Juris ignorantia, non eſt ignorantia artis noſtræ, ſed juris ignorantia, eſt ignorantia ejus juris, quod ſciunt omnes, etiam plebeii & idiotæ, plerumque ruſtici. Omnes ſciunt jus naturale; id omnes ex natura ipſa hauſimus, & ad id non eruditi, ſed facti,

non instituti, sed imbuti sumus. Et hoc de jure naturali est certissimum, adeo ut nec ad id pertineat regula, sed ad jus civile. Porro omnes sciunt jus civile, id est, leges publice propositas, & in æs incisas, aut ut hodie fit, scripturæ expressione frequenti, multiplici divulgatas passim, & frequentatas. Hæ leges finitæ sunt, sane possunt esse, aut esse debent, ut eleganter ait *l. 2. eodem tit.* infinitas leges perdere remp. Solebant olim publice perscribi leges in foro, vel incidi planis literis, unde de plano recte legi possent. Et iniquissima mens fuit Caligulæ Imperatoris, qui, ut Suet. refert, leges quidem, ut irretiret populum, proponebat minutissimis literis, & angustissimo loco, ut ne cui leges legere & describere liceret, nec tamen ideo minus his legibus teneretur, quod erat iniquissimum, & justa est earum legum ignorantia. Quod palam publicatum est claris literis, ut legendi sit potestas unicuique, jus ignorare non possum, aut si ignoro, ipse mihi ignorantiæ causa sum. Quamobrem eo jure teneor, perinde atque si hoc scirem. Lex omnis est publica, nemo ignorare videtur, quod est publicum, hoc est, quod patet omnibus, aut si quis ignorat, pro sciente habetur, alioqui nemo non depelleret publicam utilitatem. Quod si ex ipsis legibus oriatur aliqua dubitatio, est in urbe bene constituta copia juris interpretum, quos licet consulere, quam rationem spectavit *l. regula, §. sed juris ignor. hoc tit.* Et ait recte, ita facile esse jus scire unicuique quo civitas utitur. Id ergo nescire esse latam culpam, magnam negligentiam, stultitiam nescire, quod sciunt omnes. Et ait Arist. 3. Eth. *puniri eos, qui quid eorum, quæ legibus continentur, ignoraverint, vel oportuit scire, & erat facile ea scire.* Et sane punitur, qui committit in legem, qui deliquit contra jus, etiamsi obtendat juris ignorantiam: neque enim causatio hæc recipitur, sive sit jus naturale, sive jus civile: sane jus naturale neminem excusat crimine aut pæna, si sit atrocius crimen, quod natura prohibet, ut furtum, homicidium, adulterium: non excusat feminam ignorantia juris naturalis, non minorem 25. annis, non rusticum, sed quandoque miseratio sexus vel rusticitatis, vel ætatis, judicem perducit ad mediocrem pœnam, *l. auxilium, de minor.* in milite pœna exasperatur, *l. quædam, de pœn.* At juris civilis ignoratio sane his pœnis excusabit feminam, & rusticum, & minorem 25. annis, *l. divus, §. pen. l. 5. ad leg. Cornel. de fals. l. si quis in gravi §. si quis ignorans, l. si id quod §. doli, de jurisd. omn. jud. l. 1. §. ult. de edendo, l. 5. §. nostrum, ad l. Jul. de adult.* Punitur etiam dolus, non lata culpa. Citra delicta autem in aliis negotiis gerendis juris ignoratio nemini nocet, ut si indebitum solvero per juris ignorantiam, non ideo mihi est deneganda conditio, puta, si id nec naturaliter, nec civiliter debui: Contra juris civilis ignoratio etiam non prodest, hoc est, lucrum non adfert, non prodest in lucro, non obest in damno: ut si per juris ignorantiam solvero indebitum, non ideo condicam, quod nec alias condicerem, non hoc lucro afficiar, quia jus ignoravi, quia res, quam solvi facta est aliena, nec vel remota ignorantia juris condici potest; ac consequenter ignorantia juris, etiam condici non potest, *l. cum quis, Cod. de jur. & fact. ign. & l. regulariter, §. si quis hoc tit.* In usucapione quoque juris ignorantia non prodest, ut si emero a pupillo sine tutoris auctoritate, putans me posse id usucapere, non est idonea hæc causa ad usucapionem, *l. numquam, & l. si fur. de usurp. & usuc. l. 4. hoc tit.* Et similiter heredi volenti acquirere hereditatem non prodest ignorasse jus, quia in acquirenda hereditate præstituta sunt quædam tempora, puta centum dies, non prodest, inquam, ut post ea tempora admittatur. Quod adeo verum est, ut nec feminis jus ignorantibus subveniatur in lucris, *l. 3. l. quamvis, hoc tit.* nisi sint minores 25. annis, nam hoc ætati sine distinctione sexus sæpe dari solet, etiamsi jus ignoraverit, *l. reg. §. 1. hoc tit.* Mulieribus quoque solet subveniri jus ignorantibus, sed non in lucris, *d. l. reg. §. si quis.* Aliquando etiam rusticis non habentibus copiam Jurisconsulti, quem consulant, sed raro parcitur rusticitati ob ignorantiam juris: aliquando excusabit rusticum judex, sylvicolam puta, qui plerumque juris est ignarissimus, imo juris percipiendi incapacissimus. Et recte *d. l. regul. §. sed juris,* si non fuerit rustico copia Jurisconsulti: aliquando subveniri etiam iis in compendiis: sed raro, non temere. Regula hæc difficillimos explicatus habet: & cujus periti ita sunt vulgo interpretes nostri, ut ad primam quidem partem sciant multa exempla, ad secundam nullum: juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, in negotiis sc. civilibus gerendis: neque enim hanc regulam aptari velim ad pœnales causas, de quibus tamen postea, sed ad contractus, & alias causas non pœnales. Ergo in gerendis civilibus negotiis juris ignorantia non prodest acquirere volentibus. Acquisitio est lucrum, quod sc. obvenit sine deminutione rei suæ: & retro, lucrum est acquisitio rei alienæ ex causa lucrativa, non onerosa; quod acquirimus ex venditione emptione, non est lucrum, si emero vero pretio, quod acquiro ex legato, ex donatione, est lucrum. Lucrum est, quod ex alieno mihi obvenit sine ullo onere meo. Quæ sententia hujus partis est, juris ignorantiam in lucris non prodesse, in acquisitionibus lucrativis, ut quemadmodum in *l. 45.* juris ignorantia non prodest in usucapione: usucapio est acquisitio lucrativa, est lucrum conjunctum cum alieno detrimento, *l. 18. & 19. ex quib. cau. major.* Ergo in usucapione nunquam prodest juris ignorantia, hoc est, ignoranti jus non procedit usucapio. Exempli gratia, non possum usucapere rem, quam a pupillo emi sine tutoris auctoritate, etiamsi putem, me eam rem jure emisse: neque enim existimatio mea est ignoratio juris, *l. nunquam, in prin. de usuc. l. 2. §. si a pup. pro empt.* non possum etiam usucapere, quod licet mihi usucapere, si ignarus juris putem, id me usucapere non posse, *l. si fur. §. 1. de usuc.* Quod notandum. Neque huic exemplo obstat *l. justo §. filius, de usuc.* in cujus specie possidet quis, quod potest possidere, licet putet se id non posse possidere. Cur ergo etiam non usucapit quis, quod potest usucapere, licet putet se id non posse usucapere? Et est species §. *filiusfamil.* hujusmodi. Sciendum est filiumfam. peculium non possidere, aut rem peculiarem sibi, sed patri; filium igitur tenere quidem rem peculiarem corporaliter, sed non possidere, quia jus peculii ad patrem pertinet: non possidet rem ex causa peculiari quæsitam, quia & hæc res est peculiaris. Hoc est certissimum. Finge nunc: filiusfam. emit rem alienam, ignorans esse alienam, a non domino, atque etiam ignorans se patremfam. factum morte patris: putabat se esse filiumfam. & erat paterfam. ac in ea cum esset opinione, rem quam emerat sibi traditam, cœpit possidere, existimans se esse filiumfam. atque ita ignorans, se eam posse possidere, non ignorans filiumfam. qualem se esse putabat non posse possidere rem peculiarem, an possidet & usucapit? sic videtur, quia plus est in re, quam in opinione, & est paterfam. revera, & possidere eam rem potest, ac vere nihilominus possidet & usucapit. Respondendum, omnem eum errorem, de quo agitur in §. *filiusfamil.* consistere in facto, quia talem se existimat esse, ut non possit possidere ignarus conditionis suæ, qui error est facti, non juris, ignorans sc. mortem patris, qua factus est paterf. ipse. Unde magis spectatur quod in veritate est, quam quod est in existimatione mentis, ut si quis putet se emisse rem a non domino, qui tamen erat dominus & accepisset errans in qualitate venditoris, non in jure civili, non ideo minus videtur traditione dominium acquisisse, *l. pen. §. qui ignorans, hoc tit.* At secus est, si putet se usucapere non posse rem, quam potest usucapere, errans in jure, non in rei qualitate, sive natura, non in facto. Hic est merus error juris, idcirco non procedit usucapio, & ita accipienda *d. l. si fur. §. 1.* Unde relinquitur verum esse, in usucapione non prodesse ignorantiam juris, esse enim usucapionem speciem lucri. Error juris non prodest in acquirenda hereditate aliena, puta non prodest jus ignorasse, quo agnoscendæ bon. possessionis præscripta sunt certa tempora ut postea admittatur, quod imperitia juris peccaverit, ac

nec

nec feminis quidem prodest, *l. 3. l. quamvis, C. de jur. & fac. ign. l. juris, qui admit. ad bon. poss.* Minoribus 25. annis prodest etiam in lucris, & militibus, & rusticis aliquando, *l. pen. hoc tit.* Ergo nec feminis, nec masculis majorib. 25. annis, juris ignorantia prodest: in lucris, & rusticis etiam raro. Et ita quoque in damno amittendæ rei suæ, non tantum feminis succurritur, *l. ult. C. de jur. & fac.* Idque Justinianus ait in *l. ult. C. qui pot. in pign. hab.* non sc. pro lucro fovere mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, in damno, inquam, amittendæ rei suæ, non tantum feminis subvenitur, sed etiam maribus, *l. 8. hoc tit.* Cujus rei exemplum est in *l. 8. fideicommissa, de leg. 2.* Est species elegans: vir ab uxore herede instituta, certorum prædiorum fideicommissum reliquit suis liberis post mortem uxoris: ipsa moriens ea prædia per fideicommissum reliquit, non libertis mariti, quibus erant relicta priore fideicommisso, sed etiam libertis propriis, & libertis mariti, qui petere poterant ea prædia ex testamento mariti, cujus non erant ignari, in solidum sc. repulsis libertis mulieris: lapsi ignorantia juris, longo tempore usi fideicommisso sunt promiscue cum libertis mulieris, an amiserunt petitionem prioris fideicommissi? Minime. Ignorantia juris fecit longo tempore, ut non peterent liberti mariti fideicommissum sibi debitum: longo tempore non tollitur actio fideicommissi, quia perpetua est actio, quæ si tempore sublata esset, puta triginta annis prætextu juris ignorantiæ non restitueretur, *l. sicut inf. C. de præscrip. 30. ann.* At ea actione nondum perempta tempore, juris ignorantia suum petentibus nihil obest. Suum enim est, non tam quod suum proprietate, sed etiam, quod suum est obligatione, id est, sibi debitum. Et ita sæpissime accipitur in jure, & ita sane accipere oportet in *h. l. 7.* suum sc. vel proprietate, vel obligatione, & rem suam in *l. 8.* Et ita quoque, ut utar alio exemplo, mulieri in petenda dote nihil obest ignorantia juris, quia rem suam petit, quæ sc. dominio suo nunquam abscessit, neque enim dotis datio plane alienatio est: sed ea ignorantia obest mulieri, hoc est, non prodest persequenti lucra nuptialia ex donatione propter nuptias. Cujus rei exemplum, sed satis difficile explicatu est apud Harmenop. 1. *Epitom. l. 3. ad fin.* Ex eo iure, quod ea ætate obtinebat, quodque obtinuit olim, ut refert Leo philosophus in *Nov. 110.* & quod jus esset hodie perquam utile. Quæso quid non hodie mulieres post mortem viri artibus omnibus deripiunt? & convasant mobilia omnia, quæ maritus reliquit etiam in fraudem propriorum filiorum: huic rapacitati quemadmodum occurremus? exemplo Leonis philosophi in *d. Nov.* restituto jure veteri, ut sc. mulier, quæ post mortem viri insidens bonis defuncti, non fecisset inventarium omnium rerum, quæ in bonis, aut ex bonis fuissent, submoveatur a petitione rerum dotalium non extantium, quod sc. ipsa eas suppressisse præsumeretur potius, quam maritus ipse consumpsisse veluti *ὑποβόλῃ* aut donationis propter nuptias. Qua constitutione placebat etiam eam mulierem filio, vel filiis teneri ceterarum rerum nomine, quas filii jurassent in bonis patris fuisse mortis tempore. Est præclarissima Constitutio & poterit quandoque in usum revocari. Placebat etiam, ut quæ noluisset facere inventarium, non esset potior in hyp. ob causas dotis aliis creditoribus defuncti. Nam non potest non duci malo consilio, quæ inventarium facere detrectat. Id vero inventarium Leo vult fieri intra menses tres. Hoc interpretes ita accipiunt ut fiat intra tres menses in urbe, in provinciis vero intra annum, ut ait Harmenopul. exemplo inventarii, quod fit ab herede, *l. ult. C. de jure delib.* & inventarii, quod fit a tutore vel curatore, ut idem Harmen. refert 5. *Epit. tit. 11.* Dices, tu vis remedio inventarii occurrere fraudibus, & dilapidationibus mulieris: nec occurris tamen. Nam dum jubes inventarium fieri intra tres menses, satis das eis spatii ad dilapidanda bona defuncti, vel unus dies quandoque suffecerit ad evertenda vasa pretiosa, & pecunias omnes: satius itaque esse ita constituere, ut statim a morte mariti coram publico scriba faceret inventarium rerum, quæ in pecunia sunt, quæ faciliores investigatu sunt, & quæ facilius averti possunt, & subduci; ceterarum autem rerum, quæ sunt in longinquo intra dies, quibus ad ea loca, in quib. sunt, perveniri potest, alioqui, ut dixi, spatium ei dabimus satis, ad evertendam rem defuncti. Sed respondeo, tempus illud non præstituit inchoando, sed absolvendo inventario; inchoari scilicet voluit inventarium, & perfici saltem intra tempora, & pretiosa quæque conscribi primum primo die sine mora ulla, deinde cetera prædia prout exigit familiæ, vel prædiorum, vel opulentiæ ratio. Quod obtinet etiam in inventario conficiendo a tutore: Et valde pertinet etiam, quod iidem interpretes multis locis volunt, & est quod proprie pertinet ad quæstionem, ut ignoscatur mulieri dotem suam persequenti, si ignoratione juris inventarium non fecerit, non etiam persequenti lucra nuptialia, juxta id, quod diximus, mulieri subveniri ne damnum patiatur rei suæ, non etiam, ut lucrum faciat. Hoc tamen necesse est, ut mulieri, si dotem suam persequatur, quæ lapsa ignorantia juris non fecit inventarium, præstet jusjurandum: jus *ἀποκριβῆς* est error in una litera, oportet scribere *ἀποκρυβῆς* per *υ*, ut se purget jurejurando, nihil se subtraxisse, aut subduxisse ex bonis defuncti, & ita quoque Græcis actio ad exhibendum quæ est de exhibendis rebus, quæ supprimuntur, cælantur appellatur *περὶ ἀποκρυβῆς πραγμάτων ἀγωγὴ l'action du recelement des choses.* Nec vero mirum videri debet eo casu, si fiat distinctio rei dotalis, & lucri nuptialis, damni & lucri secundum regulam nostram; cum etiam, si, quod notandum est, mulier ignorans jus, ignara juris, puta nesciens se in causa dotis præferri omnibus creditoribus, etiam anterioribus, quod est privilegium dotis comprehensum jure communi; si ignorans, inquam, hoc jus, alios creditores defuncti prætulerit sibi, nihilominus habebit integram petitionem dotis, *si elle ne s'est payee la premiere*; nec propter imperitiam juris damnum dotis suæ faciet: sed non habebit persecutionem lucrorum nuptialium, puta, si in eis persequendis existimarit, potiorem esse causam posteriorum creditorum defuncti, quæ non est potior, si sint posteriores, *l. ult. sup. qui pot. in pign. hab.* Ergo in lucro captando nuptiali, vel quo alio, nec masculo, nec feminæ, juris error quicquam prodest. Ex hac regula juris oritur quæstio in debito soluto, *an sc. indebitum solutum per ignorantiam juris possit repeti condictione indebiti?* Si sit solutum per ignorantiam facti, constat posse repeti: Sed quæritur, *an etiam indebitum solutum per ignorationem juris possit repeti?* Res non caret dubitatione. Nam in damno versari videtur, qui indebitum solvit per imperitiam juris; ergo ne imperitia juris ei noceat, subveniri ei debet, data condictione indebiti. Contra, lucrum cogitare videtur, qui indebitum quod solvit repetit. Nam quid est lucrum? Acquisitio rei alienæ ex causa lucrativa, vel ex causa non onerosa. Is autem, qui rem indebitam solvit, ac post condicit rem alienam sibi dari oportere, intendit in rem, quæ sua fuit quidem, & nunc est aliena, acquirere vult rem alienam sine impendio ullo, & ut dictum supra, juris error non prodest. Ergo non parit ei condictionem indebiti: oblitus sum dicere deesse negationem circa finem *tit. 13. lib. 1.* Harmenopuli, Illo loco, *ὑπόβολον ἡττώμενον* & legendum esse, *ὑπόβολον μὴ ἡττώμενον* Nunc tractemus de quæst. supra proposita tantum, non decisa, an ei, qui indebitum solvit per ignorantiam juris, competat condictio indebiti? Ostendi rem non carere dubitatione. Sane opus fuit eam definiri Constitutionibus principum, ut sc. indebiti soluti per ignorantiam juris, non esset repetitio: ut soluti per ignorantiam facti tantum, esset repetitio, quod constat ex *lege pen. §. ult. hoc. tit. l. cum quis, C. eod. l. error, C. ad l. Fal.* Ergo Constitutionibus definitum est, indebiti soluti per ignorantiam juris, non esse condictionem; imo & consequenter, non esse actionem mandati, puta si fuisset inutiliter obligatus ignarus juris, inutilem stipulationem habens pro utili

solve-

solverit, quod fide sua esse jussit: neque id quod solvit, repetit ab eo, cui solvit, condictione indebiti, neque ab eo, pro quo solvit, per actionem mandati, *l. si fidejussor*, §. *non male*, *mand.* Quo loco male Accursius eum habiturum alterutram actionem saltem, vel mandati, vel condictionem scribit: nam utriusque denegandæ eadem ratio est consequentiæ. Denique (quod statuo generaliter) in eo, quod amisi recuperando, ac rursus acquirendo, ignorantia juris mihi non prodest, puta si quid amisi solutione, ut dixi, vel temporis præscriptione legitimi, *l. scire, inf. C. de præscr. 30. ann.* Juris ignorantia facit, ne quid meum amittam: non faciet, ut id, quod amisi, non amiserim, facta infecta non facit. Ea ratione *l. 2. inf. de confess.* is qui per errorem juris confitetur se debere, quod non debet, non ideo minus habetur pro confesso. Confessio similis est solutioni. Qui solvit errore juris, non ideo minus videtur solvisse, & alienasse rem suam, quam qui confessus est errore juris, qui habetur pro confesso, qui errore facti, non habetur pro confesso. Nam nihil est magis contrarium confessioni, quam error facti. Confiteor enim de facto, etiam si mihi factum non liquet: nihil igitur confiteor; sed cum de facto mihi liquet, si errans in jure confiteor, sane habebor pro confesso. Nec enim ignorantia juris potest efficere, ut qui est confessus, non sit confessus, ut qui sibi sua confessione damnum accersivit, non accersiverit, qui damnum jam fecit, ut non fecerit, qui rem suam amisit præscriptione temporis vel solutione, ut non amiserit. Denique ignorantia juris non restituit quicquam rei amissæ. Sed hoc tantum præstat, ne rem amittat nondum amissam, ut in exemplis relatis de fideicommisso ex *l. qui fideicommissa*, *de leg. 2.* & de dote *ex Harmenop.* Et eadem ratione, si filiofam. pecuniam credidi contra S. Ctum Macedonianum, cum existimarem eum factum patremfam. errore juris, puta existimans eum factum militem excessisse potestate patris, quod est falsum, §. *filiusf. Instit. quibus mod. jus pat. pot. l. 3. §. 1. ad Maced.* Nec quod jus ignoravi, hoc colore consequar, ut quod perdidi non videar perdidisse, *d. l. 3.* Et similiter si uxorem duxi eam, quæ nondum virum eluxerit, infamis sum ex edicto prætoris: mulier quæ nubit antequam eluxerat virum, infamis est; is quoque qui eam duxit uxorem, antequam peregerit luctum prioris mariti, infamis est. Igitur si eam uxorem duxi, quæ nondum eluxerat priorem maritum, ipso jure infamis sum, nec possum me excusare ignorantia hujus juris, dicens me edictum prætoris ignorasse: Nam prætextus ignorantiæ juris non potest delere infamiam, in quam incidi, *l. liberorum*, §. *notatur*, *de his qui not. infa.* Statuamus igitur, in eo quod amisimus, recuperando seu recipiendo, juris ignorantiam nobis non prodesse. In hoc tantum prodesse, ut ne incidamus in damnum, quod veremur, quodve impendet nobis. Accursius contra Constit. principum, quas retuli initio de non repetendo indebito soluto per errorem juris, sæpissime scribit indebitum solutum per errorem juris repeti posse, hac ratione, quæ illum decepit, ne damnum faciat, qui solvit: inepta ratio: Qui enim solvit indebitum, versatur in damno, non damnum timet; Damnum enim jam ipse sibi attulit, solvendo indebitum, ipse sibi defuit, ut & modo si vult resarcire damnum, quod sibi ipse fecit: & creavit: si vult sibi restitui solutum, lucrum captat non per cautionem futuri damni, quia non jam rem suam petit, sed alienam: solutio species alienationis est. Idem etiam Accursius male accepit indebitum, quod scilicet uno jure debetur, non altero, puta jure naturali, non civili, vel contra. Nam in hac quæstione de condictione indebiti indebitum dicitur, quod nullo jure debetur, id est, in hoc tantum genere indebiti valet differentia inter errorem facti, & errorem juris: puta quod nullo jure debui, nec civili, nec naturali, si per errorem facti solvi, repetam: si per errorem juris, non repetam. In alio genere indebiti, puta quod uno tantum jure fuit indebitum, non utroque, sane nihil interest solverit, quis errans in jure, an errans in facto, & neutri etiam repetitio competit: quia & debiti naturaliter tantum & debiti civiliter tantum retentio est. Sane debiti naturaliter, & multo magis debiti civiliter, fit retentio, cum & hujus sit petitio. Abutitur etiam Accursius sæpissime in hoc tractatu legib. ipsis: de errore juris accipit, *l. sicut. dotem*, §. *si mulier, sol. matr. l. 5. C. de condict. indeb.* quæ sunt de errore facti. Item in lege *mulier ad SCtum Turpill.* quæ de neutro errore est, sed non opus, ut hæc faciam perspicua. Pergamus ad majora. Diximus, parem esse causam masculorum & feminarum, in lucris nec masculis, nec feminis jus ignorantibus succurri, in damnis succurri. Addamus etiam in pœnalibus caussis citra negotia civilia, ubi dolus coercetur tantum, non culpa, utrique sexui subveniri jus ignoranti, evidentissima ratione, quia dolo caret, qui in jure errat, *l. sed etsi*, §. *scire*, *de pet. hered. l. si quid* §. *doli*, *de jurisd. omn. jud. l. 1.* §. *ult. de edendo*, *l. si quis in gravi*, §. *si quis ignorans*, *de Senatusc. Syl. & Claud. & l. 12. si quis in jus.* Juris ignorantia non est dolus, sed lata culpa. Quod rectissime Accursius scripsit in *d. leg. liberorum*, §. *ult.* ubi autem etiam culpa coercetur, mari jus ignoranti majori 25. annis non succurritur, ut si mas jure civili incestum contraxerit per illicitum matrimonium errore juris, per matrimonim scilicet, alioquin sciet se facere stuprum saltem, & contra legem Juliam, quæ est de omni stupro; sed si per illicitum matrimonium errore juris jure civili incestum contraxerit, ut si duxerit sororis filiam, putans matrimonium non esse illicitum, conjunctionem istam non esse illicitam, ei non subveniri quamvis careat dolo: quia & hoc casu culpa coercetur, quæ lata est & magna: non omnis juris ignorantia, lata ignorantia est, & summa negligentia atque inexcusabilis. Mulieri tantum, jus civile ignoranti succurritur etiam si incestum contraxerit per illicitas nuptias, incestum jure civili, ut *l. si adulterium, & seq.* §. *stuprum*, *ad leg. Jul. de adulter.* & in casu etiam *d. l. liberorum*, §. *ult.* Nam ei parcitur, quæ ignorantia juris nupsit, antequam eluxisset virum. Si mulier jure gentium incestum contraxerit, puta cum parente, avo, aut proavo, nepote, pronepote, vel cum his, qui parentum aut liberorum loco sunt, cum quibus jure naturali incestum contrahitur, tum mulieri non parcitur, mulieri in jure naturali erranti non subvenitur; imo nec illi unquam: quia nemo sc. ignarus juris naturalis, aut possit esse, aut præsumatur esse. At contra ea, quæ ante proposuimus, videtur etiam in contractibus de causis non pœnalibus, quamvis lucrosæ sunt, hoc est, etiam in lucris mulieri jus ignoranti subveniri, ut in *specie l. de die*, §. *si servus*, *qui satisd. cog.* Proponam primum ruditer sententiam hujus §. Ait Papin. in *d.* §. reum actori cavere judicatum solvi ante litem contestatam, maxime in judiciis in rem, & cavere dato fidejussore. Finge: dedit servum fidejussorem, ait Paul. *actori subveniri*, *ut ex integro caveatur*, id est, ut detur alius fidejussor idoneus: actori subvenitur etiam majori 25. annis, sc: quoniam subjicit, *majori quoque subveniri*: & mox, *forsitan, & mulieri subveniri propter imperitiam*, juris igitur, nam regulariter ignorantia non dicitur imperitia. Valde quæritur, qui sit sensus eorum verborum, *minime subveniri, forsitan & mulieri, &c.* An hic est sensus, minori & mulieri subveniri, qui quæve judicatum solvi fidejussorem accepit, ut ei sc. ex integro caveatur? An vero hic est sensus, minori, & mulieri subveniri, nec obligetur, qui quæve pro altero cavit judicatum solvi? Vel hic necesse est sit sensus, vel ille, utroque offenditur. Priore sensu offendimur, quia & majori 25. annis, innuit subveniri, si servum fidejussorem acceperit judicatum solvi, ut frustra sit adjectum etiam minori subveniri & mulieri. Posteriore etiam sensu offendimur, quia constat & in aliis omnib. causis minori subveniri causa cognita; & mulieri ipso jure ex SCto Vell. non propter imperitiam juris, *ut ait* §. *si Servus*, sed propter infirmitatem sexus, aut facilitatem, quod facillime intercedant pro aliis, *l. 2. ad SCtum Vell.* Priori tamen sensui acquiescendum est non huic ultimo; magis enim hoc vult Paul. in *d.* §. si servus

vus

vus pro reo fidejusserit, judicatum solvi, quem constat, nec obligari naturaliter ex ista causa fidejussionis, nec etiam de peculio, *l.2. de fidejussor.* Hoc casu actori ignoranti conditionem fidejussoris, hoc est, existimanti eum esse liberum hominem, erranti igitur in facto, non in jure subveniri, ut ex integro ei caveatur; actori, inquam, majori 25. annis, actori autem minori 25. annis etiam ignoranti jus subveniri, ut existimet servum recte intercedere. Adjicitur, *forsan & mulieri subveniri*, propter imperitiam juris: forsitan, verecunde & timide ait, mulieri jus ignoranti subveniri in lucro. Regulariter enim minori quidem subvenitur etiam in lucro, sive masculo, sive feminæ, sed non feminæ majori. Qui ergo regulariter feminæ majori 25. annis in lucro non subvenitur, si jus ignoraverit, verecunde ait, hoc casu quo lucri causa agitur, forsitan mulieri subveniri: nam lucrum est satis acceptio, hoc est, fidejussoris acceptio, quia promissori jungitur adpromissor, & interest duos reos habere, *l.3. §. ult. de lib. leg.* Sed non adeo magnum lucrum, ut respondeat statim, ut hoc invidere oporteat mulierculæ jus ignoranti. Nam & ejus emolumenti rationem non habent JCti in hoc genere legati, *heres meus solvito Titio, quod ei Cajus debet*: nam ex eo legato JCti non dabant actionem Titio petitori, quasi non admodum illius interesset, duos reos habere, ut ex Jul. Ulp. retulit *l. si cui legetur, §. si Titio, de leg.1.* In quo tamen est reprehensus Ulp. a Marcello, *d. l.3. §. ult. de lib. leg.* Et alio quoque argumento ostendam, satis acceptionem non esse tanti: nam si per errorem juris solvero rem indebitam, ut ante dixi & modo eam rursus acquirere velim, condicere non possum. Sed si satisdationem legatorum remissam testamento, putans non posse eam remitti ignorans juris, ignorans Constitutionis D. Marci, si eam præstitero, indebitam igitur, quod fuisset remissa a testatore, benigne, ut ait *l.1. ut in poss. leg.* mihi conceditur, ut liberationem condicere possim, quia non adeo magnum lucrum capto. Est igitur in *d. §. si servus*, unus casus quo mulieri jus ignoranti subvenitur: nec mirum, cum sit etiam alius casus, quo mulieri jus ignoranti in lucro subvenitur, *l. Divus, ad l. Corn. de falsis*. Tertius etiam casus est *in l. 2. de jure fisci*: Jus ex SCto Liboniano est ut qui sibi adscribit legatum dictante testatore, repellatur a legato quasi falsarius. Finge: filia jussu matris testatricis sibi adscripsit legatum ignara SCti, non repellitur a legato, a lucro non repellitur, sed ideo, quia illud fuit nominatim exceptum SCto, *l. Divus §. pen. ad l. Corn. de falsis*. Idem evenit in hoc casu: Finge mulieri legatum relictum est: illa putat ducta errore juris, se non posse capere solidum legatum, ne rem ipsam celet fiscum, se ipsam defert fisco dicens: mihi ille reliquit legatum, quod ego mihi videor solidum capere non posse: spe præmii sc. quod promissum est se deferentibus, ut scil. se ipsum deferens corradat aliquid ex legato, ne totum amittat. Seipsam igitur deferens fisco quasi incapacem solidi, quæ tamen erat capax, an sibi præjudicat? minime. Ergo ei jus ignoranti in lucro subvenitur facillime, quia ita Constit. cautum est in fraudem fisci; cui boni principes raro favent, *l.2. §. ult. de jure fisc.* Hi sunt tres casus. Et ita verum esse reperio quod ait *l. pen. §.1. hoc tit.* mulieri acquirere volenti in quibusdam subveniri propter imperitiam juris. Regulariter non subvenitur, nec abs re, *l. quamvis, C. eod. tit.* Non solet mulieri in lucro subveniri, quæ verba, *non solet*, significant plerunque juris ignorantiam mulieri non prodesse in lucro captando, nonnunquam prodesse. ut in *l. non solet, loc.* Non solet locatio dominium mutare, ita est: sed ait, *non solet*, quia nonnunquam dominium mutatur, ut in specie *legis item si pretio §. pen. & l. in navem, eod. tit.*

Ad L. XXXV. de Milit. test.

Miles, si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quæ profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet: nam militis testamentum sola perficitur voluntate. Quique plura per A *dies varios scribit, sæpe facere testamentum videtur.*

QUod traditur in *l.35.* est de imperfecto testamento militis, quæ cum regula præcedenti converti potest: militibus jus ignorare permissum est ex Constitutionib. principum, adeo, ut etiam in lucris eis subveniatur propter imperitiam juris, *l. pen. §. si filiusfam. de jur. & fact. ignor. l.1. C. de juris & fact. ignor. l. ult. C. de jure delib.* Quia ut significatur in *d. l.* etiamsi ex militibus quidam possint esse periti juris, tamen omnes arma magis, quam jura scire præsumuntur, aut certe obliti esse legum, si quas sciverint olim, postquam ceperunt arma. Denique milites præsumptione sunt ignari juris. Et recte Jul. Frontin. de limitibus agrorum, *Dum* inquit *magis armorum exercerer curis, totum hoc negotium* (literarum sc.) *veluti oblitus* B *intermiseram, nec quicquam aliud, quam belli gloriam cogitabam*, & Tacit. *in Agric. credunt plerique militaribus ingeniis subtilitatem deesse, quia castrensis jurisdictio secura & obtusior ac plura manu agens calliditatem fori non exerceat.* Et privatio hæc subtilitatis & calliditatis forensis est, quæ dicitur simplicitas militaris, *l.1. hoc tit. l.3. C. eod. tit.* Denique omnes milites simplices esse existimantur, id est, incallidi rerum forensium, expertesque subtilitatum & apicum juris. His consequens est, quod iisdem Constitutionibus principum cavetur, ut si milites in faciendo testamento non observaverint diligentem observantiam & subtilitatem legum, nihilominus rata sit eorum voluntas, nec eis imputetur, si JCtum non adhibuerint: nam sine Jurisconsulto quomodocunque fecerint testamentum, valet, ut in antiquo monumento, quidam ita præscripsit C quasi testamento suo: *dolus malus abesto & Jurisconsultus*. In illo monumento sequitur: *jus aditus, libertis libertabusque meis danto*: huic voluntati, ne fraus fieret, præscripsit, ut abesset dolus malus, nec adesset Juriscons. qui cavillationum est callidissimus. Et similiter in *l. pen. §. Lucius, de legat.2.* quidam contestatur se testamentum fecisse sine ullo JC. his verbis: *Lucius Titius hoc testamentum scripsi sine ullo Jurisperito rationem animi mei secutus potius, quam miseram & nimiam diligentiam, & si minus quid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*: paganus fuit qui ita scripsit, & plectitur: nam hæc voluntas non habetur pro testamento, & sustinetur tantum jure codicillorum, quia his verbis satis declaravit, qualemcumque voluntatem se valere velle: non potest valere ut testamentum, valebit D tantum ut codicillus. Voluntas pagani imperfecta, non est testamentum, ut quælibet voluntas militis, ut ait *l. proxima sup.* quæ est etiam Papin. ex lib.14. testamentum est, & ut ait in hac l. *testamentum militis imperfectum perfecti potestatem obtinet, quia sola voluntate perficitur. Sola voluntate*, id est, nuda voluntate, nec exigit solemnia, nec testes probationis exigit: testes, id est, hanc speciem probationis non exigit, signa, subscriptiones non exigit, legum observationem nimiam non exigit. Denique testamentum militis nuda voluntate perficitur: imperfectum testamentum dicitur duobus modis, specialiter & generaliter. Specialiter & proprie dicitur, quod non est signatum septem testium signis: nec testes sufficiunt septem, sed signa requiruntur, non tantum jure civili, sed etiam prætorio. Hoc ergo testamentum, quod signatum E non est, destituitur & jure civili & prætorio. Ergo plane imperfectum est, quia si laboret alio vitio, ut puta, si sit injustum, id est, si in eo filiusfam. sit præteritus, vel si sit ruptum agnatione sui heredis, jure prætorio valet, id est, modo sint signa testium, prætor daturus est bonorum possessionem secundum tabulas, *l. postumus, de inj. rup. l. cum tab. de bon. poss. secun. tab.* Quæ tamen post constituetur sine re, ubi constabit aut injustum, aut ruptum esse testamentum. At si tabulæ non sint obsignatæ septem testium signis, prætor non est daturus bon. possess. sec. tabulas. Itaque omni jure imperfectum est testamentum, quod signatum non est. Ergo plane imperfectum est. Et hæc est summa imperfectio testamenti, summum vitium. Et ita perfectum testamentum pro eo quod obsignatum est 7.

est 7. testium signis accipitur in *l.6. ad l.Corn. de fals.* & *imperfectum in l. hac consultissima §. non subscriptum, C. de testam.* ubi *pro imperfecto* legend. non, *pro infecto*, quod 7. test. signis obsignatum non est. Generaliter imperfectum dicitur, quod vitio quocunque laborat, sive non signatum sit, sive injustum, ob præteritionem sui heredis, sive irritum ob cap. minutionem, sive ruptum ob agnationem postumi. Falsum quoque quis non dicet esse imperfectum, quinimo potius nullum est prorsus: hæc omnia vitia imperfecti generali appellatione continentur, *l.1. §. sive, de tabul. exhib. l.2. §.1. quemad. test. aper. l. si duobus §. si prius, de bon. possess. cont. tab.* Imperfectum etiam est, quod notis, *par chifres*, conscriptum est, non literis, si sit factum a pagano. Imperfectum est etiam, quod quis cœpit facere, nec perficere potuit morte præventus, aut verbis amissis, ut in specie *legis si is qui testam. qui testam. fac. pos.* Imperfectum etiam est, quod quis fecit super portione bonorum tantum. Et quoquo modo imperfectum sit testamentum militis, si modo falsum non fuerit, perfecti testamenti potestatem obtinet. Nam etsi notis conscriptum sit, valet, *l. Lucius, h. tit.* si signatum non sit valet, si sanguine proprio, ut *l. milites, C. de testam. mil.* scriptum sit in clypeo, aut vagina, aut thorace, aut gladio: si in pulvere in ipso articulo morienti. Heges. lib. 5. *Vere*, inquit, *bellicum testamentum est, quod non atramento scriptum, sed sanguine, non in charta, sed in mucrone.* Item testamentum militis irritum non fit cap. minutione, *l. 6. §. irritum, de ini. rup. l. miles filiusfamil. & seq. h. tit.* Et præterea nec injustum est testamentum militis, sive non jure factum, in quo sciens se habere filium, eum præteriit; nec rumpitur etiam agnatione postumi, ubi scilic. scierit, uxorem esse gravidam, quia præteritio & silentium militis pro exheredatione habetur, silentio exheredat filium mater, non pater, nisi sit miles. Item non rumpitur testamentum adoptione filii, puta si post factum testamentum miles aliquem adoptaverit ad vicem filii naturalis & legitimi: non rumpitur successione in locum sui, *l.7. l.8. h.t. si tui, C. eod. tit.* Ac postremo non rumpitur etiam testamentum militis post facto alio testamento, si quidem miles plura testamenta facere voluerit, *l. quærebatur, hoc tit.* Ut in hac specie. Finge; Miles de tertia portione bonorum primum testamentum fecit: potest enim de parte bonorum testari, de parte non; quod tamen paganus non potest. Deinde idem miles secundum testamentum fecit de alia tertia parte bonorum, post aliud de alia tertia. Tria testamenta sunt & omnia valent. Et hoc est quod ait Papin. in hac *l. quique plura per dies varios scribit, &c.* Miles igitur pluribus testamentis decedere potest; paganus uno tantum; Nam si eandem speciem posueris in pagano, quam ego posui in milite, non dicam tria esse testamenta, & omnia valere, sed dicam ultimum testamentum tantum valere, etiamsi in eo sit heres institutus ex tertia tantum parte bonorum: namque ne sit pro parte testatus, pro parte intestatus, quod jus civile abhorret, dicimus tertiam partem adscriptam heredi, assem ad se trahere, in *l.1. §. si ex fundo, de hered. instit.* nihil refert unicum heredem scribas. Causa testati, ut dicitur, trahit ad se causam intestati, *l. pen. de ini. rupt.* Illud non est omittendum, vehementer hodie errare nonnullos, qui idem esse existimant, milites & nobiles, sive ut diximus gentiles, *gentilhommes*, qui quæ jura prodita sunt de militibus, putant pertinere ad nobiles: nec enim istas personarum conditiones confundere unquam oportet. Nam & plerunque plebeii & ignobiles milites sunt, nec militia definimus esse plebeii, non definimus esse plebeii, sicut nec filiusfam. militia desinit esse in potestate patris, quod ex definitione militum & nobilium constabit. Milites sunt qui in numeros relati, & in expeditione degunt, *enrollez*; nobiles sunt, quorum non dico parentes, sed majores, (Nam opus est ad comparandam nobilitatem longa avorum serie) qui feudum a Principe acceperunt, vel ut constat ex lib. Feudorum a valvasore Principis, puta Duce, vel Comite, Marchione, &c. Sunt igitur nobiles, quorum majores feudum acceperunt a

A Principe, vel a valvasore Principis sive capitaneo adjuncto onere militiæ. Nobilitati adjunctum est onus militiæ, fateor, sed non sunt milites, nisi quandiu in expeditione occupantur & testamentum eorum citra expeditionem non pertinet ad privilegia militum. Etiam vehementer errant, qui id solum testamentum militis putant esse solutum legibus, quod miles facit in procinctu, in acie, in hostico, in ipso discrimine vitæ. Nam & testamentum, quod miles facit in expeditione, in castris, in stativis, jure militari valet, alioquin nihil distaret hac in re miles a pagano. Potest fieri ut in ipso procinctu interveniat paganus aliquis: hic in acie, in ipso procinctu, si fecerit testamentum minus solemne, si fecerit testamentum imperfectum, fecisse potius videbitur, & perfecisse, quia & pagano deprehenso in acie remittitur juris solemnitas, & id temporis testamen-
B tum a pagano factum licet perfectum, vires habet, *l. ult. hoc tit. l. un. de bonor. possess. ex test. mil.* Et hac ratione patet, quia tunc temporis, hoc est, in procinctu apud quemlibet prope intermortua est memoria. Obliviscuntur disciplinæ, qui ad pugnam eunt, inquit Xenophon, par est eo tempore subtilitatem legum remitti tam pagano, quam militi. Alio tempore soli militi remittitur, ut si miles testamentum fecerit in expeditione, in castris, vel ut loquitur, *lex 3. §. is qui, de re milit.* in fossato, vel in stativis, in præsidiis, *en garnison*, jure militari valet. Et puto in §. 1. *de milit. test. Instit.* dum ait, in testamento faciendo non uti privilegio militum eos, qui citra expeditionis necessitatem in suis sedibus degunt, vel aliis locis: puto inquam, male quosdam sedes interpretari stativa: jure possumus, & debemus interpretari ædes suas, ut nominatim *l. ult. C. de*
C *instit. milit.* Basil. pro *in suis sedibus*, habent *in suis ædibus*, nihil moror sive legere volueris sedibus, sive ædibus idem est: & male Theoph. sedes interpretatur *sedeta*: quia sedeta, ut Suidas interpretatur, sunt fossata, id est, castra, aut sane sedeta sunt stativa. Et falsum est, militem testari non posse in stativis jure militari. Igitur non possis sedes, sedeta interpretari, sed ædes potius. Explicarem etiam *l. 11. & l.13.* sed ne sim tædio, reservabo in diem crastinum.

Ad L. XI. XII. & XIII. de jure codic.

Qui gravi utero uxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis, libertates dedit: nata post mortem patris filia, cum de ea nihil patrem sensisse, constitisset, pla-
D *cuit libertates a solo filio præstari posse.*

L. XII. *Redemptis a sorore partibus.*

L. XIII. *Illud enim sine dubio dici non potest, etiam filiam manumittere cogendam, cum ab ea nihil pater petierit, & jure suo heres extiterit.*

EXplicabo duas quæstiones, quæ sunt in *l.11.12. & 13. de jure codic.* Et his, quæ diximus de militari testamento, non male coaptari poterunt ea, quæ dicentur hodie de posteriori quæstione; nam ex ea intelligitur, imperfectum testamentum esse etiam id, in quo institutio heredis scribitur verbis precariis. Sed de prima quæstione prius dicamus, quæ pendet ex specie hujusmodi. Vir, qui putabat uxorem non esse gravidam, testamentum non fecit, codicillos fecit: nam & codicilli ab intestato fieri possunt,
E & eos codicillos scripsit ad filium, quem habebat, nihil cogitans de postumo vel postuma, existimans scil. uxorem vacuam esse utero, & in eis codicillis filium rogavit, *ut servum aliquem manumitteret:* non potest codicillis factis ab intestato, relinquere directam libertatem, relinquit fideicommissariam. Post mortem ejus nata est postuma; de qua nihil sperabat: codicilli non sunt rupti agnatione postumi, quia ab intestato facti esse proponuntur, qui si facti essent ad testamentum, sane rupto testamento agnatione postumi vel postumæ, & ipsi rumperentur, *l.3. l. ab intestato, l. pen. hoc tit. l.1. Cod. de codic.* Sed, ut dixi, codicilli, qui facti sunt ab intestato, non rumpuntur agnatione postumi vel postumæ. Ergo in specie proposita uterque, filius scil, ad quem scripti sunt codicilli & postu-

ma patri heredes extiterunt. Quæritur, *an uterque obligetur præstare fideicommissariam libertatem?* Hæc est prima quæstio hujus l. an & a filio & a filia peti possit fideicommissum libertatis scriptæ in codicillis scriptis duntaxat & missis ad filium? & videtur neuter obligari. Ac primum quidem sane non obligatur filia postuma, quia nihil ab ea petiit pater, hoc est, eam non oneravit fideicommisso præstandæ libertatis. Ac præterea filia suo jure heres existit patri ut ait Papinian. initio. l. 13. non ex judicio defuncti filius heres extitit patri, ex judicio defuncti, quia scribendo ad eum codicillos, videtur sua sponte ei relinquere legitimam hereditatem, *l.8.§.1.hoc tit.* Denique filius venit ad successionem ex tacito judicio patris, filia suo jure, non ex judicio patris, cum de ea pater nihil cogitaverit, qui gravi utero uxorem esse ignoravit. Hæc duo sunt opposita, jure suo, & judicio defuncti, *l.cum ab uno, de leg.* 2. Ab uno unave, qui quæve venit ex judicio defuncti, fideicommissum relinqui potest, ab eo autem eave, qui quæve non venit a judicio defuncti non potest, *l. 3. de leg.*1. Et vero etiam a filia fideicommissum non relinqui potest, de qua nihil etiam sensit. Ergo constat filiam postumam non obligari fideicommisso præstandæ libertatis. Dico etiam filium non obligari, licet rogatus sit servum manumittere in codicillis ab intestato, quia servus ille est communis inter illum & sororem. Unus autem ex dominis servum communem non potest manumittere, & libertas est individua, quia pro parte libertas non potest præstari. Ac præterea ea libertate fideicommissaria pater non onerasset filium solum, ut verisimile est, nisi solum putasset eum sibi heredem futurum, quod est traditum *in l.pen. inf. hoc tit.* Ergo neuter obligatur onere præstandæ fideicommissariæ libertatis: filia non obligatur, filius non obligatur, quamvis rogatus sit & oneratus. Et ita quidem se res habet summo jure, sed ex æquitate, favore scil. libertatis, ne pereat libertas, ut Papin. docet hoc loco oblata æstimatione pretii filio, qua scil. redimat partem servi a sorore ipse filius post redemptionem servi, libertatem præstabit, ut scil. scribitur in specie *l. cum filius, de leg.2. l. judicatæ, de excep. rei judic. l. duobus, de lib. cau.* Et ita redempta parte sororis, servus fideicommissariam libertatem a solo filio petet, non a filia postuma. Redimet autem partem sororis frater de pecunia oblata a servo, aut pro servo, non de pecunia sua, arg. d. *l. cum filius*, & soror compelletur vendere partem suam, *l.1.C.de com.serv.man.* ne scil. servus defraudetur libertate sibi relicta, & hoc est quod ait hæc l. 11. Obstat huic sententiæ quod est in fin. *l. pen.hoc tit.* in eadem specie: quæ pro parte præstari non possunt, eorum nihil esse præstandum: libertas pro parte præstari non potest: ergo nullo modo est præstanda. Ergo nulla est præstanda, nec a filio, neo a filia, ergo nulla debetur. Sed, ut dixi, ita est accipienda lex *pen.* & adjiciendum, summo jure ita est, non deberi libertatem, sed ex æquitate & favore libertatis, redempta parte sororis a filio; hoc est, postquam redemerit filius partem sororis de pecunia oblata a servo, aut nomine servi, præstabit servo libertatem, arg. *d. l. cum filius*. Et ita oblata pecunia, & redempta parte servus petet libertatem fideicommissariam a solo filio, non a postuma. Denique solus filius præstabit libertatem fideicommissariam. Obstat huic sententiæ rursus *lex alieno, §. 1.de fideicomm.libert.* ubi ponitur eadem species: moriens aliquis intestatus filium rogavit nominatim, ut servum manumitteret. Natus est postumus vel postuma. Ait ab utroque præstandam esse libertatem, quod mirum in modum videtur pugnare cum illis legibus: sed nihil est, quod tam facile expediri possit. Ita distinguendum est: aut filius redemit partem a sorore, & tunc ab eo solo præstatur libertas: aut filius a sorore partem non redemit, sed ipsemet servus se ab ea redemit, oblato vel soluto partis pretio. Et hoc sane casu libertas præstabitur ab utroque, arg. *d.l. cum filius* In l. 11. dixit Papinia. a solo filio præstari libertatem, sed adjicitur modus ex alio loco Papiniani, redempta parte sororis ab ipso filio scil. Quæ species addenda est sive modus etiam ad *l. aliud. §.1.& adfi.l.pen. hoc tit.* nisi scilicet filius redemerit partem postumi vel postumæ de pecunia servili. Obstat etiam *l. cum pater, §.cum existimaret, de legat.*2. species est pene eadem. Quidam fecit codicillos ab intestato, eosque scripsit ad consobrinam, nesciens se etiam habere consobrinum: qui simul ab intestato cum consobrina veniet ad successionem, quod eodem gradu sit: & ab eadem consobrina fideicommissum reliquit: utroque herede existente ab intestato lex ait, consobrinam pro parte dimidia fideicommisso relevari, quia pars bonorum ei aufertur concurrente consobrino, & pro alia parte dimidia consobrinum non teneri, qui rogatus non est: fideicommissum igitur infirmari pro parte, quandoquidem proponitur sola consobrina rogata nominatim, non consobrinus: ergo pro parte consobrini infirmatur fideicommissum. Et jure quidem ita est, sed post emendabitur. Interea illud observabis, illum §. loqui de rebus dividuis per fideicommissum relictis, & eas separari a libertatibus fideicommissariis, quæ dividi non possunt, & debentur omnino ac præstantur redempta parte consobrini. Et idem obtinet in servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ sunt individuæ, *d.l.cum filius*: aliæ res dividi, & pro parte præstari possunt; & integræ præstabuntur indistincte, sive ad filium scripto codicillo, & ab eo relicto fideicommisso rei dividuæ, postuma nata sit postea, de qua nihil cogitavit defunctus, & fideicommissum a filio relictum sit eis verbis, *quisquis mihi heres erit*, vel nominatim a filio: primo casu, *quisquis mihi, &c.* certum est, filium teneri pro parte, & postumam pro altera, quia omnem heredem oneravit illis verbis, *quisquis mihi heres erit, l.3.& l.ab intestato, hoc tit.* Quid si nominatim fideicommissum reliquerit tantum a filio? Et hoc casu videtur solus filius teneri, vel in solidum, vel quod magis est, pro parte dimidia tantum, ut relevetur, sed interim videtur solus ipse teneri, *l.pen.hoc tit.l.post emancip. §. 1. de leg.3.* Et in simili casu, *l.quidam §.ult.h.t.* Sed æquior est sententia Ulpiani, qui hac in re Marcellum notavit in *d.l.pen.* his verbis: *Imo duntaxat partem debet, lex pen.* est Marcelli. Sed hæc verba sunt ex nota Ulpiani: *imo duntaxat partem debet*. Marcellus scripsit filium totum debere, qui rogatus est nominatim. Ulpian.notat, *imo duntaxat partem debet*, perinde ac si dixisset, *quisquis mihi heres erit*, aut pro parte infirmatur fideicommissum; hoc est, pro altera parte non tenebitur postuma, quod est verius. Cur tenetur filius pro parte tantum, ut voluit Ulpianus, quamvis ipse solus sit rogatus nominatim? quia hoc fit ex æquitate, quia filia ei facit partem & aufert partem. Æquum est igitur ut pro ea parte filius relevetur, quod res divisionem patiatur: & eadem nota est addenda ad Scævolam, sicut in simili casu eadem nota additur ad Scævolam, *d.l.quidam,§.ult.h.t.* ex Africano in *l.*quæ eam sequitur, *l.sed eum,de jure codicill.* Summa hæc est: libertatem fideicommissariam præstari omnino, quia dividi non potest, & præstari remedio redemptionis: eodemque remedio præstari servitutem prædii, quæ etiam est individua, rem dividuam, si relicta sit his verbis, *quisquis mihi heres erit*, præstari a filio pro parte, a sorore pro altera parte: si relicta sit nominatim a filio, præstari tantum pro parte filii, pro parte intercidere fideicommissum.

Ad §. Tractari ejusd. L. XIII.

Tractari solet de eo, qui cum tabulas testamenti non fecisset, codicillos ita scripsit: Titium heredem esse volo: sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an vero testamentum facere se existimaverit: nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. Voluntatis autem quæstio ex eo scripto plerumque declarabitur: nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligitur.

Altera quæstio est perbrevis, quæ proponitur in §. 3. *l.* 13. Species est: *Titium heredem esse volo*. Hec

verba sunt precaria, non directa: verbum volo, est precarium, A sicut verbum, *rogo*, *mando*, *cupio*, *peto*: non est directum verbum, sicut si dixisset, *heres esto*. Hæc igitur verba sunt precaria, *l. quidam testamento*, *de leg.* 1. *l.* 11. *§. si filio*, *& l. nomen*, *de leg.* 3. *§. ult. Instit. de sign. reb. per fid.* Hæc igitur scriptura, *Titium heredem esse volo*, non est testamentum, etiam si quis ita dixit, *volo facere testamentum*, quia testamentum non fit verbis precariis. Quid est testamentum? institutio heredis directa. Istitutio non fit verbo precario, non fit verbo, *volo*, sicut nec verbo, *facio*, nec verbo, *instituo*: Nam ut Ulp. scripsit in fragmentis, hanc institutionem plerique *improbant*, *Titium heredem instituo*, & illam quoque, *Titium heredem esse volo*, sed ita erat instituendus heres: *Titius heres esto*, vel, *Titius heres sit*, quæ verba sunt directa & imperativa. Quæ tamen differentia verbum hodie est sublata a B Justin. *in l. quoniam*, *C. de testam.* Nam hodie si ita testator heredem scripserit, Titium heredem esse volo, si voluerit facere testamentum, verbum precarium accipitur pro directo, & valet testamentum. Sed mittamus constitut. & tractemus, quod hic a Papiniano dicitur, ut debemus. Secundum jus vetus, quod obtinuit ante Const. hæc scriptura, *Titium heredem esse volo*, non est testamentum, etiamsi voluit facere testamentum, quia id non fecit solemni verbo, & civili, quo facere debuit. At quemadmodum intelligemus, voluerit facere testamentum an codicillos? Est quæstio voluntatis: voluntas sola non facit testamentum, nisi militis. *Volo facere testamentum*, utor & verbis precariis ego, qui sum paganus, imperfectum est testamentum meum, quia non sola voluntate perficitur, sed & verbis solemnibus, & C aliis quibusdam observationibus adhibitis. Ergo si volo facere testamentum, nullum est testamentum: si volo facere codicillos, valebunt codicilli, & proximus agnatus mihi heres erit ab intestato, & deducta Falcidia restituet bona. Titio, quia videor fideicommissariam heredit. Titio reliquisse a legitimo herede, quandoquidem codicillos facere volui, non testamentum. Et hæc voluntatis quæstio declaratur ex scripto: *voluntatis quæstio*, inquit, *plerunque declaratur ex scripto*. Tullius *de invent.* *propius accedere ad voluntatem scriptoris illum*, *&c.* Et sane in hac specie, cum ita scriptus est heres, *Titium heredem esse volo*, illum voluisse facere testamentum ex scripto declarabitur, ut puta, *si a Titio legatum reliquerit*: nam legata ab intestato relinqui non possunt, *§. præterea*, *Inst. de fideic. heredit.* Item, si in eadem scriptura D Titio substituerit vulgari modo, si heres non esset directo modo, quia nec codicillis scriptis factis ad testamentum substitutio scribi potest. Idem quoque erit, si in eadem scriptura filium exheredaverit, eadem ratione, quia exheredatio inutiliter scribitur codicillis, sive ad testamentum facti sint, sive ab intestato, *§. ult. Inst. de cod. l. non codicillum*, *C. de testam.* quæ ait, satis probari ex institutione & exheredatione, defunctum noluisse facere codicillos, sed testamentum. Ex scripto igitur colligitur, voluisse eum facere testamentum: Hoc est, si ita heredem scripserit, Titium heredem esse volo, ex scripto satis apparet, eum voluisse testamentum facere: testamentum est imperfectum propter verbum *volo*. Non valet etiam jure codicillorum, quia noluit facere codicillos, sed testamentum, & non apposuit clausulam E codicillorum, vel hanc clausulam, *ut & ab intestato valeret sua voluntas*. Denique ea voluntas nullo jure valet, propter id solum verbum, *volo*, etiam si nihil sit præterea in ea scriptura, quod reprehendas. Et confirmatur *l. testamento*, *C. de fideic.* quæ lex est conjungenda cum *d. l. non codicillum*, *C. de testam.* nam est eorundem Imperatorum ad eundem, & substitutio eadem, quæ ita integritati est restituenda: sub *die* 8. *Id. Decemb. Cæsarib. Coss.* Et res est eadem. Utriusque legis nexus evidentissimus *lex non codicillum*, ait, ex institutione, & exheredatione defunctum testamentum facere voluisse, non codicillos. Additur *in l. ex testamento*, si id testamentum, quod voluit facere, jure factum non sit, si solemniter factum non sit, nec fideicommissa ex eo deberi, id est, nec jure codicillorum id testamentum valere, quia omissa est clausula codicillaris. Et ita in specie nostra, si voluit facere testamentum illis verbis, Titium heredem esse volo, nullo jure testamentum sustinetur, etiamsi omni alio vitio careat, & Titius nihil poterit petere a legitimo herede jure fideicommissi, quia non fideicommissum facere voluit, sed directam institutionem.

Ad L. unum Ex familia LXVII. de leg. 2.

Unum ex familia, propter fideicommissum a se cum moreretur, relictum, heres eligere debet: ei quem elegit frustra testamento suo legat, quod posteaquam electus est, ex alio testamento petere potest. Utrum ergo non constitit, quod datur, quasi creditori relictum? an quamdiu potest mutari voluntas, non recte creditori comparabitur, sive tamen durat electio, fuisse videtur creditor, sive mutetur, ex neutro testamento petitio competit.

LEx valde celebrata ab omnibus, nec immerito. Est enim plena rerum quotidianarum copia. Ejus legis prima propositio hæc est: *unum ex familia*, *&c.* Finge: heres rogatus uni ex familia defuncti dare fundum illum, cum moreretur, hoc modo: *rogo te heres, ut uni ex familia mea fundum illum des sive restituas, cum morieris*: valet legatum seu fideicommissum, quia in arbitrio heredis non ponitur, an det, quod esset inutile, sed cui det, *l. utrum §. cum quidam de reb. dub.* Et heres eligere debet unum, cui det. An possit eligere duos vel plures ex familia defuncti, post videbimus, modo consistamus in terminis superioris propositionis: unum ex familia heres eligere debet, quia & uni proponitur relictum esse fideicommissum, non uni nominatim; quo casu non esset electioni locus, sed uni incerto, hoc est, uni ex duobus vel pluribus, quem elegerit heres, cui constituerit se velle dare, vel si heres nullum elegerit, omnibus debetur fideicommissum ab herede heredis, qui scilicet sunt in familia, & nomine testatoris, quod latius demonstrabitur inferius. Nunc adnotemus, multum interesse, utrum quis fideicommissum reliquerit simpliciter uni ex familia, cui voluerit heres dare, *cum morietur*: Hoc adjecto pono duos casus, & inter eos esse discrimen: Nam priori casu, si fideicommissum reliquerit simpliciter uni, cui vellet heres dare, heres semel tantum eligere potest, cui velit dare, nec tamen statim post mortem testatoris cogitur eligere & dare, sed datur ei modicum & justum spacium arbitrio boni viri ad deliberandum & consultandum, cui det, in *l. 24. infr. hoc tit. l. cum quidam ita*, *de legat.* 2. Et obtinet semper: tota enim causa testamentorum constat voluntate defuncti, modo nuda, modo solemni & justa. Igitur, etiam si simpliciter testator fideicommissum reliquerit uni, cui vellet heres dare ex voluntate defuncti, heredi erit plena & perpetua eligendi libertas, ut in specie quam tractat Quintilianus declam. 318. amicus amicum heredem instituit, & petiit ab eo, ut ex duobus libertis, quos reliquerat, utri vellet decem millia daret, hoc consilio, ut spe electionis adducti liberti vivo heredi obsequerentur, tanquam patrono, cum prædivinaret, nullam apud eos fore reverentiam amicitiæ, quæ inter eum & heredem erat. Si probetur hoc fuisse consilium patroni, hoc propositum, hæc ratio testamenti, heres non compelletur alterum eligere, quamdiu vivet, non ei præstituitur certum tempus arbitratu boni viri, intra quod hunc vel illum eligat, sed electionem trahet, si velit, usque ad extremum vitæ diem, perinde ac si patronus nominatim fideicommissum contulisset in tempus mortis heredis ut in posteriore casu ante proposito, *rogo te heres, ut uni ex familia mea, quem elegeris, fundum illum restituas, cum morietur*. Quo casu constat, heredem posse subinde mutare voluntatem & electionem in §. 1. & *§. rogo hoc tit.* heredem posse variare, pœnitere, modo hoc velle, modo illud:

modo

modo velle, modo nolle, quia quicquid confertur in mortem, ejus arbitrium currit sursum deorsum tota vita, atque ideo omne spacium vitæ heredi est liberum ad eligendum, & suprema electio servatur non prima: non sufficit hunc eligere, si non durat electio, & contra non officit hunc rejicere prælato altero, si qui rejectus fuit primum, nunc eligitur. Ergo certissimum est, hoc casu ambulatoriam esse voluntatem heredis usque ad supremum vitæ exitum, sicut dicitur de voluntate testatoris, eam non esse firmam & stabilem, sed fluctuare & ambulare usque ad mortem: morte sola confirmari testamentum, morte item sola heredis confirmari electionem. Et hoc diximus, si fideicommissum sit ita relictum, cum morietur heres. Hæc adiectio manifeste rem confert in mortem heredis. Sed idem erit omnino, eadem erit vis verborum, si non dixerit, *cum morietur heres*, sed *cum volet heres*, hoc modo: *rogo te heres, ut uni ex familia mea, cui volueris, & cum volueris fundum illum præstes & restituas*. Idem igitur est, si non dixerit, cum morietur heres, sed cum volet, aut cum voluerit, sed quandocunque volet, aut voluerit, ut in *l. uxorem*, §. *Scævola tit. seq. l. cum pater*, §. *ult. hoc tit.* Et ita observandum, vehementer, multum interesse dixerit testator, *tantummodo cui volueris*, *rogo te uti des*, nullo alio adjecto: nam hoc casu heres semel duntaxat eligere potest. Hæc enim verba, *cui volueris*, non habent tractum, nisi justi & modici temporis ad deliberandum, *ut dixi ante*. Verum si dixerit, *cum volueris*, vel *quandocumque volueris*, hæc verba tractum & extentionem habent usque ad mortem heredis: interim si quem elegerit, variare potest, & ab electione recedere aliumque eligere. Notanda est hac in re alia verborum differentia, *rogo te, cui volueris dare*: nam semel tantum eligere potest, *l. 17.* §. *ult. hoc tit.* At si dixerit, *cui volueris relinquere* hoc modo, *rogo te, ut uni ex familia cui volueris fundum illum relinquas*: hoc casu heres subinde sententiam, electionem mutare potest: heredi est perpetua voluntas eligendi, quamdiu vivit, §. *sed si fundum*, in *h. l.* quia verbum, *relinquendi*, rem trahit usque ad mortem, in *l. 11.* §. *si filio*, *l. seq. l. 1.* §. *ult. de tab. exhib.* Relinquere est morientium, non viventium: dare est viventium magis. Atque ita differentia est inter dare & relinquere hoc modo: *heres rogo te, ut des*, *vel rogo te, ut relinquas*, quam differentiam etiam observant Grammatici quodam loco Hom. Il. 2. Qui locus etiam servit exemplo fideicommissi: Scribit, Vulcanum sceptrum, quod fabricaverat dedisse Jovi, Jovem Mercurio, Mercurium Pelopi, Pelopa Atreo, cum hi dederint ultro & sua sponte: at subjicit, Atreum reliquisse Thyesti, & Thyestem reliquisse Agamemnoni, quia scil. uterque non rem libenter dedit, quam necessario reliquit. Atreo Thyestes fuit frater, cum quo gerebat justas inimicitias. Agamemnon autem Atreo fuit filius major natu, sed adhuc impubes: noluit pater lubrico ætatis sceptrum relinquere, & maluit vel fratri inimico relinquere, fide interposita restituendi Agamemnoni, quam fidem fratri Thyestes etiam exhibuit, & proprio Ægystho filium fratris prætulit Agamemnonem. Atque ita uterque Atreus Thyesti, & Thyestes Agamemnoni magis necessario reliquit, quam libenter dedit, ut testamentis certe non tam libenter damus, quam necessario relinquimus, non daturi si viveremus. Denique relinquimus, quod asportare nobiscum non possumus. Et hæc differentia satis colligitur ex supradictis locis, ex §. *sed si fundum hujus l. conjuncta leg. 17.* §. *ult. hoc tit. & ex supradictis aliis legibus*. Ex his intelligimus, *quod initio dixi*, multum interesse, utrum quis legaverit simpliciter cui voluerit heres dare; an cui voluerit heres dare, cum morietur, vel cum voluerit, vel quandocumque voluerit, vel cum voluerit relinquere. Sed addendum in utroque casu hoc jus esse commune, ut priore casu, si legaverit simpliciter cui voluerit heres dare, ut herede non eligente, omnibus competat petitio fideicommissi, *d. l. 17.* §. *ult. l. Labeo*, §. *ult. de statulib.* Sin vero fideicommissum reliquerit hoc modo, *cui voluerit dare cum*

A *morietur: nemine electo, omnes, qui sunt ex familia defuncti vocantur ad fideicommissum*, §. *sed si uno hoc tit.* Ergo quodam modo videtur esse duplex fideicommissum, purum & conditionale, perinde ac si ita dixisset, *uni ex familia, quem moriens heres elegerit, vel si non elegerit, omnibus*. Qua de causa in hac *l.* §. *si fil.* uno electo ex familia ab herede, lex ait, ceteros conditione defici, quasi scilicet, videatur in omnium persona legatum fuisse condicionale, in electi persona purum. Eligit autem libere heres, quem vult ex familia defuncti, vel proximiorem, vel ulteriorem, non servatis gradibus cognationis, & unius electio excludit ceteros. Et ita accipiendum est, quod ait initio hujus legis, *& unum eligere sufficiat*, cujus scil. cumque gradus sit, ad excludendos ceteros, qui sunt ex eadem familia & nomine.
B Non eligente autem herede & moriente nemine electo, ipso jure omnes, qui sunt ex eadem familia, invitantur ad fideicommissum. Sed si quamplurimi, aut pene innumeri, sane si diversis fidicommissum inter partes, in minutissimas diversis, atque ita inutile fideicommissum effeceris. Ideoque hoc casu cum nimis magnus est numerus eorum, qui sunt ex ea familia, æquius est ita rem temperare, ut proximiores admittantur, *l. 32.* §. *ult. de leg. 2. l. peto* §. *frater, de leg. 2. hoc tit.* Sicut si testator generaliter petierit ab herede, ne fundum alienaret extra familiam: nam hoc casu heres elegit, quem vult, §. *sed & si fund. hoc tit. & l. pater filium, ad l. Falc. & l. filiusf.* §. *cum pater, de leg. 1.* Nemine autem electo, omnes vocantur gradatim: quando & magnus numerus familiæ, proximiores ad-
C mittuntur, ut ante dixi, *d. l. peto*, §. *si fideic.* Inde subsequitur quæstio, quam post proponemus. Initio legis propositæ, subjicit Papinianus. Heres rogatus est uni ex familia quem elegerit, fundum restituere *cum morietur, vel post mortem suam*, unum elegit & ei testamento suo eundem fundum legavit: an valet legatum? Et respondet, statim inutile esse legatum, quia ei quem elegit, heres fundum debere cœpit ex priori testamento: Debitor autem creditori non jure legat id quod debet, *l. Mævius*, §. *1. hoc tit.* Et ita respondet Papinian. hoc loco. Sed objicies: non ita heredem obligari ei quem elegit statim, ut non possit se absolvere, cum voluerit mutata voluntate, & alio electo. Sed respondeo: heredem obligari ei, quem elegit, ex priore testamento, quamdiu non mutaverit voluntatem: & si
D forte mutaverit, desinet obligari, & ex heredis testamento, quo ei quem elegerat, fundum legavit, non esse legati petitionem, quia mutata voluntate legatum illud extinguitur, quod etiam non fuit proprie legatum, sed electio, vel electionis repetitio supervacua, si prius elegerit, deinde legaverit electo eundem fundum; deinde, si heres alium elegit incipit obligari ei quem novissime elegerit: ambulat obligatio ambulante voluntate heredis: vel si neminem elegerit heres heredis obligatur omnibus, qui sunt ex ea familia. Denique vel non facta electione ab herede, omnes, qui sunt ex ea familia, intelliguntur creditores: vel facta electione, is tantum intelligitur esse creditor, qui novissime electus est. Priore casu heres heredis omnibus frustra legaverit; posteriore heres electo frustra legaverit, quia debitor creditori
E inutiliter legat id, quod debuit: nisi amplius aliud sit in legato, quam in debito. Didicimus, herede rogato per fideicommissum restituere, vel dare cum morietur uni ex familia testatoris, quem ipse heres elegerit, hoc est thema, quod versatur in hac leg. ei esse plenam & perpetuam libertatem eligendi cui velit fundum dare, & variandi quamdiu vivit, & ultimam demum hujus electionem valere, non primam, ac nullo electo, omnes qui sunt ex familia testatoris, ad fideicommissum vocari, non servata gradus prærogativa, nisi ingens sit familiæ numerus, & eligi ab herede posse vel unum ex familia testatoris, cujuscunque gradus sit, & unius electione ceteros excludi, ceteros conditione deficere, ut in §. 1. *hoc tit.* ait si forte tres sint ex familia ejus, qui fideicommissum reliquit

eodem vel dispari gradu, nil refert, & satis unum esse eligere, & postquam paritum est voluntati, ceteros conditione deficere. Didicimus etiam, ei quem elegerit, heredem frustra in suo testamento legare fundum, quem statim electio fecit, ut ei deberet heres ex alio testamento: nam sive in ea electione perseveraverit heres, videri creditori legasse, & debitor creditori jure non legat: sive electionem mutaverit, neque a primo testastamento, neque ex testamento heredis ei quicquam deberi quia neutro testamento quicquam ei legatum videtur; non priore testamento, quia legatum proponitur ei, quem elegerit heres: nam istius personæ electio non duravit: non testamento heredis, nam legatum illud heredis mutatur. Porro mutatur electio non tantum alio electo sed etiam nullo alio post electo, nuda sc. voluntate, si declaraverit heres, se ei dare nolle, quem ante elegerit: nec est eadem ratio testamenti, & electionis testamentum non infirmatur nuda voluntate: electio infirmatur nuda voluntate, quod Accurs. servat recte in princ. hujus *l. ad verbum, mutetur*. Hæc est brevis comprehensio ante dictorum, cui illud adjecimus postremum, quod diximus de electione,

---

Ad §. Si Falcidia.

Si Falcidia quæratur, perinde omnia servabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset: non enim facultas necessariæ electionis, propriæ libertatis beneficium est. Quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit, omni modo reddere debuit.

§. 2. *Itaque si cum forte tres ex familia essent ejus, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu, satis erit uni reliquisse: nam postquam paritum est voluntati, ceteri condictione deficiunt.*

SEquitur alia quæstio, cui conjungitur explicatio §. 1. An heres, qui rogatus est uni, cui voluerit fundum restituere, possit duos, vel plures eligere, vel omnibus relinquere fundum? Et dicam statim posse: nam in §. 1. hujus *l.* ait, satis esse uni relinquere. Sensus hic est: posse omnibus relinqui, sufficere uni relinqui. Et ideo, sicut in hoc genere legati conditionem subintelligimus, ut si heres neminem elegerit, omnes vocentur ad fideicommissum, qui sunt ex familia defuncti: ita non male subintelligimus, ut fundum restituat uni, cui volet, vel pluribus, quibus volet: nam & istud genus legati ita extenditur in §. *sed etsi fundum*, & §. *rogo fundum, hoc tit.* Ac præterea, si non eligendo heres efficere potest, ut omnes ad fideicommissum veniant, qui familiares defuncti fuerunt, cur non possit etiam idem eligendo, sive relinquendo omnibus? Ac rursus, si partem hujus fundi heres potest assignare, & adscribere duobus, vel pluribus ex ea familia, §. *si duos hoc tit.* cur etiam non totum fundum poterit omnibus relinquere nulla habita electione, nullo habito discrimine personarum, quæ sunt ex familia? Nec quicquam mutat, quod fideicommissum uni relictum sit. Nam hæc verba sic accipiuntur, ut vel uni restituat ex familia. Idemque est sensus horum verborum, *peto ne fundus de familia mea exeat*: nam vel uni vel quibusdam, vel omnibus fundum heres relinquere potest. Et similiter e contrario, si dixerit, quibus volet ex familia restituas, satis erit, si uni restituat, uni relinquat, unum eligat, *l. 24. h. t.* in testam. & in legibus & in sermonibus omnibus, plerumque multa subaudiuntur: nam non possumus omnia fari, quæ meditamur, & non ita fari, ut meditamur: vis mentis vim orationis nostræ superat longissime: in testamentis pleraque sunt προσυπακουόμενα, id est, quæ subintelliguntur & subaudiuntur, ut *Grammatici dicunt*, quæ quidem ut in narrationibus, quas breves esse oportet, rhetores omitti jubent, quod satis per se intelligantur; ita omissa in testamentis supplentur facile: nam & testamenta brevitatem habent, testamentum fit tribus verbis, *Petrus heres esto*, *l. 1. l. cum in testamento, l. si itaque heredes, de heredib. instit.* Juvenal. *omnia soli forsan Pacuvio breviter dabit.* & alibi: *qui se cautum atque legatum exiguis tabulis & gemma fecerat una, l. 1. l. si ita quis heres, de heredib. instit.* Si igitur heres omnes, qui erant ex familia defuncti elegerit, omnes creditores fuisse intelliguntur, & fundus eis in testamento heredis frustra legabitur, res scil. debita a debitore creditoribus frustra legabitur, vel si omnes heredes scripserit in suo testamento interveniente Falcidia, in ære alieno fundum deducent, quasi sibi debitum, deinde Falcidiam ex legatis, seu deductionem Falcidiæ præcedit semper deductio æris alieni, in quo computabunt illum fundum, quasi sibi debitum: nam deducent non tantum æs alienum, sed & sibi debitum & id, quod cui ex eis defunctus debuit, *l. pater famil. ad l. Falcid.* Nec quicquam mutat, quod heres unum vel quosdam B eligere potuerit, & unum præferre alteri: nec enim ideo videtur beneficium dedisse ei, eisve quos elegerit, quia necessario, vel hunc, vel illum, vel quosdam eligere debuit, vel omnibus relinquere illum fundum. Et quod necessitate fit, non est beneficium, non est liberalitas. Et hoc est, quod ait in §. 1. facultatem necessariam electionis, non esse beneficium propriæ liberalitatis, cum idem pareat, *l. rem legatam, de adim. leg.* Qua tamen in eandem rem quidam abutuntur, dum ajunt, *neminem in necessitatibus liberalem existere*. Nam ea lex hoc vult, multum interesse, utrum rem legatam testator vendiderit, an donaverit: nam si vendiderit, distinguimus: aut vendidit propter necessitatem rei familiaris, & debetur legatum, quia non habuit animum adimendi legati, sed coactus necessitate rem legatam vendidit: si vero mera voluntate ven- C diderit, videtur ademisse legatum. Eadem distinctione non utimur, si donaverit: nam quicunque donat mera voluntate, donat semper: nemo donat propter necessitatem rei familiaris, ut ea se absolvat dum premitur. Ergo nemo in necessitatibus liberalis existit, id est, nemo dum premit eum egestas donat: non enim hic est sensus, ut non sit donatio, quæ necessitate fit. Sed redeamus unde abiimus: consequens est, quod ante diximus, ut si heres ei quem elegerit, fundum in suo testamento legaverit, aut prælegaverit, & interveniat Falcidia in testamento heredis, ex eo legato non detrahatur, quia non est legatum, quod necessitate relinquitur. Legatum est in genere liberalitatis, *l. cum non facile, si cui plus quam per leg. Falcid. l. pén. de testam.* Necessaria electio non est liberalitas, & legatum illud D nihil aliud est, quam electio necessaria: electio est, quia heres est debitor fideicommissi. Necessitatis verbo significatur obligatio in *l. post certi temporis, C. de liber. cau.* Pactum nullam habere necessitatem, id est, ex pacto non nasci obligationem, quod & varie possit comprobari. Ergo quod ait Papinianus initio hujus l. unum ex familia heres eligere debet, plane necessitatem significat: *debet*, id est, cogitur, eligere vel reddere. Et ut ait in §. 1. omnino debet eligere vel reddere ipse, aut heres ejus: nam si priusquam eligat, moriatur heres, heres ejus omnibus cogitur reddere fideicommissum, fundus quidem est in legato ex testamento priore, non ex testamento heredis. Et ideo, si in testamento heredis interveniat Falcidia, in primo non interveniat, fundus ab herede legatus Falcidia non minuitur: contra, si in primo in- E terveniat Falcidia, etiamsi non interveniat in testamento heredis, fundus minuitur per legem Falcidiam: quia perinde est atque si is fundus in primo testamento fuisset legatus nominatim ei, quem elegit heres, vel eis, quos elegit: non fuit legatum nominatim, quia incertum est legatum: hæc sunt opposita, incertum esse legatum, & nominatim esse relictum, ut in illa declamatione Quintiliani 318. Ac rursus non est plane incertum legatum, alioquin esset inutile, quia certæ sunt personæ, quib. incerto legavit, puta quem eligeret heres, §. *sub cond. Inst. de leg.* Ex his facillime intelligimus §. 1. Ex §. *si Falcidia*, inter cetera intelleximus, legata esse in genere liberalitatis, legatum sive fideicommissum in liberalitate, & beneficio consistere. Sane legatum definitur esse donatio

quæ-

quædam, *l. 36. hoc tit.* quo modo, & fideicommissi definitio inchoari potest. Et definitur recte esse donatio quædam: nam est proprii cujusdam generis donatio: non est donatio inter vivos, relinquitur enim potius, quam datur: legatum vel fideicommissum mortis causa dicitur capio, *l. mortis causa capitur, de mort. causa donat.* & non insinuatur: non est etiam donatio causa mortis, quia convalescentia non revocatur, sicut donatio causa mortis. Est igitur proprii cujusdam generis donatio, hoc est, donatio quædam, ut in *l. rogasti, de præsc. verb.* si me rogaveris mutuam pecuniam, & ego cum pecuniam non haberem, tibi rem vendendam dedero, ut pretio utaris, lex ait esse genus quoddam proprii contractus, negotium gestum esse quoddam; id est, non esse mutuum, non esse commodum, sed proprii cujusdam generis contractum. Et ita Arist. 4. *Ethic.* verecundiam esse metum quendam infamiæ: neque enim idem est prorsus, quod metus, verecundia ruborem, metus pallorem inducit. Ex eo autem quod diximus, legatum esse donationem quandam, & munificentiam, sive liberalitatem, scil. cujusdam generis, in jure multa sequuntur ex eo verbo: ut non possis obligare rogando eum, cui nihil dederis, non possis ab eo legatum, aut fideicommissum relinquere, quia de suo, non de alieno quemque largiri oportet, *l. 6. §. ult. t. seq.* Largitio, quæ fit de alieno: non est liberalitas: ergo nec legatum: quin in multis casibus largiri de alieno, est species furti, *l. si pignore, §. 1. de furt.* Ex eo etiam sequitur, ut turpia legata non valeant, *l. turpia. de leg.* 1. quibus convitio aliquo oneratur legatarius, ut si quis ita mulieri legaverit: *illi ut habeat, unde ingluviem suam exsaturet, sues omnes meas do, lego, scrophos, trojas meas omnes do, lego*, ut Messalla in *lib. de orig. Augusti*, scribit sues vulgari sermone Latino appellari *trojas*: ut solemus nos Galli appellare *des truyes*, & inde vexillo Trojanorum insculptam fuisse suem. Ergo non sunt beneficii aut liberalitatis, quæ contumeliose relinquuntur: contraria sunt honori, ergo & legato, legatum enim est honos. Denique contra naturam legati est, alicui cum convitio contumeliose legare. Qua ratione etiam jure veteri non valebat legatum relictum pœnæ causa, *§. pœn. c. Inst. de legat.* quia contra naturam legati est, ut sit pœna, non liberalitas, non honos. Et similiter ex his sequitur, quæ proprie pertinent ad thema legis nostræ, ut id non intelligatur esse legatum, quod necessario relinquitur: nam quod necessario fit, non fit liberaliter, necessaria electio non est legatum. Parere voluntati defuncti, non est legare, quia cogimur parere voluntati, exequi voluntatem defuncti, vel nos, vel heredes, si non ei obsecuti fuerimus.

Ad §. Sed si 3.

Sed si uno ex familia herede instituto, ille fundus extraneo relictus est, perinde fideicommissum ex illo testamento petetur, ac si nemo de familia heredi heres exstitisset. Verum is, qui heres scriptus est, ratione doli exceptionis, ceteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur: nam quæ ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem.

§. 4. Si duos de familia non æquis portionibus heredes scripserit, & partem forte quartam extero ejusdem fundi legaverit, pro his quidem portionibus quos jure hereditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis, quam si alteri fundum prælegassent, pro altera vero parte, quæ in exterum collata est, virilem, qui sunt de familia petent, admissa propter heredes virilium portionum pensatione.

Nunc exponamus §. *sed si*. In hoc §. persequitur idem thema, quod proposui initio: est quæstio hæc laciniosa, & multis implicita interrogatiunculis, & quasi punctis. Heres rogatus uni ex familia defuncti testatoris, cui vellet fundum restituere cum morietur. Hoc est thema hujus legis. Is heres precibus defuncti non præbuit fidum obsequium: Nam moriens heredem scripsit unum quidem ex familia testatoris sui, sed fundum extraneo legavit per vindicationem: ita ut ne momento quidem resideret apud heredem scriptum. Quid fiet? non paruit voluntati defuncti, qui fundum extraneo legavit, licet unum ex familia sibi heredem fecerit. Quæritur, *an fideicommissi petitio competat his, qui sunt ex familia prioris testatoris?* Et sane ait Papinian. omnes, qui sunt ex familia, perinde fideicommissum petere posse, atque si neminem ex ea familia sibi heredem fecisset heres prioris testatoris fideicommisso oneratus. Finge: tres erant ex familia testatoris, & heres ejus unum ex eis sibi heredem fecit, fundum extero legavit, certe ceteri duo fideicommissum petent ab eo, id est, ab herede heredis, tametsi ipse etiam sit ex eadem familia, una cum ceteris duobus: non potest a seipso fideicommissum petere; ceteri ab eo poterunt rectissime ipse a se non potest petere. Et præterea, quod ad ejus personam attinet, obligatio descendens ex primo testamento, aditione confusa est, quia creditor intelligitur debitori heres exstitisse. Quid ergo heres heredis, licet sit ex eadem familia, nihil ex eo fundo feret? Ita jus est summum: sed æquitas est, ut retineat portionem virilem in eo fundo, quod fiet ratione, hoc est, beneficio exceptionis doli mali. Nam ceteri petentes solidum fundum ab eo, repellentur ratione, hoc est, exceptione doli mali, a petitione solidi fundi, & bessem tantum fundi consequentur, triens remanebit apud heredem heredis, & ita partem faciet ceteris, hoc est, persona ejus numerabitur in partibus faciendis. Et sic fundus dividetur in tres partes, in tres trientes, & non tantum partem faciet ceteris, sed etiam partem virilem sibi deducet, & retinebit. Non omnis, qui partem facit, & partem fert, *l. 7. hoc tit.* Hic & partem faciet, & partem feret, sive retinebit. Idque est æquissimum: *Nam*, ut ait Papinianus, *quæ ratio ceteros admittit, eadem*, inquit, *tacite inducit pensationem*. Est obscura ea ratio, *quæ ratio admittit ceteros*: Cur ceteri admittuntur? quia sunt ex familia prioris testatoris, & extitit conditio fideicommissi fundo ab herede legato, non uni ex familia, sed extraneo eadem ratio vocat heredem heredis in partem virilem, cum ipse sit ex eadem familia. Ergo admittitur, partem facit ceteris, partemque retinet sibi, hoc est, trientem: admittitur autem, ut ait, *per tacitam pensationem*: nihil refert dicas *pensationem*, an *compensationem*, utrumque idem potest. Vocat autem pensationem non improprie, ut vult Accursius, sed proprie. Quid est compensatio? *reputatio partis debitæ pro rata*. Ceteris petentibus solidum, ipse compensat & reputat partem sibi contingentem, partem, quam ex primo testamento testator secundus sibi debuisse intelligitur. Denique ceteris petentibus solidum, compensat partem sibi debitam, atque ea minus præstat ceteris. Hoc sane est compensare, & quasi solvere solidum: nam compensatio vicem solutionis obtinet. Et ita in §. *seq.* ubi eadem æquitas compensationis servatur, ait, *admissa propter heredes, virilium portionum pensatione.* Verum cur hanc pensationem vocat tacitam, nec enim fit tacite, ut videtur, quia ante dixit, eam induci ratione exceptionis doli mali. Opus est igitur facto, hoc est, oppositione exceptionis, ergo compensatio non fit tacite, non fit tacito jure, sed opposita exceptione doli mali. Ea autem omissa non fit pensatio. Sic posset quis argumentari summa ratione. Sed nihilominus dicendum est hoc casu, ut in omnibus aliis semper induci tacitam compensationem ab herede heredis adversus ceteros, quia fit ex eadem familia pro portione virili, hoc est, eam pensationem induci tacito jure, mero jure: etiamsi sit omissa exceptio doli mali, quæ inest omnibus judiciis tam bonæ fidei, quam strictis. Nam quod attinet ad causam compensationis, hodie exceptio doli mali inest omnibus judiciis, tam strictis, quam bonæ fidei, *l. 4. l. posteaquam, de compens. l. 4. & 5. C. eod. l. inter, de adm. tut.* ubi idem Papin. Æquitas merum jus compensationis inducit, id est, æquitas facit, ut fiat compensatio tacito jure: mero jure fiebat in strictis judiciis opposita exceptione doli mali. Hodie hæc exceptio inest omnibus judiciis, hoc est suppletur a judice: etiamsi sit omissa: & inducitur compensatio, minuiturque petitio acto-

actoris vel consumitur ratione compensationis tacitæ, ratione exceptionis doli mali tacitæ. Nam hæc non sunt contraria. In hoc §. induci tacitam exceptionem, & fieri pensationem ratione exceptionis doli mali: fit enim ratione ejus exceptionis, quæ inest, & quam exprimi necesse non est, aut peti a prætore, & adjici actioni. Hæc est sententia hujus §. Ex eo intelligitur, confusione, quam inducit aditio hereditatis, tolli quidem obligationem, sed compensationem non tolli, quod est frequens in jure, *l.14. C. ad l. Falcid. l. ultim. ad Trebell.* Observandum etiam hoc est, recte ita poni speciem in hoc §. heredem scripsisse unum ex familia, sed fundum extero legasse: nam si heredem scripserit unum ex familia, & fundum nemini legaverit, ceteri excluduntur, quasi defecti conditione, *l. filiusfam. §. cum pater, de leg.* 1. quia penes unum ex familia fundum remanere satis est, & remanebit penes heredem scriptum, qui est ex familia, si non sit alii legatum. Rursus ad hæc posset quæri, *quid sit statuendum de legato relicto extraneo: an extraneo erit legati petitio?* Fideicommissi petitio ratione ejus fundi competit omnibus, qui sunt ex familia, *an & legati petitio competit extero?* Distinguendum est: Aut heres, qui eo fideicommisso oneratus fuit, fundum legavit extero, sciens esse debitum ex testamento testatoris sui, *l.49. mand.* Aut ignorans. Si sciens fundum esse debitum, eum legavit extero, heres ejus extero tenebitur ad æstimationem fundi solidam, familiæ autem ad fundum: extero tenebitur quasi legatario, familiæ quasi creditoribus. Priores potioresque sunt creditores legatariis, *l.1. Cod. de bon. auct. jud. poss.* nam legata non debentur nisi deducto ære alieno, *l.1. §. denique, ad Treb.* Ideoque rem ipsam primum heres heredis præstabit his, qui sunt ex familia: deinde æstimationem legatario. Sed si ignorans, heres heredis legatario tantum tenetur pro parte ceterorum, *§. si rem* in hac l. Intelleximus ex *§. sed si uno*, herede rogato fundum uni ex familia testatoris, cui vellet relinquere, si is unum ex familia heredem scripserit, fundum autem extraneo legaverit, ceteris qui sunt ex familia heredem heredis teneri fundum restituere, compensata & deducta portione virili sibi obtingente, & delata ex priore testamento: portionis virilis ei compensationem esse, petitionem esse confusam aditione hereditatis, quia ut debitoris heres extitit, testator suus debitor ei fuisse intelligitur ex causa fideicommissi priori testamento relicti: compensationem autem salvam manere, nec perimi confusione, imo fieri eam tacito jure ratione doli exceptionis, quæ hodie inest omnibus judiciis, ex causa compensationis, & ex omni alia causa judiciis tantum bonæ fidei. Hæc est sincera hujus §. interpretatio: eadem est ratio compensationis in specie *§. si duos*. Heres rogatus est uni ex familia testatoris cui vellet certum fundum relinquere: & duos ex ea familia sibi heredes scripsit, fundi partem quartam extraneo legavit: cum scripsisset autem duos heredes ex disparibus partibus paruit voluntati defuncti pro dodrante, quia dodrantem reliquit duobus ex familia, quos sibi heredes fecit, pro quadrante autem non paruit voluntati defuncti, quia quadrantem fundi extraneo lagavit: quo fit, ut omnibus qui sunt ex familia, competat fideicommissi petitio pro quadrante, non etiam pro dodrante, quia dodrans duobus ex familia relictus est, dividendus pro hereditariis portionibus, qui etsi alteri eorum prælegatus fuisset, ceteris quadrantis petitio non competeret. Unde si heres fideicommisso oneratus, duos ex familia heredes scripserit, & fundi quadrantem extero legaverit: ceteri omnes, qui sunt ex familia, quadrantem duntaxat fundi petere poterunt a duobus illis heredibus, sed in partibus faciendis numerabunt duos heredes scriptos: retinebunt ergo singuli heredes scripti ex fundi parte quarta viriles portiones, jure pensationis tacitæ, & reliquum restituent ceteris, qui sunt ejusdem generis, nominis, familiæ, qui similiter id inter se divident pro virilibus portionibus, quia prior testator omnes videtur vocasse ad viriles portiones, *l. cum pater, §. heredem, l. pen. §. Lucius, h. t.* Et hoc est, quod ait in hoc §. quæ verba indigent

A interpretatione, *pro altera vero parte, quæ in exterum collata est*, id est, pro quarta parte, quæ extero legata, virilem qui sunt de familia petent: *qui sunt de familia*, hoc est ceteri, qui non sunt heredes scripti ab herede onerato fideicommisso, & sunt ex eadem familia prioris testatoris, & quomodo petent? *admissa*, inquit, ut recte Florentiæ, *propter heredes*, id est, propter illos duos heredes, *virilium portionum pensatione*. Quæ verba ita fient perlucida, si sic exponantur; ceteri qui non sunt heredes scripti, & sunt ex eadem familia, tantum petent fundi quadrantem legatum extero, verum tacito jure, mero jure, ipso jure: illi duo heredes scripti eis partem facient in eo fundi quadrante, quem petent. Ac præterea, quoniam Azo & Hugolinus aliquantulum laborant in interpretatione horum verborum, *pro his quidem portionibus, &c.* optimum esse puto,
B ea facere clariora. Ea verba nescio qua mente sic accipi posse arbitrantur, ac si palam diceret Papinianus, illos duos heredes dodrantem in eo fundo retinere jure hereditario, quod est manifeste falsum: nam fundus ille non fuit in hereditate heredis primo testamento instituti. Ideoque jure fideicommissi illi duo heredes retinent dodrantem fundi jure fideicommissi sibi relicti testamento primo, non jure hereditario, quia heredes extiterunt ei, a quo fuerat fideicommissum relictum: & consequenter, si lex Falcidia interveniat in posteriori testamento, eum dodrantem non imputabunt in Falcidiam, *l.4. ad l. Falc.* Quia in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ jure hereditario capiuntur, *l. in quartam, ad l. Falcid. l. filium quem, C. fam. ercisc.* Et ut debitor inutiliter creditori legat id, quod debet, titulo legati scil. ita & titulo hereditatis. Denique eum do-
C drantem capient titulo fideicommissi ex primo testamento, non titulo hereditatis ex posteriori testamento. Et alius est sensus horum verborum, nempe hic: eos duos heredes, quasi electos ab herede primo per institutionem, secundum modum institutionis dodrantem ejus fundi inter se dividere pro hereditariis portionibus, non pro virilibus, quia ut proposuimus in princ. non fuerunt heredes scripti ex æquis partibus, sed ex disparibus: non ergo divident fundi extraneo legati dodrantem inter se ex æquis partibus, sed ex disparibus, prout heredes instituti sunt. Quadrantem autem fundi extraneo legati contra voluntatem defuncti, omnes, hoc est, heredes & non heredes, ejusdem familiæ & gentis inter se divident pro virilibus portionibus; quia, ut dixi, primo testamento prior testator intelligitur omnes vocasse in viriles
D portiones, vel in capita. Ambiguitas orationis solvitur discrimine veri & falsi, quæ videbatur inesse illis verbis, *pro his quidem portionibus, quas jure hereditario retinent.* Sensum, ex quo efficitur falsum, rejiciamus: sensum ex quo efficitur verum, amplectamur, quæ est certa regula ambiguitatum dirimendarum: ut si dicam hoc modo: *constat filium in potestate habere patrem*, utrum dicam explicare facillimum est. Nam vel hoc dico, patrem esse in potestate filii, quod est falsum, vel filium esse in potestate patris, quod est verum. Et hoc est, quod diximus, ambiguitatem solvi discrimine veri & falsi. Illud non est omittendum, ut & in specie *h. §. si duos*, & in specie *§. sed si uni*, ponendum esse necessario fundum vel partem fundi, de quo quæritur, extraneo fuisse legatum ab heredibus, vel herede heredis primo testamento scripti,
E nec fuisse traditum extero: unde quæritur, *quid sit dicendum, si heres heredis fundum vel partem fundi extero legatum tradiderit antequam ceteri agerent ex causa fideicommissi?* Sane hoc casu ceteris, qui sunt ejusdem gentis & familiæ, non tantum in heredem, sed etiam in extraneum possessorem, est fideicommissi persecutio, & in rem missio, aut in rem actio, *l.1. l.ult. C. comm. de leg. Nov.* 39. Et est fideicommissi persecutio ceteris solummodo, non etiam heredi, quia tradidit, licet sit ex eadem familia: quia fideicommissi tantum compensationem habet pro portione virili, non petitionem: non dabitur etiam heredi condictio certi vel incerti adversus exterum, cui tradidit ratione omissa retentionis, ratione non retentæ partis virilis, quasi plus debito tradiderit: quia scil. retentio-

nem

nem tantum habuit adversus ceteros, qui sunt ex eadem familia pro portione virili, non adversus extraneum legatarium. Hæc habent rationem suam: sed sequitur ex eo magnum incommodum: nam ita fit, ut deterior sit conditio legatarii extranei traditione ei facta, quam traditione nondum facta: nam si nondum tradiderit heres heredis fundum extero, vel partem fundi, ab eo consequetur æstimationem rei legatæ, si testator sciens legaverit: vel si ignorans, partem virilem, quam heres sibi detraxit. Igitur ne hoc eveniat, æquissimum est, legatario subveniri adversus heredem, a quo ei legatum relictum est, perinde atque si nihil accepisset, quandoquidem id, quod accepit, abstulere ceteri, qui erant ex eadem familia. Et æquissima videtur esse sententia Accurs. ut si ab extraneo possessore, cui jam traditus est fundus, ceteri vindicent fundum, ille se defendat adversus eos ex persona heredis, a quo accepit: potest uti defensione ex persona heredis, qui adversus heredem regressum habet. Reputabit ergo ceteris, quod & reputasset ipse, a quo legatum accepit. Et hæc sufficient ad hunc §. Valde notandum, quod diximus in extremo ultimæ recitationis. Duobus ex familia prioris testatoris ab herede heredibus constitutis, vel uno ex familia instituto, fundo, de quo agitur, extraneo legato & tradito, si ab extraneo fundum vindicent, ceteri qui sunt ex eadem familia, eum possessorem extraneum posse compensare viriles portiones, aut virilem portionem, quam heres heredis, qui fundum tradidit, compensaret, si cum ipso ageretur, & eundem extraneum in residui æstimationem cum herede heredis experiri posse, si sciens prior heres fundum familiæ deberi, eum extraneo legaverit: alioqui, quod est iniquum deterior erit conditio legatarii post traditionem fundi, quam fuerit ante traditionem: nam ante traditionem vel agens consequeretur totius fundi æstimationem, si sciens prior heres ei legasset, vel portionem obtingentem heredi, si ignorans legasset prior heres, *ut in §. si rem, in h. l.* Hæc sunt subtilia magis, quam difficilia.

Ad §. Sed etsi fundum 5.

Sed etsi fundum heres uni ex familia reliquerit, ejusque fidei commiserit, ut eum extero restituat, quæsitum est, an hoc fideicommissum peti possit? dixit, ita demum peti posse, si fundi pretium efficiat. Sed si quidem ille prior testator ita fideicommissum reliquisset, rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas, rem in expedito fore. Quod si talia verba fuissent, peto, ne fundus de familia exeat, heredis heredem propter sequens fideicommissum, quod in exterum collatum est, oneratum intelligi, petituris deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum, post mortem videlicet ejus, qui primo electus est.

§. 6. Et ideo, si electo uno fideicommissum in exterum non conferatur, non alias ei, qui electus est fideicommissum præstandum erit, quam interpositis cautionibus, fundum cum morietur, si non ex familia cum effectu relinqueretur, restitui.

Quæ hactenus dicta sunt de fideicommisso fundi uni ex familia relicto, omnia locum etiam habent in fideicommisso ita relicto; *peto ut fundus ille ex familia mea exeat.* Itaque quo ad ea, quæ hactenus diximus attinet, nihil interest, dixerit testator, *peto ut fundum uni ex familia relinquas, aut peto, ne fundus ille exeat de familia mea.* Sed ex hoc §. *sed etsi fundum*, intelligemus in aliis causis esse differentiam inter hoc & illud genus fideicommissi, & duæ sunt præcipuæ differentiæ. Fundo relicto uni ex familia & tradito ab eo, qui fundum accepit, fundus potest transferri in extraneum, nec perpetuo remanere debet in familia: fideicommisso autem relicto familiæ, vel herede rogato, ne fundus exeat de familia, ab eo, qui prius accepit fundum ab herede, non debet fundus in extraneum transferri, sed reservari debet, & relinqui aliis, qui sunt ex eadem familia. Qua de causa is, cui priore loco heres fundum tradidit, cavere debet heredi, *se eum fundum; cum morietur, familiæ relicturum, vel heredi redditurum*: quandoquidem ceteris competit fideicommissi petitio adversus heredem, fundo quandoque in extraneum collato, *l. peto, §. ult. supra*, & ob id heredi caveat de indemnitate: denique heres rogatus, ne fundus exeat de familia, eliget unum ex familia, cui fundum relinquat exacta cautione, *fundum extra familiam alienatum non iri, aut sibi restitui*, propterea quod fundo alienato extra familiam, ipse heres obligatur ceteris, qui sunt ex eadem familia, quamdiu ea permanebit. Est igitur sane, cur heredi caveatur de indemnitate. Cautionis formulam totam Papinianus exposuit hoc loco, *fundum cum morietur, &c. fundum quem tibi trado, cum morieris, si non in familia cum effectu relinqueretur, mihi restitui, cum effectu*, id est, non verbo tenus, *re non verbo*. Hæc sunt opposita *l. 1. §. ult. quod quisque juris in al.* Posset spe relinquere in familia, relinquere in familia verbo, non effectu ipso. Quid enim si reliquerit uni ex familia, & jusserit eum extraneo solvere æstimationem fundi? Sane hoc casu verbo tantum tenus fundum reliquit in familia, non cum effectu. Igitur cautioni recte inserit ea verba Papinian. *cum effectu*. Est etiam alia differentia inter hoc & illud genus fideicommissi. Si heres rogatus sit uni ex familia fundum restituere, & in suo testamento uni ex familia sua eundem fundum legaverit, inutile est legatum, ut didicimus *in princ. hujus l.* quia debitor id, quod debet ex primo testamento creditori legasse videtur. Et consequenter ab eo fideicommissum relinqui non potest; ab eo, cui legavi inutiliter, & fideicommissum relinquo inutiliter, *l. 7. §. ultim. tit. seq.* Frustra igitur eum rogabo, ut fundum extraneo restituat, quamquam ipse sua sponte eum possit alienare extraneo. Unus tantum casus est, quo ab eo fideicommissum relinquitur utiliter, puta, si præter fundum eidem testamento legaverit, quantum fundi pretium efficiat. Hoc casu jure rogabitur fundum extero restituere, non quod fundus ei sit legatus, sed quia præter fundum aliquid amplius, quam efficit verum pretium fundi. Ergo agnito legato compellitur subire onus fideicommissi, id est, fundum extero restituere. Neque ob eam causam heres heredis quicquam oneratur. Et hæc quidem ita, si heres rogatus sit, uni ex familia fundum restituere. Quid fiet altero casu, si testator ab herede petierit, ne fundus de familia exiret? Hoc casu res procedit longe aliter: Nam si heres elegerit unum ex familia, eumque ita rogaverit, fundum extraneo restituere, puta amplioribus legatis relictis, hoc casu heres heredis ab eo, qui electus est non exiget cautionem illam, de qua diximus supra, *fundum in familia relictum iri, vel sibi restitutum iri*, ne scil. faciat contra voluntatem sui testatoris, qui fundum in extraneum transire voluit: heredis est tueri voluntatem defuncti, non infringere: atque ideo non exigit sibi caveri de ea non infringenda: & tantum eo, qui primus electus est, mortuo, adversus heredem heredis, cui cautum non est, sequentibus qui sunt ex eadem familia, dabitur persecutio fideicommissi: denique adversus heredem heredis, ceteris erit persecutio fideicommissi, neque tamen ei erit exactio cautionis adversus eum, qui primus electus est: illa cautio exigitur ab eo, qui fundum extraneo restituere rogatus non est, non ab eo qui rogatus est. Esset enim absurdum heredem a legatario exigere cautionem de fide non exhibenda testatori suo, a quo heres scriptus est. Itaque hoc casu valde oneratur heres, propter sequens fideicommissum, quia remedio cautionis non potest sibi prospicere. Priore casu propter sequens fideicommissum nil oneratur heres heredis. Et ita posteriorem partem hujus legis interpretatur recte Azo in verbis hujus §. Accurs. male legit, *propterea* pro *præterea*. Item in Pandectis Florent: perperam deest versus in hoc §. Et sane est frequens hoc in Pand. Flor. Igitur sic legamus, *sed etsi fundum, &c.* Dixi ita demum peti posse, si præterea tantum eidem relictum esset, quod

fundi

fundi pretium efficiat. Circa priorem partem dubitat Accurs. non abs re, cur heres rogatus uni ex familia fundum restituere, si unum ex familia heredem instituerit, ejusque fidei commiserit, fundum extraneo restituere, heres heredis familiæ teneatur? ut in §. *sed etsi uni*. Et tamen ut ostenditur *in hoc* §. *sed etsi fundum*, si heres rogatus uni ex familia fundum restituere, eum fundum uni ex familia legaverit, & alia quædam, quæ fundi pretium efficiant, & ejus fidei commiserit extraneo fundum restituere, heres heredis familiæ non tenetur. Et ratio differentiæ breviter apertissima hæc est: herede instituto uno ex familia, & fundo extraneo relicto a primo herede, scil. ceteri, qui sunt ex familia, conditione non deficiuntur, quinimo extitisse videtur conditio fideicommissi, quia unus ex familia electus non est, quia nemini ex familia fundus relictus est: nec enim videtur relictus heredi instituto, cum sit relictus in legatis, non in hereditate: & relictus, quod magis est, per vindicationem, aut etiam ita, ut paululum consisteret in persona heredis instituti, & quasi nihilum temporis. Legata autem sunt separata ab hereditate. At fundo ab herede relicto uni ex familia, etiamsi eum jure rogaverit fundum extraneo restituere amplioribus legatis relictis: ceteri, qui sunt ex familia conditione deficiuntur: fideicommisso excluduntur penitus, quia verum est uni ex familia fundum fuisse relictum titulo legati, qui propter ampliora ea legata, non inutiliter fuit rogatus eundem fundum extraneo restituere: sequitur §. *rogo hic*. Sed antequam ulterius progrediamur, res ipsa postulat, ut diligentius exponamus id ipsum, quod ex §. *sed etsi fundum*, discrimen constituimus inter hoc genus fideicommissi, *peto uni ex familia, cui voles fundum relinquas cum morieris*, & illud, *peto ne fundus de familia mea exeat*. Communia quidem hæc sunt inter hæc duo genera fideicommissi. Primum quod heredis est electio, cui velit fundum relinquere ex ea familia, & ea quidem ambulatoria usque ad supremum vitæ exitum. Deinde quod ei quidem, quem elegerit heres, frustra testamento suo legat eundem fundum, tum etiam, quod ab eo, quem elegerit, frustra alteri fideicommissum relinquit, præterquam uno casu, si ampliora legata ei legaverit. Ac postremo, quod non unum tantum heres eligere possit, sed & duos, vel plures, vel omnibus relinquere eum fundum, & quod fundo nemini ex familia relicto, omnibus, qui sunt ejus familiæ fideicommissi petitio competit. Quæ omnia demonstrata sunt in superioribus §§. & sunt communia utriusque fideicommissi, sive dixerit, *peto ut uni ex familia relinquas cui volueris cum morieris*, sive dixerit, *peto ne fundus de familia exeat*, hæc, inquam, sunt communia. Differentiæ autem hæ sunt, quæ ponuntur in §. *sed etsi fundum*, satis obscuræ, ut rursus eas explanari sit operæ pretium: fideicommissum relictum uni ex familia incerto, si heres unum ex familia elegerit, & in voluntate perseveraverit usque ad mortem, vel si uni ex familia fundum legaverit, quod legatum nihil aliud est, quam electio suprema, nec jure proprio legati censetur, vel si unum ex familia sibi heredem instituerit fundo extraneo, non relicto: is quicumque ex familia fuerit, ad quem fundus pervenit, eum fundum alienare extra familiam, & extraneo dare vel relinquere potest, quia testator noluit, ut is fundus curreret per omnem familiam, seu per omnem agnationem: imo vero & uno illo casu, de quo ante dixi, heres rogatus uni ex familia fundi restituere, ab eo quem elegerit eundem fundum extraneo per fideicommissum relinquere potest, puta, si ei, quem elegit, aliquid amplius legaverit, quam fundi pretium efficiat, neque ob istud fideicommissum quicquam onerabitur heres heredis. At fideicommisso relicto familiæ, vel herede rogato, ne fundus de familia exeat, is, quem elegerit, non debet fundum in extraneum trasferre, sed conservare eidem familiæ: imo ea de re cavere heredi heredis debet, se eum fundum non collaturum in extraneum. Alioquin heres heredis onerabitur, cui scil. cautum non est de indemnitate, si electo fundum præstiterit, & is eum in extraneum contulerit, propterea quod post mortem electi, cui fundum præstiterit, ceteris, qui sunt ex ea familia, heres heredis tenebitur ex causa fideicommissi primo testamento relicti. Atque ita duplici præstatione fundi, hoc est, fundi & æstimationis præstatione onerabitur, quod non est verisimile testatorem onerare priorem heredem voluisse, *l. Titia*, §. *qui invita l. Mævius, hoc tit. de leg. 2. l. qui dotem, de dote præleg.* Ergo ne oneretur duplici præstatione heres heredis, juste desiderabit sibi caveri ab eo, qui electus est, cuique ipse fundum restituit, se eum fundum in familia relicturum. Et hoc ita sicut posui, si prior heres ab eo, quem elegit fundum extraneo per fideicommissum non reliquerit, sed ipse, qui electus est, accepto fundo eum in extraneum contulerit, vel conferre velit: nam ne conferat in extraneum in onus, sive perniciem heredis, obstringendus est cautione illa. At si prior heres ab eo, quem elegit, fundum extraneo per fideicommissum reliquerit, quo scil. casu relinquere potest, puta amplioribus legatis eidem relictis, tunc sane heres heredis omnino onerabitur, nec ulla erit ratio expediendi se onere isto, videlicet, si is, qui electus est, cuique heres heredis fundum præstiterit, eum ex caussa fideicommissi, ut debuit, extraneo restituerit. Nam de fundo non restituendo extraneo, ut jussit prior heres, aut si restituatur, de reddenda æstimatione, heredis heres ab eo cautionem exigere non poterit contra voluntatem testatoris sui, *hoc est*, prioris heredis, cui ipse heres extitit, & qui fundum in extraneum transire voluit. Esset enim absurdum, si heres impugnaret voluntatem defuncti, vel ut dicam explicatius, si heres a legatario exigerat cautionem, de non exhibenda fide testatori suo, quam ipse debet, si præstaret quidem ipse fidem testatori suo, sed nollet præstari ab aliis, vel satis ageret, *id est*, satageret ne præstaretur, & hac ratione, non potuit exigere cautionem superiorem, atque ita sibi prospicere de indemnitate, & nihilominus ceteris, qui sunt ex familia, tenebitur ex causa fideicommissi primo testamento relicti, quia fundus non permansit in familia. Atque ita hoc posteriore casu omnino oneratur heres heredis, propterea quod remedio cautionis indemnitati suæ consulere non potest: atque ita videtur prior heres omnino eum onerare voluisse, quando ab eo, quem elegit nominatim fideicommissum illud extero reliquit. Et hæc est sententia §. *sed etsi fundum*: verum opus est, ut huic rei clarissimum lumen adhibeatur: ait, *propter sequens fideicommissum*, quod sc. prior heres reliquit extero ab eo, quem elegerat ex familia: ait *heredis heredem oneratum intelligi*. Ergo, ut subjicit, ceteris tenetur ex causa posterioris fideicommissi is, qui electus est, a quo heres heredis cautione exacta sibi prospicere non potuit. Denique heres heredis propter sequens fideicommissum, ita oneratus est, ut nec exonerari possit, quia deficit remedium cautionis, nec suppetit aliud. Deinde ait, *si electo uno fideicommissum in exterum non conferatur*. Sensus hic est: si prior heres ab eo, quem elegit ex familia fundum extero per fideicommissum non reliquerit, non oneratur heres heredis, si modo sibi prospexerit cautione, quoniam hoc casu si exigat ab eo, qui electus est, nihil contra voluntatem testatoris sui facit, qui extero ab electo fideicommissum non reliquit. Ergo heres heredis prospiciat sibi cautione, & non onerabitur, *hoc est*, indemnis servabitur ab eo, qui electus est, cuique fundum præstitit, nec etiam alias ei, qui electus est, fundum præstabit, quam si caverit fundum in familia relictum iri, vel si non relinquatur, restitutum iri, aut æstimationem: sive quanti ea res est: hac cautione interposita, si is, qui electus est, fundum transtulit in extraneum, heres tenebitur ceteris petentibus fideicommissum ex primo testamento, sed indemnis servabitur beneficio cautionis interpositæ, quæ ei parat actionem ex stipulatu adversus electum, cui fundum præstitit.

Ad

Ad §. Rogo. 7.

Rogo fundum, cum morieris, restituas ex libertis cui voles, quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit quamdiu præferri alius potest defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes. Itaque eveniet, ut quod uni datum est, vivis pluribus unus petere non possit sed omnes petant, quod non omnibus datum est, & ita demum petere possit unus; si solus moriente eo superfuit.

FAcilior est species §. *rogo*. In summa hoc vult, ut quæ dicta sunt de fideicommisso relicto uni ex familia, *cum morietur heres*, eadem obtineant in fideicommisso relicto uni ex libertis, hoc modo: *rogo fundum, cum morieris, restituas uni ex libertis, cui voles*. Quid enim refert relinquere uni ex familia an uni ex libertis, vel ex cognatis, vel ex fratribus? Igitur his omnibus casibus heredi est electio perpetua, electio ambulatoria, atque adeo incerta usque ad supremum vitæ exitum. Hæc enim verba, *cum morieris*, hanc ei licentiam variandi dant. Ex sententia autem defuncti, quamvis uni figura verborum fideicommissum datum sit, heres potest, non tantum unum eligere, quod habuimus in superiore §. sed etiam duos, vel plures, vel omnibus relinquere potest fundum. Item nemine electo omnes liberti veniunt ad fideicommissum fundi, §. *sed si uni*, & *l.* 17. §. *ult. de legat.* 1. Atque ita, quod datum est uni, non omnibus, figura verborum; sc. omnes liberti petent, si heres omnibus reliquerit, vel si nemini reliquerit, & petent ab herede heredis. Nam hæc verba, *cum morieris*, etiam tempus, quod erit post mortem heredis, complectuntur in fideicommissis, atque ita nihil refert dixero, cum morieris, an cum mortem objeris, *l. fideicommissi*, §. *si filio*, *de leg.* 3. Et consequenter, quod uni datum est, unus non petet, si heres mortem objerit, vivis pluribus libertis, & nemine electo. Nam omnes admittuntur pro virilibus portionibus, & ita demum unus tantum admittetur, si solus superfuerit moriente herede, priusquam eligeret. Denique si moriente herede nemine electo plures liberti fuerint, facient inter se partes viriles, hoc est, fundum partientur in partes viriles, §. *si duo*, *sup. l. eum pater*, §. *hereditatem*, *de leg.* 2. Si superfuerit unus tantum ex libertis; is solidum fundum capiet. Hæc est sententia §. *rogo*. Sed repetamus, quod diximus ultimo loco: si unus tantum ex libertis superfuerit, moriente herede solidum fundum capiet, non concurrentibus aliis collibertis. Obstat vehementer huic dicto *l. pater* §. *filium de leg.* 3. Species hæc est: filiam heredem scripsi, & ita dixi: *veto domum illam de nomine meo exire, sed ad vernas eos, quos testamento nominavi, pertinere volo*: legavi vernis domum per fideicommissum, hoc est, per verbum volo, ut in *l. species*, *de auro & arg. leg.* non legavit servis vernis, quia inutile esset legatum; sed libertis vernis: nam ut servorum alii sunt vernæ, hoc est, domi nati, *ut Martiali Apri vernæ* in vivariis nostris nati: *lupi vernæ*, in piscinis nostris nati: alii sunt servi pecunia comparati, alii hereditate relicti: ita liberti vernæ, qui servi vernæ fuerunt, & in antiqua inscriptione, *Libertus Acteus Tyrannus verna, scriba librarius Tyranni*, & in alia: *Cajus Julius Fortunatus Augusti libertus verna*. Vetat ergo testator fundum exire de nomine suo, sed ad libertos suos pertinere, quia scil. liberti sunt de nomine patroni. Lact. *de vera sap.* *Servus*, inquit, *liberatus patroni nomen accipit*: & Tertull. alibi, *manumissus*, inquit, *patroni nomine ac tribu mensa honoratur*. Voluit igitur is testator post mortem familiæ fundum pertinere ad libertos suos vernas, quos eodem testamento fecerat libertos, vel ut loquuntur nostri auctores, quos libertos perduxerat. Finge: familiæ supervixisse unum libertum tantum vernam. Quæritur, *an ad eum tota domus pertineat?* Scævola respondet in eo §. virilem tantum portionem ad eum pertinere, quod non parum pugnat cum hoc §. Accurs. adfert duas aut tres solutiones, novam excogitavit Alciatus in *l. virilis*, *de verb. sig.* Has omnes refellamus, & perspicuam vere afferemus. Intelleximus ex §. *rogo*, herede rogato uni ex libertis, cui volet fundum restituere, *cum moreretur*, & moriente nemine electo, superstitibus pluribus libertis, omnes ad fideicommissum admitti, atque ita evenit, ut fundum uni datum, non omnibus, omnes percipiant, non unus, eumque inter se dividant pro virilibus portionibus. Et ut ita demum unus fundum petat & percipiat, si is solus heredi supervixerit. Et hæc sunt verba ejus §. *rogo*. Itaque si unus tantum ex libertis heredi superfuerit, aut supervixerit, ad eum totum fideicommissum pertinet. Et quin hoc Papin. sentiat in hoc §. nemo negat. Sed objicitur *l. pater* §. *filiam*, *tit. seq.* ubi ut constat ex specie, ad unum ex libertis, qui solus supervixit heredi. Scævola respondet, virilem duntaxat partem fideicommissi pertinere, non ergo totum fideicommissum: Exspectas solutionem? dicam quam sentio veram, non eadem est species, §. *filiam*, & *hujus* §. *rogo*. In hoc §. proponitur testator prædium per fideicommissum legasse uni ex libertis, in §. *filiam* ponitur testator prædium sive ædificium, aut domum per fideicommissum legasse libertis, non uni ex libertis, sed libertis vernis: & adjecisse, quia hoc testamento nominavi, scil. dando libertatem, quia ex l. Fusia Caninia erat danda nominatim, hoc est, servorum propriis nominibus expressis, §. *libertas*, *Instit. de leg.* Quos ergo in hoc testamento nominavi, hoc est, quos in hoc testamento manumisi, *l. pen.* §. *Lucius*, *hoc t.* Nam & qui manumisit, necessario nominavit: denique, qui fideicommissum reliquit libertis, quos testamento nominavisset, plane retulit se ad nomina vernarum testamento expressa, atque ita videtur omnibus nominatim legasse, id est, omnibus propriis nominibus expressis, quandoque retulit se ad nominationem testamento factam. Proinde ædificium vernis legavit, nominibus propriis expressis: nominum nuncupatio partes viriles facit ab initio, maxime in fideicommissis, ut inferius demonstrabitur: & ideo singulis ab initio quasi divisim partes adscriptæ fuisse videntur, & consequenter inter eos non est jus accrescendi. Nam hoc est ratum & certum, inter eos, qui partes habent ab initio, vel qui habere intelliguntur, nihil refert *l. si duobus*, §. 1. *de legat.* 1. inter eos, inquam, non est jus accrescendi, sed inter eos tantum, qui initio solidum habent singuli, & concursu partes faciunt, *l.* 3. *de usufruc. accresc.* Proponitur in *d.* §. *filiam*, prædium fuisse relictum libertis vernis his verbis, *dari volo*: ergo peto fideicommissum. Et appellatur etiam fideicommissum in eo §. Porro, quo jure est legatum per damnationem, eodem jure est fideicommissum: quæ per damnationem possunt legari, & per fideicommissum, ut definit Ulp. in *Inst. de fideicom.* Res aliena per damnationem potest legari, non per vindicationem: ergo potest etiam legari per fideicommissum, quod demonstrabitur in §. *seq.* Si homo generaliter legetur per damnationem, vel illud aut illud, electio est heredis. Ergo idem obtinet etiam in fideicommisso, *l. si ita relictum fuerit*, *hoc tit.* *l. qui concubinam* §. 1. *tit. seq.* Si per damnationem eadem res legetur disjunctim ac separatim duobus aut pluribus, singulis solidum debetur, uni res qui occupaverit agere, aliis pretium rei: & inter eos non est jus accrescendi, quia concursu partes non faciunt, sed unusquisque solidum percipit. Ergo idem obtinet etiam in fideicommisso, *l. un.* §. *sin autem disjunctim*, *C. de cad. toll.* illo loco, *in uno tantummodo genere legati*, id est, in legatis per damnationem, ut constat ex Inst. Ulp. Caii, & *Sentent. Pauli*, non ut Accurs. tentavit, in legatis per vindicationem. Et similiter, si conjunctim eadem res legetur duobus aut pluribus per damnationem, hoc jure, quod tractamus, quodque obtinuit ex Constitut. Justin. *de cad. toll.* singuli ab initio partes habere intelliguntur, *l.* 7. *hoc t.* Ergo idem obtinet in fideicommisso, *l. uxorem*, §. *agri*, *de leg.* 3. His consequens est, ut non sit inter eos jus accrescendi, quia ab initio partes habent, ut non concurrente uno nihil accrescat ceteris; sed deficientium portiones remaneant in hereditate: atque ideo in specie §. *filiam*, inter libertos,

quibus una oratione prædium reliquit per fideicommiſſum, quod intelligitur præterea reliquiſſe propriis eorum nominibus expreſſis, quando ad ea ſe retulit oratio patroni: inter eos, inquam, libertos non eſſe jus accreſcendi, niſi (quod non adjecit) adjeciſſet, donec ad unum perveniat, hoc modo, prædium ad libertos meos vernas pervenire volo, donec ad unum perveniat, ut in *l.pen.* §. *Lucius*, *h.t.* Quo caſu ſane ex verbis teſtatoris, quæ ſunt judicia certiſſimæ voluntatis, etiam in fideicommiſſo induceretur jus accreſcendi, *l. codicill. de uſu & uſufr.leg.* Ceteroquin non adjecit eam clauſulam teſtator in eo §. *filiam.* Unde ſequitur, inter eos libertos fideicommiſſarios, non eſſe jus accreſcendi, & eos, qui partes non ferunt, qui non concurrunt, qui ante heredem moriuntur, facere partem ei, qui heredi ſupervivat, id eſt, nihil refert dicas, inter aliquos non eſſe jus accreſcendi, aut partem non auferentem, partem facere alii, vel aliis: utriuſque ſermonis idem eſt ſenſus, idem effectus. Unde in ea ſpecie, ſi moriente herede unus tantum ex libertis ſuperſit, prædii pars tantum virilis ei debebitur, quia inter fideicommiſſarios maxime nominibus propriis expreſſis, non eſt jus accreſcendi: quia teſtator videtur ſingulis adſcripſiſſe partes ab initio, & ideo noluiſſe, ut ultra portionem ſuam quiſque quicquam amplius ferret: denique poterit heres moriens, ceterorum, qui præmortui ſunt, portiones tranſmittere in exteros, quia libertorum tantum gratia, in ea ſpecie, quam heri expoſui, voluerat teſtator prædium exire de ſuo nomine, non univerſæ familiæ ſuæ gratia: deficientibus ergo portionibus quorundam libertorum, quia non poſſunt accreſcere ſuperſtiti, heres eas jure tranſmittet in extraneum, ſive conferet. Et ita ratio ejus §. explicanda eſt ſecundum jus antiquum, ut innumeri in hoc tractatu, aut nunquam intelligentur, aut ſumere debent interpretationem ex jure antiquo. Hodie ex Conſtit. Juſt. in ſpecie §. *filiam.* libertus ſuperſtes peteret totum fideicommiſſum, ut in ſpecie §. *rogo*, quia hodie inter collegatarios & fideicommiſſarios, quocumque genere legatum relictum ſit, & non habita differentia inter legatum & fideicommiſſum, inter eos eſt jus accreſcendi, & non concurrente uno, accreſcit aliis: non concurrentibus aliis adcreſcit uni: denique non ab initio partes habere videntur, ſed facere concurſu, ubi non eſt concurſus, deficientium portiones adcreſcere ceteris. Nunc videamus, quid reſpondeat, aut quemadmodum interpretatus fuerit Accurſius, & Alciat. *d.* §. *filiam.* Accurſ. primum, quo loco lex ait, *defuncta herede & legatariis vernis*, mavult legere, *defuncta herede ad legatarios vernas, an ad unum legatarios, &c.* id eſt, fideicommiſſarios, ut legatum ſæpe ſignificat fideicommiſſum, ſed non contra: mavult autem ita legere, ut ponat heredi ſupervixiſſe omnes libertos, & quod lex ait, *ad unum, qui ſupereſt, virilem portionem pertinere*; Ipſe ſic interpretatur, ad omnes, qui ſuperſunt viriles portiones pertinere, non totum ad unum libertum, id eſt, ad alium libertum, non vernam. Hæc eſt prima ſolutio Accurſ. Sed neque illa ſcriptura, *ad legatarios vernas*, auctorem ullum habet, nec interpretatio illa *ad eum*, id eſt, *ad eos*, ullam uſquam approbationem habitura eſt. Præterea quod urget omnino hac ratione fit, videl. ſi ſic interpretetur, ut quæratur in illo §. an fideicommiſſum, quod eſt relictum vernis, non pertineat ad vernas, ſed ad unum non vernam: hac de re nemo niſi ſtultus, quæſiverit, eſſet ſtulta quæſtio, & ipſe etiam Accurſ. tranſit ad aliam ſolutionem. Et aliter, *virilem portionem* interpretatur totum fideicommiſſum. Quid non audet? confundit ea, quæ Juriſconſultus facit adverſa. Quærit enim, *an totum fideicommiſſum ad libertum ſuperſtitem pertineat?* Quod ſi totum pertinere putaſſet Scævola, ſtatim ſuo more reſpondiſſet, pertinere. Cum vero non ita ſimpliciter ſcripſerit, ſed virilem pertinere, qui quæſierat, an totum pertineret, proculdubio ſignificat, totum non pertinere. Et abutitur etiam Accurſ. in ea re *l.virilis, de verb.ſignif.*

A quod dicat virilis partis appellatione, interdum totam hereditatem contineri. Ergo fretus illa lege, licebit cuilibet deinceps exemplo Accurſii partem interpretari totum: licebit paſſim illa lege uti pro arbitrio ſuo ac libito, quod exemplum eſt vitioſum. Et ſane illa *l.virilis* pertinet tantum ad l. Papiam, ut inſcriptio indicat. Et interdum ait, id accidere, interdum contineri aſſem ex ſententia ſc. legum, quoniam æquitas poſtulat incidente aliquo caſu, augeri ſignificationem verborum. Juriſconſulti eſt augere ſignificationem verborum pro loco & tempore, ac circumſtantiis ceteris, ut in illa lege Papia ſi libertus filiis reliquerit, patrono debetur virilis portio, *l.poſtea de ſucc. lib.* An etiam ſi filii repudiaverint hereditatem liberti, non habebit, niſi virilem portionem? imo totam hereditatem, *l.inteſtato, de ſuis & legit.* B Nam mens legis non fuit alia, quam ut virilem tantum parte haberet patronus, ſi liberto filii heredes exiſterent cum effectu. Ergo eo caſu virilis partis appellationem, in *l.Papin.* producemus etiam ad aſſem, ſed ne abutamur paſſim: imo vero nunquam ſine auctoritate veterum. Alciat. in *d.l.* virilis, aliter explicavit *d.*§. *filiam*: qui multa innovare viſus eſt, ſed pleraque incallide & infeliciter. Ponit filiæ ſupervixiſſe omnes libertos, quod primum etiam Accurſ. poſuerat, atque ita diem fideicommiſſi ceſſiſſe in perſona omnium, quod ad tranſmiſſionem proficit: mox vero defunctos fuiſſe omnes libertos relictis heredibus extraneis, excepto uno, qui ſupervixit ceteris: & quæri in §. *filiam*, portiones defunctorum, utrum pertineant ad heredes eorum extraneos, an ad ſuperſtitem collibertum? C Scævolam reſpondere, pertinere ad heredes extraneos quaſi tranſmiſſione, ſcilicet poſt diem fideicommiſſi cedentem mortuis fideicommiſſariis, & libertum ſuperſtitem partem duntaxat ſuam retinere. Sane erat cuilibet facile ita poſita ſpecie reſpondere, quia certiſſimum eſt, ubi eſt tranſmiſſioni locus, jus adcreſcendi ceſſare, heredem meum præferri ſocio meo, poſt diem legati cedentem, perinde atque ſi legati dominium adquiſiviſſem: nam etſi nondum dominium adquiſivi, tamen actionem adquiſivi. Hoc ergo tranſmitto in heredem meum. Sed etiam quo minus eam ponam ſpeciem, moveor eo, quod lex ait, *unum tantum libertum remanſiſſe, unum tantum ſupereſſe.* Igitur ſane verum eſt ſupereſſe, non tantum collibertis, ſed etiam heredi, nec recte ex ordine illorum verborum, *defuncta herede & legatariis vernis*, colligit, D priorem deceſſiſſe heredem: nam in conjunctionibus nullus eſt ordo, *l.quidam, de pecul.leg.* Ergo ut ſpeciem poſuimus initio, deceſſerunt fideicommiſſarii, id eſt ceteri liberti prius deceſſerunt, deinde heres, atque ita deceſſerunt ante diem legati cedentem, excepto uno, qui ſupereſt omnibus & heredi & collibertis, quique tamen totum fideicommiſſum non percipit, quia non fuit inter eos fideicommiſſarios jus adcreſcendi, & mortuorum libertorum portiones manſerunt in hereditate, non accreverunt ſuperſtiti.

Ad §. Si rem tuam, & ſeq.

Si rem tuam, quam exiſtimabam meam, te herede inſtituto, Titio legem, non eſt Neratii Priſci ſententiæ, nec conſtitutioni locus, qua cavetur, non cogendum præſtare legatum heredem: E *nam ſuccurſum eſt heredibus, ne cogerentur redimere, quod teſtator ſuum exiſtimans reliquit. Sunt enim magis in legandis ſuis rebus, quam alienis comparandis, & onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac ſpecie non evenit, cum dominium rei ſit apud heredem.*

§. 7. *Si omiſſa fideicommiſſi verba ſint: & cetera, quæ leguntur, cum his, quæ ſcribi debuerant, congruant: recte datum, & minus ſcriptum, exemplo inſtitutionis, legatorumque intelligetur: quam ſententiam optimus quoque Imperator noſter Severus ſecutus eſt.*

SEquitur nova quæſtio in §. *ſi rem tuam*, de legato rei alienæ, vel rei heredis propriæ, an valeat? Et fuit in ea re jure civili conſtituta differentia inter genera legatorum; nam res aliena vel res heredis per vindicationem

legari

legari non potuit hoc modo: *illam rem L.Titio do, lego*: non potuit etiam legari per præceptionem, hoc modo: *heres meus L.Titius eam rem præcipito*: nam præceptio eſt id, quod uni ex heredibus relinquitur præcipui titulo. His vero modis ea tantum res potuit legari, quæ fuiſſet teſtatoris ex jure Quiritium, utroque tempore, hoc eſt, tempore mortis & tempore faciendi teſtamenti, exceptis rebus quæ pondere, numero, & menſura continebantur. In his enim ſatis erat, vel mortis duntaxat tempore rem fuiſſe in bonis teſtatoris, quod *Ulp.* in *Inſtit.* docet, idque demonſtrat *l.Stichus ſervus, de manumiſſ. teſtam.* dum in ea re libertatem comparat legato: libertas ſervo alieno inutiliter legatur: res quoque aliena inutiliter legatur, videlicet per vindicationem, ſicut nec libertas vindicationis modo relinquitur directo. Comparat ergo libertatem legato per vindicationem non aliis legatis. Idem demonſtrat *l. 88. de verb. ſignif.* quem locum nondum obſervavit quis in eam rem. Illa lex ſignificat aperte, non valere legatum fundi alieni: non loquitur de fundo incerto, quod ad viliſſimum quid redigi poſſit: nam glebula quælibet poteſt appellari fundus, quodcumque mitti poteſt funda eſt fundus, niſi exciderit, inquit Varro, qua cava funda patet; ſed loquitur de fundo alieno, & eo quidem certo, cujus legatum aperte demonſtrat non valere, quanvis is fundus poſſit emi pecunia hereditaria, & ſatis ſit pecuniæ in hereditate; non valere igitur legatum fundi alieni relicti per vindicationem. Nam per damnationem valet res aliena, res heredis, res quæ nullo tempore teſtatoris fuit, legari poteſt per damnationem: *damnas eſto heres illam rem L.Titio dare*. Item legari poteſt ſinendi modo: *damnas eſto heres ſinere L.Titium rem illam ſumere, & ſibi habere*: quo tamen modo res tantum heredis legatur, non res aliena. Nam rem alienam heres facile ſiverit L. Titium ſumere ſi poſſit, & ſinendi modus heredi imponitur fruſtra, niſi prohibere poſſit legatarium rem ſumere, & ſibi habere. Ex quo efficitur liquido, ſinendi modo non legari rem alienam, ſed rem heredis: *damno te heres mi, ſinere rem tuam illum ſumere*: res aliena atque etiam res heredis per damnationem legari poteſt, & per fideicommiſſum: nam quodcumque per damnationem relinqui poteſt, & per fideicommiſſum poteſt. Et hæc omnia Ulp. & Caius plene demonſtrant in *Inſtit. & Paul. 4. Sententiarum tit. 1.* Et hæc quidem in hac re diſtinctio legatorum introducta eſt jure civili. Poſt S.C. Neroniano, ut eædem Inſtit. Ulpiani docent, cautum eſt, ut quocumque genere legati poſſent legari res, quæ non utroque tempore teſtatoris fuiſſent ex jure Quiritium, ſed quæ teſtatoris fuiſſent mortis tantum tempore: nam noviſſime primus Juſtinianus conſtituit; ut res quæ nullo tempore teſtatoris fuiſſent, quocumque genere legati legari poſſent. Et notandum etiam hodie, quoquomodo legata, ſive relicta re aliena, aut heredis, differentiam eſſe aliquam inter rem alienam, & rem heredis. In re aliena ita diſtinguimus: aut teſtator rem alienam legavit ſciens: quod legatarius probare debet, *l. verius, de probat.* Et hoc caſu heres debet eam rem a domino juſto pretio redimere, & legatario præſtare, *l. non dubium 14. §. ult. tit. ſeq.* Juſtum pretium eſt, quod judex fecerit *l. is qui concubinam, §. ult. tit. ſeq.* vel ſi dominus ejus rei nolit eam vendere, aut ſi injuſto & immodico pretio velit eam vendere, heres legatario debet præſtare juſtum pretium, quod judicavit judex, *§. non ſolum, Inſt. de leg.* & hoc ſi ſciens legaverit. Si ignorans legaverit tanquam ſuam, cum putaret eſſe ſuam, non alienam, hoc eſt, ſi per errorem legaverit rem alienam, heres neque redimere eam cogitur, neque æſtimationem præſtare. Igitur inutile eſt legatum, inutile fideicommiſſum: quia forſitan, ſi teſtator ſciviſſet rem eſſe alienam, eam non legaſſet. Facile legant res ſuas morituri: non ita facile legant res alienas, non ita facile emunt res alienas, vel emi volunt ab herede ſuo. Ergo in dubio magis præſumitur teſtator non legaturus fuiſſe rem alienam, ſi ſciviſſet eſſe alienam, niſi aliud ſuadeat conjectura voluntatis evidentiſſima: ut ſi rem alienam tanquam ſuam errans lega-

A verit filio, *l. cum pater, §. evictis, h.t.* vel ſi propinquo, cognato, affini, *l. cum alienam, C. de leg.* vel ſi uxori, *l. 11. in fi. de auro, & arg. leg.* vel ſi alumno: Nam in alumnos omnes educatores ſunt perinde affecti ac patres: & fere non minor affectio erga alumnum, quam erga filium, *l. in teſtamento, de fideic. libert.* His perſonis præſumitur legaturus fuiſſe rem alienam, etiamſi ſciſſet eſſe alienam. Ea propter his perſonis relictum legatum rei alienæ per errorem teſtatoris debebitur, & nihil officiet error legatario. Hoc caſu excepto, error facit inutile legatum aut fideicommiſſum, quod Papin. in hoc §. ait eſſe ex Conſtitut. nempe Conſtitutionem hoc caſu ſubvenire heredi, ne præſtet quod teſtator errans legavit, errans ſc. in proprietate rei. Et intellige eſſe Conſtitut. Divi Pii ex *§. non ſolum, Inſt. de leg.* Multa conſtituit D. Pius de legatis & fideicommiſſis:

B ut pœnæ cauſa relictum legatum non valeat, ut Capitolinus ſcribit, ut lex Falcid. habeat locum in fideicommiſſis ab inteſtato, *l. filiusf. ad leg. Falc.* ut res eidem ſæpius legata eodem teſtamento, ſemel tantum debeatur, *l. plane, §. ſed ſi municip. de leg. 1. & l. Mævius, h.t.* & hoc quod tractamus modo, ut legatum relictum per errorem, puta, ſi rem alienam tanquam ſuam legaverit teſtator, non debeatur. Et Papin. hoc loco non tantum utitur auctoritate Conſtitutionis, quam dixi eſſe D. Pii, ſed etiam ei præfert auctoritatem Neratii priſci JCti, quod ſcil. ſecundum ſententiam Neratii ita conſtituiſſet D. Pius. Sicut in *l. 7. de cond. & dem.* narratur ſententiam Neratii de cautione Muciana fuiſſe comprobatam Conſtitutione D. Pii, & aliam ſententiam Neratii de vendendis bonis ejus, qui latitat, adverſus actionem in rem, fuiſſe comprobatam

C Conſtit. Adriani, *l. Fulcinius, §. idem videtur, ex quibus cauſis in poſſeſſ.* Florere cœpit Neratius temporibus Adriani, ut *l. ult. ſi a parente quis manumiſſ.* eumque Trajanus ſibi ſucceſſorem deſtinavit, ſed Plotiæ ſuaſu adoptavit Adrianum. Optimi principes nullam Conſtit. dabant in medium ſine auctoritate & ſententia Juriſconſultorum, *l. Divi, de jure patron.* Conſt. principum ſunt ſententiæ Juriſconſultorum, vel opiniones. Et ita in *§. pen.* hujus l. Pap. ſententiam ſuam ait, ſecutum fuiſſe Severum Imper. edita Conſtitutione. Quæ legimus igitur in Codice, ex iiſdem auctor. prompta ſunt, ex quibus ea, quæ habentur in D. Et ſententia Pap. quam ſecutus eſt Severus, pertinebat ad hanc ſpeciem: Quidam fideicommiſſum reliquit oratione imperfecta, omiſit quedam verba, nec cœptum ſermonem abſolvit, puta dixit, *Titio centum dari*, nec adjecit, *volo*. Imperfecta

D eſt oratio, *an inutile fideicommiſſum?* minime: ſi modo, inquit, cetera, quæ leguntur, cum his, quæ ſcribi debuerant, congruant, in *l. cum pater, §. imperf. h.t.* ſi dicto ſcriptum congruat, hoc eſt, ſi nulla ſit ſcribiligo: nam obſervanda eſt ratio recti ſermonis, *l. Plotius, de auro & arg. leg.* Finge dixiſſe Titium, centum dari, inutile eſt legatum propter ſcribiliginem, vel dixiſſe, *Cajo dari centum volo; Titio decem*; Titio nihil debebitur, quia dicto ſcriptum non congruit, vel quia dictum ſcripto accommodari non poteſt congrue. Ergo, ſi ſalva ſit ratio recti ſermonis, ſane propter omiſſionem quorumdam verborum non erit inutile fideicommiſſum, ſed intelligetur plus dictum, minus ſcriptum, quod rem quæ agitur, non corrumpit. Superior enim eſt voluntas defuncti, quam & ſcriptura imperfecta indicat ſatis, & hoc ſe probaſſe Papin. ait, exem-

E plo inſtitutionis & legatorum: inſtitutionis, ut in *l. 1. §. ſin autem, l. quoties, §. 1. l. de hered. inſt. Titius heres*, valet teſtamentum valet inſtitutio, quaſi plus dixerit, minus ſcripſerit, & ſubintelligimus verbum eſto: vel quod eſt majus: Finge, dixiſſe eum, ſcribere ſe eum ex ſemiſſe heredem, & ſcriptus ſit ex quadrante tantum: nihilominus erit heres ex ſemiſſe, quia ſcripto potior eſt dictio teſtatoris, ubi ſcil. oſtenditur plus eum dixiſſe, quam ſcripſiſſe, *d. l. quoties, §. 1.* Exemplo legatorum, ut in *l. ſi in teſtam. de leg. 1.* Si ita dixerit, *heres meus damnas eſto Titio centum*, debetur legatum. Res ita ſervatur in inſtitutionib. & in legatis, quæ reguntur ſummo jure, & multo magis in fideicommiſſis. Et ſic idem Papin. in *l. cum avus, de cond. & demonſt.* quod eſt celebratiſſimum, vult in fideicommiſ-

sariis hereditatibus semper intelligi hanc conditionem, A si sine liberis decesserit, quod magni ingenii vir primus excogitavit, & probarunt posteri usque in hunc diem, & in hanc rem pro coronide observanda est definitio *l. cum pater §. cum imperf. h.t.* si sit imperfecta scriptura, puta, si quæ verba omissa sint legati aut fideicommissi, verbum quod præcedit, vel sequitur, ad communionem assumi. Ad communionem est, quod Grammatici vocant ἀπὸ κοινοῦ, ut si ita dixit: *Cajo dari centum volo, Sejo decem*, & nihil addiderit præterea, repetitur, *dari volo*. Ad communionem assumuntur verba, quæ præcedunt, & dum ait, *verbum, quod præcedit, aut sequitur*, significat duplam repetitionem ἀπὸ κοινοῦ: nam vel sumitur ex verbo præcedenti, vel ex sequenti, duplex ζεῦγμα est. Et hanc sententiam tandem ait Papinian. optimus Imperator Severus secutus est, imo vix ullus, ut supra dixi, prin- B ceps ullam Constit. dedit in vulgus sine jurisperito. Jurisconsultorum sunt, vel sententiæ, vel opiniones, in §. *responsa, Inst. de jure nat.* sicut etiam judicum sunt sententiæ, sunt & opiniones, *l. 6. §. 1. de interd. & rel.* Non potest præses Provinciæ sententia sua aliquem deportare in insulam, sed potest ea de re opinionem suam scribere, & mittere ad principem, sibi eum hominem deportandum videri, hoc est, non potest ea de re sententiam ferre, non prohibetur tamen edere opinionem suam. Et ita ut philosophi docent, alii sunt ἐπιστημονικοὶ λόγοι, hoc est, certæ sententiæ & irreprehensibiles, alii sunt δοξαστικοὶ λόγοι, hoc est, opiniones verisimiles, quæ etiam dicuntur πιθανοὶ λόγοι. Et cum alii Jurisconsulti scripserunt libros opinionum, Labeo scripsit libros πιθανῶν, hoc est opinionum. Sicut etiam a Diogene refertur Chrysipp. scripsisse li- C bros opinionum, non sententiarum. Verum ut redeam unde abii: intelligimus in re aliena distinguendum esse inter testatorem scientem & ignorantem: distinguendum esse, utrum testator sciens rem alienam, an ignorans legaverit: an eadem distinctione utemur in re heredis propria, quam testator legaverit? minime. Et hæc est differentia inter rem alienam, & rem heredis, quam perstrinxi ante: nam sive sciens, sive ignorans legaverit res heredis, hoc est, si etiam rem heredis legaverit errans, tanquam suam, legatum ab herede omnino præstandum erit, & quidem præstanda erit non æstimatio, sed res ipsa, si eam malit legatarius præcise, ut *l. 70. si duobus §. qui confitetur, & seq. de leg. 1. l. Titium §. 1. de auro & arg. leg.* quia legata res est, non æstimatio, & rei præstatio est in facili, cum ejus heres dominus sit. Quæ vero est differentia? cur D si ignorans legaverit rem alienam tanquam suam, non valet legatum? Cur error testatoris officit legato? quia falsa opinio fecit utique, ut legaret, quod non esset legaturus. Nam facilius legat quis rem suam, quam alienam emit ipse, vel emi vult ab herede suo: *faciliores*, inquit, *sunt voluntates in rebus suis legandis quam alienis comparandis, & onerandis heredibus ademptionem rei*. Onus est heredi emere rem, quia curare debet, ut rem redimat, quia res legata est, non pretium. Cur autem, si rem heredis legaverit tanquam suam, error non officit legato? quia facilius quisque legat rem heredis, quam rem alienam, cum & facilior præstatio heredi sit rei suæ, quam rei alienæ: denique facilius quis legat, quod jam habet ipse, vel heres suus, quam quod e longinquo petendum est. Ergo sententia Neratii, & Constit. D. Pii, ut Papin. ait, quæ in- E duxit illam distinctionem inter scientem & ignorantem, pertinet tantum ad rem alienam, non ad rem heredis.

Ad §. ult.

Item Marcus Imperator rescripsit verba, quibus testator ita caverat: non dubitare se quodcumque uxor ejus cepisset, liberis suis redderituram, pro fideicommisso accipienda. Quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scil. honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumpserat. Et ideo princeps providentissimus, & juris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.

Diximus, non esse inutile fideicommissum rei alienæ, vel rei heredis propriæ: fideicommissum rei alienæ, si sciens legaverit, non si ignorans: fideicommissum autem rei heredis, etiamsi ignorans legaverit. Cui volumus addi etiam fideicommissariam libertatem: Nam & hanc si quis reliquerit servo alieno, tanquam suo per errorem, heres eum redimere debet, & manumittere: vel si dominus nolit eum vendere, si quando is servus ad heredem pervenerit, eum debet manumittere, *l. Paulus, de fideicommiss. libert.* Ergo ut fideicommissum heredis valet indistincte, sive sciens, sive ignorans eam rem reliquerit testator: ita & fideicommissaria libertas relicta servo alieno: nam & multa alia favorabiliter contra rigorem juris recepta sunt pro libertate. Intelligimus ex *§. pen.* non esse inutile fideicommissum, si omissa sunt verba fideicommissi: verba fideicommissi sunt multa, sed cujusque fideicommissi unum est verbum principale, quod fideicommissum facit, veluti verbum, *rogo*, aut *volo*. Et hoc si omissum sit, non vitiari fideicommissum, ut si testator dixerit, *Titio centum dari*, nec adjecerit, *volo*, atque ita omiserit verbum fideicommissi, non ideo fideicommissum minus valet, *l. verbum, C. de fideicommiss.* Nunc intelligimus ex §. ult. non esse inutile fideicommissum, etiamsi testator, qui fideicommittere voluit, non sit usus verbo proprio fideicommissi: non est quidem scriptura imperfecta, sed est adstricta, & ligata verbo suo, ceterum non proprio fideicommissi, an valet fideicommissum? Primum videamus, quæ sunt propria verba fideicommissorum, quæ precaria dicuntur, & inflexa, verba fideicommissaria, verba codicillaria, quibus adversa verba directa, civilia, imperativa, sunt verba testamentaria, id est, verba testamentorum propria, sine quibus non sunt testamenta. Verba fideicommiss. propria hæc sunt, *rogo, peto, volo, mando, fideicommitto §. ult. Inst. de sing. reb. per fid. l. 2. C. comm. de leg.* Mando etiam in tit. mandati idem est quod *rogo*, mandatum perficitur his verbis: *rogo te, ut id facias*, vel, *mando tibi, ut id facias*. Denique nihil aliud est *mando*, quam *volo*, *l. illud §. 1. de jure cod.* Hæc quoque verba fideicommissum faciunt, *deprecor, cupio, desidero, opto*. Optativa verba sunt precaria. Idemque *exigo credo te daturum, certius sum te daturum*. Et quod plus est, *injungo uti des*: injungo non est directum verbum, sed precarium, *l. etiam hoc modo, l. & eo modo, de legat. 1.* Et ut adiicit Paul. 4. *sent. tit. 1. impero*, quod fideicommissum facit, non legatum: *impero tibi des Titio centum*. Minus est imperare, quam jubere. Princeps imperat, & inde Imperatoris nomen. Dominus jubet: mitior est potestas principis, quam domini. Aliis forte auctoribus plus est impero, quam jubeo, sed nostri auctores sunt peritiores proprietatum verborum. An etiam verbum, *commendo*, est precarium? Commendo non facit fideicommissum, ut si ita caverit testator, heres *L. Titium tibi commendo*, neque videtur rogatus heres, ut ei restituat bona, neque si servus sit, videtur rogatus, ut eum manumittat. Verbum igitur, *commendo*, utile fideicommissum non facit, *l. ex verbo, C. de fideic. libert. l. quoties, C. famil. ercisc. l. 1. §. si ita quis, de leg. 3. l. Thais §. Titius, de fid. libert. l. 65. de hered. instit. & l. Titia §. ult. hoc tit.* M. Tull. 3. de fin. *ex hac animorum affectione testamenta & commendationes morientium natæ sunt*. An illo loco commendationes sunt fideicommissa? minime, fideicommissa obligant, commendationes non obligant, quod obtinet etiam in contractibus. Neque enim mandatum contrahitur hoc modo: *illud tibi commendo*. Aliud est mando, aliud commendo, *l. si vero §. cum quidam mand.* Commendatitiæ epistolæ non obligant, *l. ult. C. quod cum eo, qui in aliena est pot.* Denique verbum, *commendo*, neque facit fideicommissum, neque legatum: neque ergo est directum, neque precarium. Verba aut sunt directa, aut precaria, aut neutra: communia nulla scio. Semper autem excipio ab eo, quod constituo de verbo *commendo*, nisi aliud senserit testator: nam non tam verba faciunt fideicommissum, quam voluntates defunctorum, etiam nuda voluntas & tacita fideicommissum facit, *l. cum proponebatur, hoc tit.* etiam nutus fideicommissum facit, ut si quis moriens interrogatus, an

velit

velit Titio dari eum fundum, ſi annuat, utile eſt fideic. *l. nutu tit. ſeq.* Ergo ex voluntate defuncti, etiam quod libet verbum fideicom. facit; quia nec tam id verbum facit quam voluntas defuncti. Etiam illud vehementer obſervandum eſt, quod idem Paul. eodem lib. ſcribit, verbum *relinquo* non facere fideicommiſſum, & multo minus legatum: *illi illum fundum relinquo*, neque eſt legatum, neque fideicommiſſum: hæc nomina omnia incognita fuere. Placet valde, ut *relinquo* neque ſit directum, neque precarium, quod demonſtratur etiam *l 2.C.de his, quæ ſub mod.* Sed ſemper excipio voluntatem defuncti, quæ poterit colligi ex ſequentibus verbis, vel antecedentibus. Finge ut in *d.l.2.* teſtatorem ita dixiſſe: *illi illum fundum relinquo*, & mox eum rogaſſe, ut eum fundum reſtitueret alteri; onus fideicommiſſi, quod ei injunxit, argumentum præbet fideicommiſſi ante relicti, etiam parum apto verbo *relinquo*. Et ſic in *l. Lucius §. filiam, ad Trebell. ibi: illum fundum relinquo*, legatum eſt, ſive fideicommiſſum, quia mox ſubjecit, *quia legato contentus eſſe debet &c.* & ita plane declaravit, ſe legare velle, vel per fideicommiſſum, alioqui verbum *relinquo* ſolum fideicommiſſum non facit. Nam etiamſi dicatur, *relinquo legatum, relinquo fideicommiſſum, relinquo hereditatem*, tamen hæc non recte relinquuntur: verbo *relinquo* non recte heres ſcribitur, hoc modo; *illum heredem relinquo*. Nam licet heres dicatur inſtitui, vel ſubſtitui; tamen neque recte inſtituitur verbo, *inſtituo*, neque recte ſubſtituitur verbo *ſubſtituo*, ut Ulpian. *docet Inſtitut. tit. quemad. heres ſcribi debet*. Hæc verba, *relinquo, inſtituo, ſubſtituo*, neque ſunt directa, neque precaria, & longe errant interpretes, qui *inſtituo & ſubſtituo*, accipiunt pro directis verbis. Sunt enim neutra verba, & abutuntur *l. jam hoc jure, de vulg. ſubſt.* illo loco, *hoc communi verbo: eoſque invicem ſubſtituo*. Ex quo efficiunt verbum ſubſtituo eſſe commune, hoc eſt, modo directum, modo precarium, quod longe abeſt a ſententia Juriſconſulti: Nam commune verbum dicit in eo loco non verbum *ſubſtituo*, ſed hanc orationem, *eoſque invicem ſubſtituo*, qua perficitur ſubſtitutio reciproca, quæ eſt communis, ſi fiat impuberibus filiis, hoc eſt tam vulgaris eſt, quam pupillaris. Alias certe verbum ſubſtituo, vel inſtituo, neutrum eſt: ſed interim ex eo intelligimus, etiamſi heres inſtitutus dicatur, non recte eum inſtitui verbo *inſtituo*: vel etiamſi ſubſtitui dicatur, non recte ſubſtitui verbo *ſubſtituo*: nec mirum igitur ſi licet fideicommiſſum relinqui dicatur, non tamen relinquatur verbo *relinquo*. Nam & ſimiliter legatum dicitur relinqui verbis imperativis, id eſt, directis, nec tamen recte relinquitur verbo *impero*, quod magis eſt precarium: recte relinquitur verbo *jubeo* hoc modo per damnationem *heredem meum dare jubeo*, ſicut heres ſcribitur recte hoc modo, *illum heredem eſſe jubeo*, ut Ulpian. ſcribit *Reg. tit. 21.* Et quod in *l. Corn. §. ult. de lib. leg.* verbum *jubeo*, videtur conſtituere fideicommiſſum, hoc fit ex voluntate defuncti, qui adjecit verbum reſtitui, ſive reddi, hoc modo, *reddi illi jubeo pecuniam quam ei debeo*: fideicommiſſum eſt magis propter verbum *reddi* quam *jubeo*, quod magis directum eſt. Nam hoc verbo rectiſſime hereditas relinquitur, atque legatum ſimul hoc modo *heres eſto, vel heres ſit, vel heres erit*, ut idem Ulpian. docet. Quæ verba etiam obſervantur in exheredatione, quæ non valet, niſi concipiatur verbis directis, *veluti heres eſto, vel ſit, aut erit, vel heredem eſſe jubeo, l. filii etiam, de lib. & poſt.* Juſtinianus qui veterem differentiam horum verborum noluit tam accurate obſervari, dicit in *l. 2. C. comm. de leg.* dubitatum fuiſſe de verbo ἐνορκῶ. Non eſt ferendus illo loco Alciat. nec alii, qui cum in ea *l. Juſtin.* referat verba precaria, & verba directa, velut *jubeo*, quod numerat inter directa, verbum *rogo, peto, volo*, inter precaria, illi faciunt duo nomina, hoc modo ἐνόρκω, pro ἐνορκέω, ἐνορκῶ, ut ποιέω. ποιῶ. id eſt, *adjuro*, conteſtor & convenio te jurejurando, ut id facias ſive des. Hoc verbum non dicebant eſſe commune: non habuere juris auctores verba communia, quæ directe accipi poſſint, & inflexe, ſed alii dicebant, id eſſe directum, alii eſſe precarium, nec narrat Juſtin. quid definiat, quia nec neceſſe fuit, cum velit quocunque verbo perfici legatum & fideicommiſſum, ſicut Imp. Conſtantinus in *l. quoniam C. de teſtam.* Hæſitatum enim fuit de his verbis, *non dubito te redditurum*, ſed non multum fuit dubitatum: Nam certum eſt, his verbis parum aperte ſcribi fideicommiſſum. Hæc verba non faciunt fideicommiſſum, hæc verba neque ſunt legati, nec fideicommiſſi verba, nec ullam voluntatem certam exprimunt, niſi ſcil. ſuffragetur voluntas defuncti, quæ exceptio eſt perpetua, ut in ſpecie hujus §. *item*: quæ eſt talis. Vir uxorem heredem inſtituit ex aſſe, ſic proponenda eſt ſpecies, ut conſtat ex *l. ſeq.* & adjecit, *non dubito te bona mea liberis communibus reddituram*, qui ſcil. liberi erant impuberes: eos igitur exheredavit: alioquin inutilis eſſet inſtitutio, inutile teſtamentum, & fuit ſumma providentia teſtatoris: Nam eos non exheredavit notæ cauſa, ſive mala mente, ſed bona mente, non ut eis obeſſet, ſed ut eis conſuleret. Exheredatio non ſemper eſt nota, ſive injuria, aut damnum, ſed providentia, aut cura ſuorum, ut ſcilic. interim dum eſſent impuberes, donec perveniſſent ad juſtam ætatem, mater fideicommiſſaria, hoc eſt, quæ præſumebatur fore fideicommiſſaria, & liberorum amantiſſima, ea bona tueretur, & adminiſtraret; quæ exheredatio facta eo conſilio conſiſtit, & non parit querelam inofficioſi teſtamenti, nec excludit exheredatos bonis paternis omnino, non excludit etiam lucris nuptialibus obvenientibus liberis communibus. Nam *Novell. 22.* quæ eſt de his lucris, loquitur de exheredatis mala mente. Et ſunt hujus providentiæ teſtatorum multa exempla in jure *l. pen. de cur. fur. l. multi, de lib. & poſt. l. ſi prius, §. ſi qui non mala, & l. pen. 2. de bon. lib.* Recte igitur fuit inſtituta uxor ex aſſe. Sed quæritur, an ex illis verbis, *non dubito te liberis communibus bona reddituram*, poſſit induci fideicommiſſum? Sane quod ad verba attinet, non videtur uxori fideicommiſiſſe, ut bona reſtitueret. Sed D. Marcus inſpecta mente teſtatoris conſtituit, ea verba pro fideicommiſſo accipienda eſſe ex voluntate defuncti. D. Marcus *providentiſſimus princeps*, inquit, quia philoſophus, & *juris religioſiſſimus*, quia Juriſconſultus fuit, *l. 5. C. de repud.* Et eodem modo in Conſtit. Juſtin. quæ auſpicium facit, Juſtinianus Princeps juris religioſiſſimus. Habet autem hæc Conſtitutio D. Marci utilitatem ſummam, ne honor tranſacti matrimonii cum uxore dulciter ſine offenſa, ſine querela, & ne fides communium, liberorum quibus ſubnixum fuit matrimonium, ut *l. 1. §. ult. de lib. exhib.* ne bona ſpes, & fiducia, quam exinde accipit pater, decipiat patrem, qui melius de uxore præſumpſerat. Ergo melius eſt dicere, matrem invitam cogi reddere bona liberis communibus cum morietur, quia enixa fuit voluntas patris, quam contulit in liberos. Enixa voluntas, id eſt, quoties teſtator valde vult, fideicommiſſum eſt. Hoc eſt, quod ait in §. *ult.* Et eadem eſt utilitas, *l. Pamphilo, tit. ſeq.* Legavi liberto centum, & adjeci: *ſcio, quæ tibi relinquo ad filios meos perventura*, id eſt, poſt mortem tuam, *cum ſciam, eos tibi eſſe cariſſimos*: ſane verba fideicommiſſi ceſſant, quia non videtur ei fideicommiſiſſe, ut reſtituat centum filiis ſuis. Sed tamen, quia inhumanum eſt, decipi patrem a liberto, de quo melius ſperabat, exigente etiam & impellente caritate filiorum, ut *l. liberorum, de verb. ſign.* melius eſt, ut libertus invitus compellatur centum reſtituere, vel heres ejus filiis patroni, veluti ex cauſa fideicommiſſi, quod confirmatur eo loco, arg. hujus Conſtit. D. Marci. Sunt igitur duo caſus perſimiles. Nec obſtat quicquam his, quæ proponuntur in *§. ult. & d. l. Pamphilo*, l. ex *generali, in prin. de uſuf. leg.* Teſtator liberto legavit uſumfruct. fundi, & adjecit: *puto ſi non contenderis cum herede meo, ſed potius concordaveris, etiam proprietatem fundi te conſecuturum.* Et hoc etiam fecerit heres & curaverit, ut cum liberto non contenderet. Quæritur, *an vivente herede libertus poſſit petere proprietatem fundi ex cauſa fideicommiſſi?* Et reſpondet, non eſſe fideicommiſſum: verba illa non inducere fideicommiſſum. Reſpondeo, in hoc §. *ult.* dixit, *non dubito*, quod eſt ſcio, in *l. Pamphilo*, dixit, *ſcio* at in *d. l. generali*, dixit *puto*, quod verbum eſt opinantis. Scientia teſtatoris fideicommiſſum facit, vel quaſi fideicommiſſum

sum ex interpretatione voluntatis. Opinio fideicommissum non facit: cum dicimus: *puto*, non quasi certi dicimus ita ut sentientes, sed quasi existimantes, ut Plut. in Demonst. ait, Demosthenem dicere solitum, *νομίζω ἢ πέπεισμαι*: & *Augustinus* 1. *retractationum*, excusat se quod aliquid non confirmaverit, sed putare se dixerit, *scio & non dubito &c.* scientiam exprimit, ut *l. & eo modo de leg.*2. quomodo Philostratus scripsit Apollonium semper locutum, & nimirum verecunde usum his verbis, *τὸ οἶδα*, & *τὸ δοκεῖ μοι*, & *τὸ χρὴ εἰδέναι*: & in vitis sophistarum eosdem sophistas his verbis arroganter semper usos, *λέγω καὶ γινώσκω πάλαι*, id est, *jampridem scio*, non verecunde, puto, quod nostri auctores nunquam faciunt. Nec obstat *l. testatores*, §. 1. *tit. seq.* sic dixit testator villicis suis: *curate agros attendere*, ut scil. rustici agros colant, *& ita fiet ut filius meus filios vestros vobis condonet:* an filiis ejus videtur relicta libertas per fideicommissum? Minime: Quia hæc verba consilium dant potius, quam fideicommissum indicunt: *ut agris attendant diligenter, ita fore, ut filii eorum eis condonentur*. Consilium est, non fideicommissum. Consilium non obligat, *l. cum pater*, §. *mando*, *hoc tit.* nisi aliud suadeat conjectura voluntatis, ut in *l.*11. §. *hæc verba*, *tit. seq.* ut in obligationibus quoque, quæ sunt ex contractu, consilii nulla est obligatio, *l.*2. §.*ult. mand. l. consilii*, *de reg. jur.* non in obligationibus, quæ ex maleficiis nascuntur: nam consilium potest esse maleficium non potest esse contractus, vel legatum, vel fideicommissum. Ac postremo obstat *l. pater*, §. *ult. tit. seq.* mater prædia legavit filiis, & adjecit, ut ea conservarent successioni suæ, non abalienarent, ut ea de re invicem sibi caverent per stipulationem, & restipulationem. Quæritur; *an sit fideicommissum?* Resp. non esse, quod mirum, sed nihil est facilius: voluit testator eos obligari ex cautione, non ex fideicommisso, ut in *l. Balista*, *ad Trebell.* & ob id non est fideicommissum.

Ad L. Peto LXIX. de Leg.2.

Peto Luci Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est? peto pro parte tua Luci Titi contentus sis centum aureis: petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente, sive præcipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est, hoc probare, quam probari potuit illud: cum ibi fideicommissum petatur ab his quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si cum ex asse scripsisset heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui: quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sit centum aureis.

Fideicommissorum verba sunt preces in eum collatæ, a quo fideicommissum relinquitur. Fideicommissoris verba diriguntur ad eum, qui fideicommissis oneratur, sermo habetur cum eo, non cum alio, & ita jure civili fideicommissum relinqui oportet: sed ex constitut. principum, utile est fideicommissum, etiamsi quis non loquatur cum eo, a quo fideicommissum præstari vult, sed cum eo, cui reliquit fideicommissum, veluti, *peto Cai Sei, ut contentus sis illa re*. Hic sermo non dirigitur ad heredem, sed ad fideicommissarium solum, ut hoc loco, *& l. cum quis*, §. *nuptura*, *inf. t. seq.* vel etiam ita, *sufficiat tibi ea res*, *l.*11. §. *si quis ita*, *t. seq.* vel ita: *volo tibi illam rem dari*, apud Paul. 4. Sent. *tit.* 1. vel ita: *rogo te, ut acceptis centum servum tuum manumittas*. His verbis heres etiam videtur esse rogatus, licet non sit rogatus, ut ei det centum, *l. si servus legatus*, §. *pen. de leg.*1. *& d. l.*11. §. *cum esset*, *tit. seq.* vel etiam hoc modo: *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos* ut in specie *l. miles*, *hoc tit.* in qua miles ita proponitur epistolam scripsisse ad sororem suam, *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos*. Sed idem sequendum in epistola pagani: sive is eam epistolam scripserit miles, sive paganus, fideicommissum facit, & *si defunctus*, sic est legendum in *d. l. miles*, cum eo loquatur, qui precario remuneratur, non cum herede, qui oneratur eo fideicommisso: verbum *dono*, in ea specie habetur pro precario: Est sane directum, sicut verbum do, *l. Aurelius*, *l. Titius Sejo*, *de lib. leg. l. quæsitum*. §. 1. *de leg.*3. Sed ex voluntate defuncti verbum directum habetur pro precario, sicut sæpissime directa institutio & substitutio, & libertas ex sententia defuncti, vel ex privilegio quodam veluti militari, habetur pro fideicommissaria, *l. precibus*, *C. de impub. & al. substit. l. Scævola, ad Trebell. inf. l. generaliter, l. si servo, de fideic. libert. inf.* Ideo autem in *d. l. miles*, verbum *dono*, habetur pro precario, quia scriptum est in epistola fideicommissaria, in qua nihil directo scriptum valet: sic vocatur in *l. cum quis*, §. *pater tit. seq.* quæ est imitatio codicillorum, *l. un.* §. *sancimus*, *C. de lat. lib. toll.* vel est supplementum codicilli, *l. uxorem*, §. *codicillis*, *tit. seq.* Quid est epistola fideicommissaria? quam quis post mortem suam demum aperiri voluit, non se vivo. Non est igitur, ut quælibet alia epistola. Ergo verbum *dono*, quod est directum, scriptum in epistola fideicommissaria habetur precum loco, ne scil. pereat voluntas defuncti, quam utique voluisse ei dari satis apparet ex verbo *dono*. Et differentia est inter *relinquo* & *dono*, quia *relinquo*, sive *derelinquo*, etiamsi relinquo certæ personæ, non continuo ejus dominium in eum transire volo, quod est evidentissimum. Quid si relinquo in causa depositi? Quid si *derelinquo* potius, quam *relinquo*, quod sperno. Quod autem dono testamento vel codicillis, ut epistola fideicommissaria, vel alio justo instrumento mortis causa, vel inter vivos sane in alium transferre volo. Relinquo plerunque invitus, puta moriens, intestatus maxime: *do sive dono mea sponte* & rectissime Eustat. *ῥαψῳδ. Hom.* relinquere esse necessitatis, dare benevolentiæ, & munificentiæ: relinquo non est verbum liberalitatis: legatum est liberalitatis, fideicommissum est liberalitatis: ergo ex solo verbo relinquo, non ducitur idoneum argumentum legati vel fideicommissi. Ex verbo *dono*, ducitur argumentum alterius, ex ipso verbo argumentum legati, quia directum est verbum: ex mente defuncti potius, quam verbo argumentum fideicommissi. Verum quod ad rem principalem attinet, constat jam satis ex supradictis locis, utile esse fideicommissum, etiamsi quis non cum eo loquatur, quem onerat, sed cum eo tantum, quem honorat fideicommisso. Plus dico, utile fideicommissum esse, etiamsi quis neque cum hoc, neque cum illo loquatur, sed cum extraneo quodam, ut in specie, *l. cum pater* §. *donationis*, *de legat.*2. quæ talis est: Mater epistolam ad filium scripsit, nec misit tamen: fuit enim epistola fideicommissaria, quæ non mittitur ad eum ad quem scripta est sicut quælibet alia epistola, nec ei traditur legenda, nisi post mortem scriptoris. Igitur scripsit quandam epistolam ad filium, sed eam non misit ad filium, sed nesciente filio eam sacro commendavit, & deposuit eam apud æditµum, vel pontificem. Ea vero epistola mater filio donabat prædia quædam, *donandi* verbum est directum, non precarium, sed ex voluntate defuncti trahi potest ad fideicommissum, etiamsi in epistola nullum sit aliud verbum precarium, ut in specie *d.* §. *donationis* postea mater ad æditµum scripserit literas tales, *Si instrumentum, quod apud te deposui post mortem meam filio tradi volo:* Donatio prædiorum habebitur pro fideicommisso, nec quicquam refert, quod mater precariam suam voluntatem declaraverit literis ad æditµum scriptis, cum de eo constet, in quem voluntatem suam contulit. Et eleganter in *d.* §. *donationis*, non oportet quæri cum quo quis loquatur de supremis suis, id est, de suprema sua voluntate, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. Igitur eo casu filius fideicommissum petet ab heredib. institutis testamento matris, licet neque cum eis, neque cum filio locuta sit, sed cum extraneo, hoc est, cum æditµo. Et ait in illo §. *cum pluribus heredibus intestato diem suum objisset*. Certum est esse scribendum, *cum pluribus heredib. institutis diem suum objisset*. Nam ab intestato filius ipse matri heres extitisset ex Senatusconsulto Orfit. Eadem vero ratio est in specie *l. cum quis*, §. *Sejum*, *tit. seq.* Species hæc est: Sejum & Mævium libertos suos heredes scripsit, & Mævio substituit Sempronium. Deinde codicillos scripsit ad Sejum, non ad Mævium cohe-

coheredem, & in eis ita cavit: *Mævium quem teſtamento pro parte dimidia heredem inſtitui, eam partem accipere veto*, cujus in loco, *Sempronium heredem eſſe volo:* & ei Mævio legavit (*ut ponit*) vini vetuſti lagenas aliquot: hæc verba, *quibus vetuit Mævius accipere partem hereditatis ei teſtamento adſcriptæ, & in ejus locum Sempronium vocavit*, accipiuntur pro fideicommiſſo, & Sempronius fideicommiſſum petet a Mævio, non a Sejo: licet codicilli non ſint ſcripti ad Mævium, neque ad Sempronium. Denique, neque ſunt ſcripti ad eum, qui fideicommiſſum debet, neque ad eum, cui debetur. Et placet tamen conſiſtere fideicommiſſum: denique nihil refert, ad quem ſcribantur, ſatis eſſe intelligere quid voluerit, qui codicillos fecit, nihil referre ad quem, ſed cujus gratia, ſicut nihil refert, ut Senec. 5. *de benefic. ait*, cui des beneficium, ſed cujus gratia: ſi filio dediſti alieno patris gratia & honore, ſive affectione, non filius accepit beneficium, ſed pater in cujus honorem id dediſti filio: mens enim ſemper ſpectanda eſt dantis. Summa igitur hæc ſit concluſio, fideicommiſſum conſiſtere & valere etiamſi quis non alloquatur eum, a quo præſtari vult fideicommiſſum, ſed cum eo, cui præſtari vult: imo etſi cum neutro loquatur, ſed cum extraneo quodam inde colligit Papin. eleganter hoc loco, multo magis valere fideicommiſſum, ſi quis cum eo loquatur, a quo fideicommiſſum relinquitur, etiamſi palam non edicat, cui, vel quibus relinquat, ut ſi Titium ex parte heredem inſtituit, & deinde cum eo ita locutus ſit, *peto, ut pro parte tua contentus ſis centum aureis*, non adſcripta ea parte alii nominatim. Ex his verbis fideicommiſſi petitio eſt coheredibus Titii, quia videtur rogatus partem ſuam reſtituere coheredibus, retentis aureis centum, quos imputabit in Falcidiam, & ſi quid deeſt Falcidiæ id in ſupplementum deducet, retinebit ſive præcipiet, quia contentum eſſe eum defunctus voluit. Differentia eſt inter *retinere* & *præcipere*, *l. in quartam, ad leg. Falcid.* Retentio eſt facti, præceptio fit beneficio actionis: ſed ſive retinere, ſive præcipere juſſus ſit pecuniam ſolidam, imputat in Falcidiam, quia eam videtur ſumere ex ſua parte *l. cum pater, in princ. hoc tit.* Idem dicitur in ſpecie *l. Paul.* 27. §. 1. *tit. ſeq.* ad quam facit etiam *l.* 2. C. *de cod.* Filium & filiam heredes ſcripſit: deinde ita cavit: *filia pro omni hereditate contenta eſto illo prædio*: videtur filia rogata reſtituere ſuam portionem fratri ſuo. Et idem omnino erit, ſi quis heredem ſcripſerit ex aſſe, ut Papinian. hoc loco, & deinde cum eo ita loquatur, *peto pro hereditate, quam tibi reliqui, &c.* Nam his verbis heres inſtitutus ex aſſe, videtur rogatus, ut fratri legitimo heredi teſtatoris hereditatem reſtituat retentis centum aureis. Et recte ait, *quæ ad fratrem jure legitimo rediret*: nam proprie legitima hereditas *redire* dicitur, quia ad eandem familiam recurrit. Et aſſentior Placentino, qui in *l. quoties* 73. *de reg. juris:* ita legendum putat, *quo hereditas redit*, ab inteſtato ſcil. *eo & tutela pervenit.* Hæc ſunt quæ continentur in 1. quæſt. *hujus l.* quibus duo objicit Accurſ. Primum, *l. filiumf*, §. *Divi, de legat.* 1. Ex quibus hoc eruimus, nudum præceptum nullius eſſe momenti, exempli gratia, vetuit, *ne fundus alienaretur*, & nihil præterea adjecit: nudum eſt præceptum, quod obligationem nullam parit, quando quidem non dixit, cujus gratia id præciperet: ſicut ſi dixerit, *veto fundum alienari extra familiam*, non eſt nudum præceptum, quia fit familiæ ſuæ gratia: cui etiam eo nomine competit fideicommiſſi perſecutio fundum alienato, & collato in exterum. Alias nudum præceptum nullius eſt momenti. In hac ſpecie videtur eſſe nudum præceptum, *peto contentus ſis:* nudum præceptum nullius eſt momenti, ſi non appareat, cujus gratia præceperit: ſed in ſpecie propoſita apparet, eum præcepiſſe gratia alterius, cujus gratia præceperit, ut contentus eſſet tot aureis. Deinde objicitur *l. cum pater, hoc tit.* §. *pater, qui filio*. Filium pater heredem ſcripſit ex ſemiſſe, filias duas ex quadrante: deinde ita cavit: *fili pro tuo ſemiſſe contentus eſto ducentis aureis, & vos filiæ pro quadrantibus veſtris contentæ eſtote centenis*: uſus eſt hiſce verbis, quæ proponuntur in hac *l.* Et tamen ait, non videri relinqui mutuum fideicommiſſ. inter fratres. Sed ratio eſt evidens: non poſſe induci fideicommiſſum, quia etſi induceretur, inutile eſſet: nam ſi eſſet mutuum fideicommiſſum, quantum daret filius ſororibus, tantum acciperet a ſororibus, mutuatim, & e converſo. Igitur non voluit teſtator mutuum fideicommiſſum facere, ſed magis, ut ſolent frugi patresfamil. voluit æſtimationem ſui patrimonii facere, & æſtimare ſemiſſem filii ducentis, quadrantem filiarum centenis, quæ tamen æſtimatio nunquam propellet veritatem: hoc eſt, ſi quis ita æſtimaverit portiones aſcriptas, ea æſtimatio nihil officit veritati, *l. is*, §. *ult. ad leg. Falcid. l. ſi fundus*, §. *ſi libertus, de leg.* 1. & *l.* 1. *C. arbit. tut.* Atque ita nihil omnino obſtant illæ duæ leges.

Ad §. Prædium I.

Prædium, quod nomine familiæ relinquitur, ſi non voluntaria facta ſit alienatio, ſed bona heredis veneant: tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis poſt mortem ejus non habiturus, quod exter heres præſtare cogeretur.

HUjus §. ſpecies hæc eſt: quidam unum ex familia ſua heredem ſcripſit, & prædium nomine familiæ reliquit. Sic rectiſſime legit Haloander in §. 1. *hujus l. prædium quod nomine familiæ relinquitur*, hoc eſt, quod relinquitur his, qui ſunt ex nomine, gente & familia eadem. Sed quod ad juris effectum attinet, exponamus, quid ſit prædium nomini familiæ relinquere. An relinquitur pure, ut adita hereditate, mox præſenti die peti poſſit? minime: qui enim ſibi heredem inſtituit unum ex familia ſuâ, & ab eo nomine familiæ prædium reliquit, ſane hoc vult, ut unus heres, qui eſt ex familia, eo prædio fruatur, moriens id familiæ relinquat, ut interim prædium extraneo non alienet, ſed familiæ conſervet: hæc eſt vis & poteſtas hujus ſive legati, ſive fideicomm. Hoc caſu ſi vivus heres prædium extero vendiderit ſua ſponte, ſtatim ceteris, qui ſunt ex familia, competit fideicommiſſi petitio, perinde ac ſi moriens id reliquiſſet extero, *l. cum pater* §. *libertis, hoc tit.* Nam etſi familiæ fideicommiſſum, quod relictum eſt videatur collatum in tempus mortis heredis, ut ſcil. ab eo prædium tranſeat ad ceteros, qui ſunt ejuſdem nominis & familiæ, tamen ſi is vivus diſceſſerit a præcepto defuncti, ſi maturaverit prædium alienare, fideicommiſſarii, qui ſunt ex eadem familia quodammodo, petent præmature fideicommiſſum. Denique, ſi is heres vivus ſua ſponte alienaverit, ſtatim competit ceteris petitio fideicommiſſi. Quæritur in hoc §. quid ſit dicendum, *ſi alienatio ſit neceſſaria, non voluntaria*, id eſt, ſi is heres alienavit coactus. Finge, heredis bona venierunt ſub haſta ex edicto prætoris urgentibus creditoribus heredis, & inter ea bona etiam prædium legatarii: *an familiæ competit fideicommiſſi perſecutio, quod extero ſit alienatus fundus?* Differentia eſt conſtituenda hac in re inter creditores teſtatoris, & creditores heredis: prohibitio illa, ne prædium heres extero alienet, non poteſt eſſe fraudi creditoribus teſtatoris, *l. filiusfamil.* §. *Divi, de legat.* 1. Nam & legata ſive fideicommiſſa non debentur, niſi deducto ære alieno, *l.* 1. §. *denique ad Trebell.* Et ideo ſi propter creditores teſtatoris, heredis bona venierunt, & inter illa bona illud prædium, de quo agitur ſecundum id, quod receptum eſt, heredem, qui inventarium non fecit teneri creditoribus ultra vires, *l. quæ dotis, ſol. matrim.* Et hoc eſt, quod dicitur, *quamlibet hereditatem eſſe ſolvendo*, hoc eſt, modo habeat heredem, qui ſit ſolvendo: locupletem eſſe omnem hereditatem, quæ habet locupletem heredem, *l. libert. de bon. libert.* Si igitur propter creditores teſtatoris bona omnia heredis venierunt, jure pignoris alienatio tenet, nec poteſt infringi ex cauſa fideicommiſſi, *l. qui ſolidum*, §. *ult. de leg.* 2. & *d.* §. *Divi.* Hoc enim caſu familiæ nunquam competet fideicommiſſi perſecutio, & rata erit perpetuo jure alienatio prædii, etiamſi ſit collata in exterum, quia facta eſt propter teſtatorem ipſum quem abſolvi æquius eſt, quam fideicommiſſum præſtari. Quid vero ſi heres prædium illud ultro vendiderit, creditorum teſtatoris dimittendorum gratia videlicet, cum non eſſet aliud in hereditate, unde debita commodius exſolvi

solvi

solvi possent? Rata alienatio est *l.pater in princ.tit.seq.* Et hæc de creditoribus testatoris. Quid si creditores heredis bona heredis vendiderunt, & in his etiam prædium illud, de quo agitur, quod est obnoxium fideicommisso relicto nomine familiæ? Sane interim vivo herede alienatio tenet, quia & bonis non venditis, ipse quandiu vixisset, prædium tenuisset solus: sed sicut bonis non venditis, mortuo eo herede, extraneo herede relicto, familiæ persecutio competit, ita bonis venditis mors ejus exspectabitur, & post mortem ejus demum familiæ fideicommissi persecutio competet. Denique competet aliquando, quia alienatio prædii facta est, non propter testatorem, sed propter heredem: si facta esset propter testatorem, nunquam familiæ fideicommissi persecutio esset. Et est *h.* §. similis casus *l.Statius*, §. *Cornelio Felici, de jure fisc.* qui locus solet frequenter adduci in medium, tum in schola, tum in foro: Heres rogatus est post mortem suam hereditatem restituere, post heres exstitit, ac deinde ob delictum aliquod deportatus est, & bona ejus confiscata sunt: hereditas, quam acceperat a testatore confiscata est, an fideicommissario competit statim fideicommissi persecutio? minime: quamdiu scilicet vivit heres deportatus, interim fiscus tenebit hereditatem, post mortem deportati, erit fideicommissi persecutio: vel si fideicommissarius præmoriatur, hoc est, si ante deportatum moriatur, sane ea bona perpetuo jure manebunt apud fiscum. Et sic etiam in specie hujus §. apud emptorem perpetuo jure manebit prædium, si ceteri, qui sunt ex familia, moriantur ante heredem scriptum, quod notandum. Nam solet hic §. coaptari cum *d.* §. *Cornelio*, sed vix unus cum alio congruit magis. Notanda est differentia inter heredem extraneum scriptum a priori herede, onerato fideicommisso conservandi prædium familiæ prioris testatoris, & unum ex familia bonis quidem venditis propter creditores heredis. Extraneo mortuo herede familiæ fideicommissi persecutio competit, sive extraneum, sive sibi heredem scripserit unum ex ea familia. Ergo si propter creditores heredis bona venierunt, mortuo eo familiæ fideicommissi persecutio competit, sive extraneum heredem scripserit, sive unum ex familia admissa compensatione virilis portionis, quæ uni competit, ut diximus in *l.unum ex familia*, §.*substit.sup.* Bonis non venditis est differentia: Nam si heres prior extraneum sibi heredem scripserit, familiæ competit fideicommissi persecutio: si unum ex familia, cetera familia excluditur.

Ad §. Mater III.

Mater filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, ejusque fideicommisit, ut si filius suus intra 14. *annos decesserit restitueret hereditatem Sempronio: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit: nam etsi pater non jure facto testamento tutoris fideicommiserit, æque præstabitur, quemadmodum si jure testamentum factum fuisset. Sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur, ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore impuberis, vel minoris annis debet probari. Nec interest tutor recte datus vivo patre moriatur, vel aliquo privilegio excusetur, vel tutor esse non possit propter ætatem, cui tutor fuerat datus, quibus certe casibus fideicommissum non intercidit, quod a pupillo datum videtur. Hac denique ratione placuit, a tutore, qui nihil accepit, fideicommissum pupillo relinqui non posse: quoniam quod ab eo relinquitur extero, non ipsius proprio, sed pupilli jure debeatur.*

QUod attinet ad hunc §. sciendum est, matrem non posse filio impuberi testamento tutorem dare, quia non habet filium in potestate, qua ratione etiam pater filio emancipato tutorem non dat. Tutoris datio pars est patriæ potestatis, sicut pupillaris substitutio. Sed hac in re est differentia inter patrem & matrem. Tutor datus a matre, non est quidem jure datus, sed confirmatur decreto prætoris vel præsidis, & confirmatur ex inquisitione, causa cognita, habita inquisitione morum, vitæ & facultatum ejus. Ac rursus ita demum confirmatur, si datus sit a matre pupillo heredi instituto, *l.pater, sup, de test.tut.* Nam si datur a matre præterito seu exheredato, plane inutiliter datus est, quia is nunquam confirmabitur. Et ut jampridem ostendi in *l.4.C.de test. tu.* lex ait initio, matrem filiis tutorem dare non posse, & subjicitur exceptio, nisi eos heredes instituerit: unde sequi debet affirmate, non negate, quod si eos heredes instituerit, solet ex voluntate defunctæ tutor eis datus confirmari: Nec enim confirmatur tutor a matre datus, nisi sit datus heredi instituto: datus autem a patre, etiamsi datus sit exheredato, confirmatur, & quidem sine inquisitione, & non exacta satisdatione rem pupilli salvam fore, *l.1.de confir.tu.inf.* a patre datur tutor personæ, a matre rei potius, quam personæ, id est, rei maternæ, quasi judicium personæ minus conveniat matri, quam patri: & judicium viri facilius confirmatur, quam judicium mulieris, judicium patris confirmatur sine inquisitione, judicium matris non nisi ex inquisitione, *l.ult. qui pet.tu.* Et hæc ratio differentiæ inter patrem & matrem. Item sciendum est, quod præcipue continetur in §. *matre*, *hac l.* a tutore dato pupillo heredi instituto fideicommissum relinqui posse etiamsi tutor nihil ex testamento capiat, *l. eum*, *C. de fideicomm.* quæ repetita est ex *l.* 5. *C. de reb. cred.* Hoc ideo, quia a pupillo videtur relinqui: Cur fideicommissum relinquit alter qui nihil fert? quia videtur relinqui a pupillo, valet fideicommissum, non tutoris proprio nomine, sed pupilli. Pono pupillum fuisse heredem institutum: nam ab exheredato non posset fideicommissum relinqui: cui nihil damus, eum rogando obligare non possumus. Ergo ab exheredato, nisi legatum aut fideicommissum ei relinquimus fideicommissum frustra relinquimus: & consequenter a tutore, vel substituto ejus: Nam quod a tutore relinquitur, a pupillo relinqui videtur. Cur vis hoc statuamus relictum a tutore relinqui videri a pupillo: quia tutor pupilli loco habetur. Plerunque tutor est loco domini, *l.tutor qui tutelam, de admin. tutor. l.qui fundum*, §. *si tutor*, *pro empt.* Quid vero est hoc tutorem esse loco domini? an tutorem quasi dominum esse pupilli, sicut tutela dicitur esse vis & potestas in pupillum? minime. Tutor est loco domini, hoc est loco pupilli: tutor & pupillus unum est, & ambo quasi unus: & ideo tutor potest manumittere servum pupilli consentiente pupillo, nisi sit actor rerum omnium pupilli, ut constat ex sententia quadam Adriani Imp. relata inter ejus ἀποφάσεις. Item cautum est l. Attinia, ut res furtiva non possit usucapi, nisi redierit in potestatem domini: id ita accipimus, ut suffecerit eam rediisse in potestatem tutoris, quia est loco domini, *l. sequitur.* §. *si pupillo*, *de usucap.* Servus non torquetur in dominum, ita est: ergo nec in tutorem debet, *l.2. C. de quæst.* Eademque ratione tutor non satisdat de rato, vel judicatum solvi, §.*tutoris*, *Institut. de satisdat. tutor.* quia nec dominus satisdaret, & loco possessoris dicitur esse tutor possidente pupillo, *l. penul. qui satisdar. cogant.* Denique tutor est loco domini, id est, pupilli sui: & consequenter, quod a tutore relinquitur, a pupillo relinqui videtur. Utile ergo fideicommissum est, etiamsi tutor nihil capiat ex testamento, modo pupillus capiat: & quod plus est, nihil refert, jure datus sit tutor, an non: nam etiamsi sit datus minus solemni testamento, fideicommissum ab eo relictum debetur, si modo, ut Rogerius supplet recte, testamento sit ascripta clausula codicillaris: alioqui non valeret fideicommissum a tutore relictum injusto testamento, hoc est minus solemni: non etiam refert eo testamento relictus tutor confirmatus sit, necne: nam etiamsi non sit confirmatus, fideicommissum ab eo relictum pupillus debet, ut etsi tutor non fuerit, id debeat pupillus, ut si mortuus sit vivo patre, quod ostenditur in hoc §. vel etiamsi datus sit, vel per errorem puberi. Idem quoque dicitur, si tutor se excusaverit, si tutor fuerit nomine, non re: nam fideicommissum ab eo relictum pupillus præstabit, quasi a se relictum.

ctum. Eadem est ratio curatoris: nam & curator est loco domini. Finge curatorem datum testamento impuberi, vel minori 25. annis: inutilis est datio, quia curator testamento non datur, tutor datur testamento, sed non curator: neque alia est ratio differentiæ, quam quod tutoris datio est legis: & ejus, cui lex dedit nominatim, & quemadmodum dedit. Lex, quæ dedit jus patri dandi tutoris, non dedit etiam jus dandi curatoris in testamento: lex loquitur tantum de tutela. Ergo cura non potest deferri testamento impuberis aut adolescentis. Eadem est ratio, cur ventri detur curator, non tutor, *l. ventri, de tut. & curat. dat.* Et quia de curatore dando edicto comprehensum est, non de tutore: ergo quamvis curator non jure detur testamento, non tamen ideo erit inutile fideicommissum a curatore relictum, quia ab eo relictum videtur cujus curatio ei deferebatur. Et pari ratione, si a tutore, qui nihil capit ex testamento, fideicommissum relinquitur, pupillo non exstante, inutile est fideicommissum, quia heredi a semetipso relictum videtur. Et hoc est quod continetur in §. *matre*. Sequitur §. *frater*, *leg. peto*.

Ad §. Fratre.

Fratre herede instituto, petit ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur: si non paruerit heres voluntati, sed demum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo: si non sint ejusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet: Sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere, se familiæ domum restituturum. Quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata: nulla quidem eo nomine nascitur condictio: sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiæ competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto juste desiderari, quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit.

EXplicabo §. *fratre*, si prius admonuero in pr. hujus l. subjici statim debuisse §. matrem, quia ipso etiam ostenditur, utile fideicommissum esse, etiamsi cum eo tum loquatur, cui fideicommissum relinquitur, non cum herede, qui fideicommisso oneratur. Et multo magis, si quis cum herede loquatur, tametsi non dicat palam, cui fideicommissum præstari velit, modo intelligatur, cujus gratia eum habuerit cum herede sermonem. Et quod his erat consequens, additur in §. *matre*, utile etiam esse fideicommissum, si quis non cum herede loquatur, a quo fideicommissum præstari voluit, sed cum alio, puta cum tutore ejus, aut curatore. Denique continuata serie, conjuncta scriptura poni debuisse, §. *fratre* cum §. *prædium*, quoniam uterque est de fundo relicto familiæ per fideicommissum, & instituto herede uno ex familia, hujus fideicommissi petitio est post mortem heredis, si moriatur fundo extraneo relicto: imo & si unus fundum extraneo alienaverit sua sponte, & si vivus voluntariam fundi alienationem fecerit extraneo, fideicommissi petitio est statim, id quod est in §. *fratre*, apertissime: nec quicquam prodest ad impediendam petitionem fideicommissi, si fundum redemerit, aut quod fundum redimere possit, antequam moriatur, statim extitit fideicommissi conditio fundo vendito extero, & conditio, quæ semel extitit, non resumitur. Et hoc dixi, si voluntaria fuerit alienatio. Quod si necessaria fuerit, puta creditoribus ex edicto possidentibus bona, & distrahentibus, aut facta est propter creditores testatoris, aut propter creditores heredis. Si propter creditores testatoris, extingitur fideicommissum, quia testator, qui prohibuit fundi alienationem extra familiam, non videtur sensisse de hujusmodi causa alienationis, cujus ipse causa est ob magnitudinem æris alieni. Si propter creditores heredis facta sit alienatio, intelleximus ex §. *prædium*, non statim fideicommissi petitionem esse, licet fundus sit venditus extero, sed post mortem

A heredis demum, & tandiu scilicet apud emptorem manere, quandiu maneret apud heredem, si creditores ejus non distraxissent bona, & inter ea bona etiam fundum illum. Quod idem fere de fideicomm. libertate scripsit Papin. eodem lib. *l. rogo inf. de fid. lib.* quæ conjungenda est cum *d. §. prædium* & cum §. *ult.* qui ei debuit esse proximus. Est lex *rogo* ex *eod. lib.* & idem fere ponit in fideicommissaria libertate quod §. *prædium* in fideicommisso pecuniario. Species est: testator ita dixit: *rogo te heres mi, ne servus ille alterius servitutem experiatur*, id est ne alterius dominio subjiciatur, quam tuo, ne alienam servitutem patiatur: his verbis videtur servo data fideicommissaria libertas sub conditione, *si heres eum alienaverit*: voluit eum servum heredi quidem servire, quandiu is viveret, sed non alii: nihil est magis contrarium servi-

B tuti, quam libertas. Qui ergo dicit, ne servitutem patiatur alterius, sane hoc dicit, ut liber fiat, vel post mortem heredis: imo & si vivus heres eum servum vendiderit, servus confestim petere potest libertatem, quasi existente conditione, nec prodest ad impediendam libertatis petitionem, si heres eum redemerit, quia ut ante dixi semel extitit conditio libertatis, *l. quidam de fideicom. liber.* Et hoc si eum vendiderit sua sponte. Quod si necessaria fuerit venditio, similiter distinguamus: aut facta est propter creditores testatoris, aut propter creditores heredis. Si propter creditores testatoris; libertas peti non potest: imo nunquam petitur, & *l. cum fidei heredum eod. tit. de fid. lib.* dum ait, *nondum libertatem peti posse*, dum vocat, ut illo loco Virgil. *at Phœbi nondum patiens immanis in antro*, id est, Phœbi non patiens.

C Quid si propter creditores heredis servus ille venditus sit, atque ita subjerit alienam servitutem? Et placet, hoc casu statim libertatem peti posse, non exspectata morte heredis, *d. l. rogo*, quæ ad differentiam *l. cum fidei*, est accipienda de venditione necessaria, facta propter creditores heredis, non propter creditores testatoris. Et ut indicat Papin. in *d. l. rogo*, statim libertas peti potest, quia nihil refert, qua ratione impleatur conditio libertatis fideicommissariæ. Nam libertas fideicommissaria, est quasi statulibertas: non est proprie statulibertas, quia relinquitur directo, non precario. Et hoc distat, *titulus. de fid. libert. a tit. de statulib.* Sed tamen fideicommissaria libertas dicitur esse quasi statulibertas, & is, qui per fideicommissum libertatem accepit, accepit quasi statuliber, *l. non tantum, §. cui fideicommissum, de fidei-*

D *com. libert.* Nihil autem refert, qua ratione existat conditio statulibertatis: nam libertas competit quoquomodo existat, sive facto servi, sive facto alterius, sive alio modo: libertas competit: ergo idem sequimur, & probamus in statulibertate. Est igitur hac in re differentia inter fideicommissariam libertatem, & fideicommissum pecuniarium? Nam ut rem explanemus apertius, si propter creditores heredis bona heredis venierunt, & in his fundus familiæ relictus, non potest fideicommissum peti, nisi post mortem heredis, ut in §. *prædium*, mortuo herede extraneus emptor cogitur reddere fundum, quem & extraneus heres reddere cogeretur bonis non venditis a creditoribus heredis: & uno tantum casu fundus apud emptorem extraneum perpetuo jure manebit, puta, si debitor, hoc est heres, cujus creditores bona ven-

E diderunt supervixerit ceteris omnibus, qui ex familia erant, *arg. l. Statius, §. ult. de jure fisci*. Quod si propter creditores heredis bona venierunt, & in his servus ille, cui relicta est fideicommissaria libertas sub prædicta conditione, statim servus experiri, & petere libertatem potest, ut in *d. l. rogo*. Libertas quodammodo repræsentatur ante mortem heredis: sane facilius & properantius præstatur, quam fideicommissum pecuniarium, quacunque ratione sufficit impleri conditionem libertatis, non etiam conditionem fideicommissi pecuniarii: nec enim intelligitur perfecte impleta, nisi alienatio fundi facta extero fuerit voluntaria. Hæc est sententia *d. l. rogo* in §. *frater*, agitur de eodem fideicommisso. Sunt nonnulli errores in eo §. qui breviter a me perstringen-

tur. Quidam fratrem heredem instituit, unum igitur ex familia sua, & eum rogavit, ne *domum quandam alienaret extra familiam*, quæ prohibitiones hodie sæpissime scribuntur, testamentis præcipue nobilium, *sed ut eam conservaret in familia*, heres non paruit voluntati, forte, quia moriens reliquit heredem extraneum, ad quem domus transiit cum bonorum universitate: filiæ competit fideicommissi petitio, hoc est petitio domus ex causa fideicommissi: nam prohibita alienatione, videtur prohibita heredis institutio: nisi dixerit, ne alienetur extero, *quoad vives, ut l. cum pater, §. fundum, de leg.3.* Sed si dixerit generaliter, *ne alienes*, neque vivus, neque moriens alienare extero domum potest: competit igitur etiam fideicommissi petitio, si vivus extero domum vendiderit: nam statim fideicommissi petitio familiæ competit. Quid est familiæ? hoc est, omnibus, qui sunt ex ea familia, gradatim tamen si plures sint, non ejusdem gradus, ne per minusculas partes fideicommissum inutile fiat, *l.32. §.ult. de leg.2.* Prima igitur erit causa proximorum, deinde sequentium. nec enim propter proximiores, qui priores admittuntur ad fideicommissum, causa sequentium in posterum læditur: imo qui priores admittuntur, cavere debent, se domum in familia relicturos, & cavere debent non servo publico, non filiis, ut Glossa ait, sed heredi, vel heredi heredis, ut in *l. unum ex familia, §. sed et si fundus, sup.* quia & heredis interest fundum servari in familia, propterea quod domo in extraneum collata, ceteri ab eo fideicommissum petere possunt & etiamsi non interesset, interesse credendum esset heredis, ut satisfaceret voluntati defuncti, *l.19.tit.seq. de leg 3.* Exigitur autem cautio opposita exceptione doli mali adversus petitorem fideicommissi, ut & in aliis casibus, *l. eas causas, de condit. & demonstr. l. cum in testamento, de fideicom.libert.* Nam petenti fideicommissum, proximiori puta, heres opponet exceptionem doli mali, hæc dicens: *dolo facis, qui petis fideicommissum, non oblata cautione semper servandæ domus in familia*, atque etiam remedio exceptionis hujus, non aliter præstabit fideicommissum quam scilicet ei ea de re cautum fuerit. Et, quod est notandum maxime, ea cautio exigitur, etiamsi is, qui fideicommissum petit solus ex familia supersit, quod prima fronte videtur deridiculum: nam cum solus ipse sit ex familia, frustra videtur cavere, se domum in familia relicturum, quando quidem ipse finis est familiæ: imo vero non est supervacua cautio, quoniam alii agnasci possunt, vel ex ipso, qui fideicommissum petit. Et ita etiam proponitur in hoc §. *ult.* Nam valde notandum hoc est, hoc fideicommissum familiæ relictum pertinere etiam ad eos, qui moriente testatore in rerum natura non fuerunt, nec enim idem est familia & cognatio: in hoc proposito, qui post mortem testatoris concepti sunt, ejus cognati non sunt, aut fuerunt *l. Titius, de suis & legit.* Familiæ tamen appellatione continentur, quia ex eadem stirpe prodeunt, & ita etiam, quod tamen erat dubium magis, propter capitis deminutionem, fideicommissum pertinet ad eos, qui mortis testatoris tempore in familia fuerunt. Nam tempus mortis spectatur, non tempus testamenti, *d.l.32. §.ult. hoc tit.* Et postea desierunt esse familiæ per emancipationem, quæ est capitis minutio. Nam & hi ad fideicommissum vocabuntur tanquam ex familia, *l. filiusfam. §. cum pater, de leg. 1.* In hoc igitur genere fideicommissi latius familiæ accipitur, quam agnationis, sive cognationis nomen. Postremo ad hæc quæritur in hoc §. *ult.* quid sit dicendum, si petenti proximiori fideicommissum, quod familiæ relictum est, puta existente conditione, heres fideicommissum præstiterit, non exacta illa cautione, domum in familia relictum iri? quid si per errorem omiserit heres illam cautionem? an competit condictio indebiti? Et Papinianus ait, nullam competere. Sed si domus quandoque ad exterum pervenerit, familiæ competere fideicommissi persecutionem in rem, hoc est, in quemlibet possessorem: nullam esse condictionem, incerti sc. ut quidam interpretantur, id est, post solutionem fideicommissi, heredem non posse condicere cautionem, quam omiserit per errorem. Cautio est res incerta, & obligatio. Condictio igitur, qua repetitur, est condictio incerti; vel etiam, non posse eum condicere possessionem, quæ est res incerta, quæ potuit retineri ratione exceptionis doli mali, quoad præstaretur illa cautio. Denique, ut illi volunt, non est condictio incerti, non est condictio possessionis. Hoc est iniquissimum, cum per errorem omiserit retentionem possessionis, exceptionem doli mali: cautionem, & videtur enim per errorem plus debito solvisse, qui cautionem non exegit, quia nulla cautione accipientem obligavit sibi in familiæ gratiam. Ergo sane competet condictio incerti, ut accidit sæpissime in aliis casibus, *l. qui exceptionem, §. si pars, de condict. indeb. l. heres, ad Trebel. l. 3. §. ult. si cui plus, quam per leg. Falc. l. 5. §. 1. de usufr. earum rer.* Sed Papin. loquitur de condictione certi, dum ait, *nullam esse condictionem*, certi scilicet, id est non possum ipsam solutam condicere, quasi indebitam, quia cautionis præstandæ necessitas solutionem tantum moratur, non etiam indebitum facit, quod fuit debitum, ut idem Papinianus ait in *l. testamento, de dot. præl.* Ergo non condicet ipsum fideicommissum, seu ipsam domum quasi indebitam, & ita in jure sæpissime, quoties denegatur condictio, denegatur certi condictio, non incerti. Quid est pertritum magis, quam quod dicitur, neminem rem suam condicere, id est condictione certi non condictione incerti possessionem rei meæ possum condicere, *l. 2. de condict. tritic. & l. 25. de furt.* Et similiter dicitur in *l. si in area, de condict. indeb.* eum qui in area aliena ædificavit, posse sibi servare impensas, non per actionem, sed per retentionem ædificii, & exceptionem doli mali: qua non usus, si ædificium restituerit per errorem, non potest condicere, id est, rem ipsam: ædificium ipsum, quæ est condictio certi: potest autem condicere possessionem. Et ita in *l. ex quib. eod. tit.* quæ denegatur condictio, generaliter est condictio certi, non condictio incerti. Et ita hic locus accipiendus est.

Ad L. XXII. de Lib. leg.

Quod mihi Sempronius debet, peti nolo: non tantum exceptionem habere debitorem, sed & fideicommissum, ut liberetur petere posse responsum est.

Ait Papinian. *peti nolo*. Ut verbum, *volo*, est precarium, adeo ut testamentum non recte fiat his verbis, *illum heredem esse volo, l. illum, §. 1. de jure cod.* ita etiam verbum *nolo*, est precarium, non directum. Utrumque verbum *volo* & *nolo*, fideicommissum facit non legatum. Nolo peti a Sempronio, quod is mihi debet, non tantum petenti heredi obstat exceptio doli mali, sed etiam ex causa fideicommissi, ut Papinianus ait, agere & petere liberationem potest, quasi liberatione relicta, ut scilicet solemni acceptilatione, vel pacto liberetur, secundum distinctionem *legis 3. §. nunc de effectu, hoc tit.* Opponit huic responso Accurs. *l. 1. §. si reus, de eo per quem fact.* nec respondet quicquam, & res tamen responsionem aliquam desiderat. Nam ex *d. §. si reus* efficitur, non dari actionem ei, qui exceptione contentus esse potest. In specie hujus l. debitor excep. doli mali contentus esse potest, ergo non est danda ei actio. Ut respondeam; certissimum est, ei cui datur actio, multo magis dari exceptionem: cui datur petitio multo magis dari retentionem, *l. 1. §. plane de superfic.* Sed cui datur exceptio, non continuo etiam ei datur actio. Exemplo actionis datur exceptio, ut loquitur *lex nec non §. pen. quib. causis major*. Non exemplo exceptionis actio. Esset enim absurdum exemplo exceptionis actionem dari. Et ita debitori, qui pactus est de non petenda pecunia, datur exceptio pacti vel doli, non actio ut liberetur. Idque procedit in specie *d. l. 1. §. si reus*. Si quis promiserit judicio sisti cum pœna, & per aliquem extraneum factum sit, quo minus ad judicium veniret, hoc est, si reus, qui

pro-

promiserat judicio sisti, fuerit impeditus ab aliquo ad judicium venire, atque ita commissa fuerit pœna, ei datur actio in factum in id, quod interest ex illo edicto, *de eo per quem factum erit*, adversus eum, qui impedimento fuit, qui coegit reum vadimonium deserere, sive promissionem judicio sistendi causa factam: sed si actor ipse, qui stipulatus est, in judicio sisti eum pœna, dolo malo impedierit reum, ne veniret in judicium, non datur adversus eum actio in factum ex illo edicto, quia edictum loquitur de extraneo, non de actore ipso, & stipulatore, & quia inquit, contentus esse potest exceptione, si ab actore conveniatur ex stipulatu de pœna, quod ad judicium non venerit. Atque ita in ea specie, cui datur exceptio, non datur etiam actio: Et ita quoque, si quis in alieno loco sua impensa ædificaverit, impensæ servandæ causa ei datur exceptio doli mali, & nomine ejus exceptionis retentio possessionis. Actio vero nulla ei datur impensarum nomine, *l. Paulus respondit, de doli except. l. 14. comm. divid.* Quod idem procedit & in aliis plerisque causis, juxta id, quod Demost. ait in oratione quadam, *legibus dantur exceptiones seu παραγραφαὶ etiam earum rerum, quarum nullæ proditæ sunt actiones:* atque ita, quod non possum consequi actione, sæpe assequor exceptione: quod autem possum consequi actione, & exceptione possum consequi: & breviter, cui datur actio, ei multo magis exceptio: cui autem datur exceptio, non continuo & actio datur. At ex voluntate defuncti, ut in specie proposita, cui datur exceptio, datur etiam actio, veluti ex causa legati aut fideicommissi, *l. dolo facit, de do. exc.* aut certe, quod notandum, quia ei datur actio ex testamento, veluti ex causa legati aut fideicommissi, & exceptio multo magis, ut in *l. 3. in pr. h. t.* dicitur, exceptionem dari debitori, cui moriens creditor chirographum reddiderit. Cui, inquit, chirographum dedit de manu in manum: quia inquit, ea datio instrumenti pro fideicommisso est, id est, quia ei etiam actio competit, ut liberetur, atque ita exceptio ei datur exemplo actionis, non actio exemplo exceptionis. Et sane formula exceptionis doli mali hæc est, dolo facis qui petis, quod redditurus es, *d. l. dolo*, redditurus scilicet jure actionis, id est, dolo facis, qui petis id, de quo mihi competit actio. Ex formula apparet, exceptionem referri ad actionem, non contra. At in specie *d. §. si reus*, fuit tantum exceptio, non actio in actorem, qui dolo fecit, ne reus obiret vadimonium, quia scilicet edictum loquitur de extraneo, non de ipso actore. Ubicumque igitur actio est, dicamus semper ad ejus exemplum exceptionem dari, & ita evenire in specie hujus legis: nunquam vero ad exemplum exceptionis actionem dari.

Ad L. LXXIII. de Cond. & demonst.

Titio fundus, si in Asiam non venerit: idem, si pervenerit, Sempronio legatus est: cum in omnibus conditionibus, quæ morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur: heres cautionem a Titio accepit, & fundum ei dedit: si postea in Asiam pervenerit, Sempronio heres quod ex stipulatu cautionis interpositæ consequi potest, utili actione præstare cogitur. Sed si cautio medio tempore defecerit, quæ sollicite fuerat exacta, non de suo præstabit heres, sed quia nihil ei potest objici, satis erit, actiones præstari: si tamen Titius, cum in Asiam venisset, Sempron. prius quam legatum accipiat, decesserit, heredi ejus deberetur, quod defunctus petere potuit.

L. Ex Titio fundus 73. *de cond. & demonstrat.* est de cautione Muciana, de qua non ita dudum sat multa diximus *lib. 18. sup. ad l. cum tale legatum*, & nihil prætermisimus, quod pertinet ad eum tractatum, præterquam interpretationem hujus leg. cujus species hæc est: Testator legavit Titio fundum sub conditione, *si in Asiam non venerit*, & si veniret, hunc fundum transtulit in Sempronium, Sempronio legavit. Conditio, quæ in non faciendo concipitur, veluti illa, *si in Asiam non venerit*, non differt legati petitionem, solutionem, præstationem, interveniente scilicet Muciana cautione: nam heres cogitur Titio statim fun-

A dum præstare offerenti cautionem Mucianam, quæ, ut generaliter definit Papinianus hoc loco, locum habet in his conditionibus, quæ morte legatarii finiuntur, ut *l. servo, §. si testator, ad Treb.* qualis est illa conditio, *si in Asiam non venerit*. Nam quandiu vivit legatarius, pendet conditio, nec ante finitur, quam legatarius vita decesserit. Igitur si legatarius heredi caveat, quæ est cautio Muciana, se in Asiam non perventurum, vel si pervenerit, se fundum, vel quanti ea res erit, redditurum, heres confestim cogitur eum fundum præstare. At quid fiet, si contra fidem cautionis, Titius postea in Asiam pervenerit? sane committetur stipulatio Muciana. Sed an heres tenetur Sempronio, cui idem fundus legatus est sub contraria conditione, nempe, si Titius in Asiam pervenerit? Et sane, ut hoc loco ait Papinianus, ille heres B Sempronio tenetur ex causa legati, ut scilicet, quodcunque a Titio consecutus fuerit ex stipulatione Muciana, id Sempronio præstet, sive fundum, sive quanti ea res erit: & tenetur, inquit, utili actione, hoc est, efficaci actione ex testamento, ut Accursius interpretatur, & laudo: Nam & utilis actio ab eodem Papiniano eodem modo accipitur in *l. pater, de dote præleg.* Quid autem fiet, si heres a Titio nihil consequi possit propter inopiam Titii & fidejussorum? Nam cautio Muciana est fidejussorum satisdatio, *l. hoc genus, hoc tit. & Nov.* 22. Fuerat quidem ab initio idonea cautio, fidejussores idonei, fuerat cautio sollicite exacta, ut ait, non quilibet fidejussor fuerat admissus, sed is cujus jam ante heres vires exploraverat: denique fuerat idonea cautio initio, sed postea defecit, lapso facultatibus Titio, & fidejussoribus. C An hoc casu heres de suo cogitur Sempronio solvere legatum? Minime: quia nihil ei imputari potest, nihil objici, cum cautionem sollicite exegerit a Titio priore legatario. Igitur liberabitur heres qualemcunque actionem ex ea cautione Muciana cedendo Sempronio: cessio sive delegatio pro justa præstatione erit, ut *l. quod debetur, de pecul.* nec omnino erit inutilis Sempronio, cum postea possint fidejussores pervenire ad pinguiorem fortunam. Accursius non intellexit hoc loco linguam Latinam, non intellexit, quid sit *exigere cautionem*, quam Papinianus ait, ab herede fuisse exactam sollicite. Plus est exigere quam agere: nam exigere est rem, sive cautionem extorquere & exprimere, satis accipere. Et Accursius contra manifesta verba legis ponit quasi certissimum, Titium heredi non cavisse cautionem Mucianam, qui er- D ror tolerari non potest, & delenda est Glossa ad verbum *actiones*. Et ad hæc in extremo hujus legis additur, mortuo quidem Sempronio posteriori legatario sub conditione, si Titius in Asiam veniret, mortuo, inquam, eo pendente ea conditione, hoc est antequam Titius venerit in Asiam legatum intercidit, & Sempron. nihil transmittit ad heredem suum, quia in hereditatibus, & in legatis spes non transmittitur in heredem, quæ transmittitur in stipulationibus, & omnibus contractibus, *§. ex conditionali, Inst. de verb. oblig.* Quare dicitur stipulatorem conditionalem esse creditorem, etiamsi adhuc pendeat conditio: legatarius conditionalis non est creditor, quandiu pendet conditio, *l. is qui sub cond. de oblig. & act.* Et in jure frequentissime occurrit ista differentia inter legata & stipulationes conditionales. Sed mortuo Sempronio post existen- E tem conditionem, hoc est, postquam Titius in Asiam venit, certissimum est, ad heredem transmitti actionem legati, cujus dies jam cessit, & heredi deberi, quod defunctus petere potuit: nam secundum regulam in *l. 1. C. ut actio. ab hered. &c.* heredi deberi, quod defunctus petere potuit, heredi non deberi quod defunctus petere non potuit, hoc est, eam tantum actionem jure hereditario heredi competere, quæ cœpit a defuncto: & retro eam tantum actionem in heredem competere, quæ cœpit in defunctum competere. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. IX. Ad leg. Falcid.

In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis æstimationem

fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuiſſe pretioſior.

§. 1. Circa ventrem ancillæ nulla temporis admiſſa diſtinctio eſt, nec immerito, quia partus nondum editus, homo non recte fuiſſe dicitur.

SEquitur ut exponamus *l. 9. ad leg. Falcid.* eſt lex elegantiſſima, & cognitu digniſſima. Lege Falcidia cautum eſt, ne quid plus teſtamento legetur, quam ut quarta pars hereditatis illibata apud heredem remaneat, ne legata excedant dodrantem. Quamobrem ubi locus eſſe dicitur l. Falcidiæ, ſolet iniri ratio quantitatis bonorum hereditariorum & legatorum, ut ex ea appareat, legata exſuperent modum lege conſtitutum nec ne: & in exquirenda quidem quantitate hereditatis mortis tempus ſpectatur, id eſt, id ſolum hereditati computatur, quod fuit in patrimonio teſtatoris mortis tempore, *l. in quantitate 73. hoc tit.* Inde quæritur hoc loco, *an etiam fructus hereditati computentur*, vel quod idem eſt, *an augeant hereditatem, qui maturi erant mortis tempore, nondum percepti, puta vindemiæ pendentes, olivæ, frumenta pendentia?* Et Papinianus docet hoc loco, fructus ex fundo hereditario perceptos ab herede poſt mortem teſtatoris hereditati imputari, augere quantitatem hereditatis, augere æſtimationem hereditatis, ſi maturi fuerint mortis tempore, non ſi fuerint immaturi. Denique maturos fructus imputari hereditati, ſi *fundi*, inquit, *nomine*, hoc eſt, quaſi pars fundi qui videtur illo tempore fuiſſe pretioſior propter fructus, qui ſolo coherebant. Et hoc eſt, quod dicitur fructus pendentes eſſe partem fundi, *l. fructus, de rei vindic. l. ſi ſervus 2. §. locavit, de furt.* Fructus pendentes immobilibus rebus annumerantur, cum ſint pars rei immobilis, *l. 12. de reg. jur.* Et quod notandum, hi tantum fructus fundi pretium augent, qui maturi ſunt. Et in *l. ult. §. pen. quæ in fraud. cred.* ſignificatur, fundum pluris eſſe ſub meſſium, aut vindemiæ tempus, quam hiberno tempore poſt ſationem, poſt ſementem, quia nondum certum eſt, ſati fructus an ſint bene proventuri: omnes quidem fructus, ſive maturi, ſive immaturi ſunt pars fundi, ſed hi tantum augent pretium fundi, qui maturi ſunt. Et eam ob rem dixit Papinianus, *qui maturi mortis tempore fuerunt.* Nec his, quæ diximus, obſtat quicquam lex *in ratione 11. hoc tit.* quæ dicit, fructus hereditati non imputari in ponenda ratione *l. Falc.* ſed heredis lucro cedere, quoniam non eſt intelligenda ea lex de fructibus, qui maturi erant mortis tempore; hi enim proculdubio hereditatem augent, ſed de fructibus, qui ſati ſunt poſt mortem teſtatoris, vel qui maturuerunt poſt mortem teſtatoris, & poſt ab herede lecti ſunt, demeſſi ſunt, cum ſcilicet pura eſſent legata: nam ſi fuerunt conditionalia, vel in diem, fructus, qui interim maturuerunt, & percepti ſunt ab herede, heredi imputantur in Falcidiam, quaſi jure hereditario percepti: non tamen veniunt in reſtitutionem fideicommiſſariæ hereditatis. Et ita eſt accipienda lex *cum fideicommiſſ. ad Trebell.* quandoque in fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutionem veniunt tantum fructus, qui maturi erant mortis tempore; mortis teſtatoris tempore, vel qui jam ab ipſo horreis conditi erant, *l. poſtulante, §. ult. ad Trebell. l. 14. de uſufr. leg. l. 1. C. de his quibus ut indign. l. centurio, de vulg. ſubſtitut.* Oſtendit autem hoc loco Papinianus hac in re eſſe differentiam inter fructus prædiorum & partus ancillarum: Nam fructus prædiorum, ut diximus, ſive fœtus pecorum, qui etiam fructibus annumerantur, ſed fructus prædiorum proprie, qui maturi erant mortis teſtatoris tempore, hereditati imputantur: qui erant immaturi, non imputantur hereditati. Partus autem ancillarum, ſive gravidæ fuerint mortis tempore, ſive poſtea factæ fuerint, indiſtincte dicimus, non imputari in hereditatem, etiamſi mortis tempore partui proximæ fuerint. Fructus recte dicitur eſſe pars fundi, vel poſt ſementem ſtatim. Partus nondum editus, non recte dicitur pars ancillæ, nunquam recte dicitur eſſe maturus, cum nec homo recte dicatur antequam editus ſit, ut idem Papinianus ait hoc loco. Et conſequenter ancilla, quod ſit prægnans, non

A ideo videtur eſſe pretioſior. Fundus, cujus fructus ſunt maturi, videtur eſſe pretioſior. Igitur in hoc propoſito, qui eſt in utero, non habetur pro nato: nec mirum: nam ſi haberetur pro nato, prodeſſet legatariis, & qui eſt in utero, aliis non prodeſt, antequam naſcatur, *l. 7. de ſtatu hom. l. quod dicimus, de verb. ſign. l. 2. de excuſat. tut.* addo, ut non proſit patri, qui eſt in utero ad excuſationem tutelæ vel curæ: & poſtquam natus eſt, jam non prodeſt legatariis, ſed heredi, cum ad lucrum ejus pertineat, nec hereditati computetur, quia ſicut fructus immaturus non auget hereditatem, ſed poſtea perceptus lucro heredis cedit, ita ut non propter eum fructum videatur ad eum locupletior hereditas perveniſſe: ita partus nondum editus, ſicut fructus immaturus, cum necdum homo recte dicatur, non auget, ſed ad lucrum heB redis pertinet: fructus nondum perceptus recte dicitur, vel oleum, vel vinum, vel frumentum, maxime ſi ſit maturus. Nec his, quæ diximus modo, obſtat *l. intelligendus, de verb. ſignif.* quæ ait, eum, qui relictus eſt in utero, videri fuiſſe mortis tempore: nam ea vox non eſt generaliter accipienda, ſed aptanda propriis caſibus accommodatis & congruis. Pertinet ea lex ad leges caducarias Juliam & Papiam, quibus orbi, hoc eſt, qui non habent liberos, quaſi incapaces aliquatenus repelluntur a commodis teſtamentorum, & quæ eis relicta ſunt, in fiſcum rediguntur. Finge: propter iſtas leges non habenti liberos quidam legavit in tempus liberorum (quandocunque habuerit liberos) is deceſſit uxore prægnante relicta: extitiſſe videtur conditio legati, & habuiſſe liberos, odio ſcilicet legum caducariarum, ut legatum tranſeat in poſtuC mum, & ejus commodo cedat, ut ſolet plerumque poſtumus haberi pro nato, quoties agitur de ejus commodo, ut ſcilicet legatum tranſeat ad poſtumum potius, quam ad fiſcum, *l. 20. ad Treb. l. is cui, quand. dies leg. ced.* Non obſtat etiam, quod eſt in *l. 1. §. ex hoc reſcripto, de ventre inſpic.* partum antequam edatur, ait eſſe portionem mulieris. Nam ex eo potius efficies, quod Papin. ait, nondum eſſe hominem: nam portio hominis non eſt homo: qui dicit, partum eſſe portionem mulieris, negat eſſe hominem. Et licet quandoque natus dicatur eſſe pars viſcerum matris, ut illo loco Quintil. declam. 338. *filium matri eripere conaris, & partem viſcerum avellis*, tamen ex eo non efficies, hominem eum eſſe, quamvis revera ſit homo, qui jam natus eſt, & ita ut Galenus docet in lib. de hiſt. Philoſophi, Stoici, qui negabant embryon eſſe animal, D non tamen negabant eſſe portionem matris. Et quod dicitur, partum non eſſe partem ancillæ furtivæ in *l. partum, de verb. ſignif.* quæ hodie non habet locum, ſed noviſſima ſententia juriſperitorum, ea lex eſt accipienda de partu jam edito, id eſt, ſecundum eos, qui exiſtimabant, partum eſſe in fructu: fructus autem jam perceptus non eſt pars rei. Ergo ſecundum illorum ſententiam, partus jam editus non eſt pars matris furtivæ. Sed illorum opinio non obtinuit, & verius eſt, partum eſſe partem matris furtivæ, & ob id nec ancillam furtivam poſſe uſucapi, nec vindicari actione Publiciana; neque partum ancillæ furtivæ, *l. ſi ego, §. partus, de Publ. in rem. act. & l. qui vas, de furt. l. pen. de ſtatu hom.* Denique verius eſt, hodie partum non eſſe in fructu, *l. vetus, de uſufr.* Et ita etiam in hac lege ſollicite diſtinguitur partus a fructu, *l. in pecuE dum, de uſur.* Non obſtat etiam his, quæ dicta ſunt, *l. 2. de mortuo inf.* quæ ait mulierem prægnantem, ſi mortua ſit, non debere humari aut ſepeliri; antequam partus exſcindatur: ne, inquit, cum gravida ſpecies animantis perimatur. Ille locus confirmat potius, quod ait Papinianus, eum, qui eſt in utero, nondum eſſe hominem. Eſt enim ſpecies animalis, non animal. Igitur & in *l. 1. §. ſi quis prox. unde cogn.* quæ ait, nondum conceptum, nondum animatum eſſe, ſic eſt ſcriptum recte Florentiæ, hoc eſt, tantum abeſt, ut ſit animal, ut ne ſit animatum quidem, ſive animationis capax, eo ſignificatur conceptum jam animatum quidem eſſe, ſed non animal. Et rectiſſime in *l. vel vivo, de ſuis & leg.* conceptum quodammodo videri eſſe in rerum natura. Nam adhibito

hibito hoc articulo facile feram quemlibet dicere, conceptum partum quodammodo animal esse. Hæc autem fuit Stoicorum sententia, quam nostri auctores sequuntur, qui sunt omnes imbuti a Stoicis, embryon non esse animal, ac proinde nec hominem esse, antequam nascatur & exeat utero, nam non omnis, qui exit utero, nascitur. Qua de causa dubitabatur olim, an ea, quæ sibi partum abegisset, damnanda foret. In altera parte erat ratio illa, quod embryon non sit animal: quam secutus Lysias in oratione de abacto partu, ut Theon Sophista refert in præexercitamentis. In altera parte est, quod quæ partum abegit, spem animantis peremit. Ergo damnanda est. Et hæc pars obtinuit, *l. Cicero, de pœnis, l.4.de extraord. crim.* Idque etiam esse ex legibus Licurgi & Solonis Galenus scribit in eo libro, quem de hac sola re scripsit, atque inscripsit, *an embryon sit animal.* Et tentat duabus rationibus sumptis ex jure, esse animal. Una, qui est in utero potest institui heres suus jure civili, alienus jure prætorio: ergo est animal. Sed dicimus hoc fieri fictione quadam, qua habetur pro nato, cum de commodis ejus quæritur. Altera ratio est, quia, quæ partum abigit, punitur quasi infanticida: sed hoc ideo, non quod animal, sive infantem peremerit, sed spem animalis, ut in *d. l. 2. de mort. inf.* Lege divina constituitur differentia inter aborsum & abortum, Exodi cap. 21. Abortus mortem dat, morte punitur, aborsus mulcta pecuniaria. Et ex Nonio Marcel. intelligimus, aborsum fieri in exordio conceptionis, abortum prope tempus pariendi, aborsum esse, ut illo loco Exodi septuaginta interpretes vertunt, si partus non sit *ἐξεικονισμένος*, *formatus*, *s'il n'est point encore bien forme*, vel ut volunt in Psalmis, si sit *ἀκατέργαστος*. Abortum autem esse, si sit *εἰκονισμένος*, hoc est, *bene formatus*. Et sane Aristoteles non videtur improbare aborsum, dum ait, si quis velit abortionis poculum dare, aut efficere, ut mulier abortiat, ut effundat partum eum, id debere efficere antequam quid sentiat partus, Polit. 8. Tertull. in Apol. damnat etiam aborsum, qui & lege divina mulctatur, & ait, *etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissolvere non licet: homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert natum quis animam eripiat, an nascentem disturbet.* Igitur sive sit aborsus, sive abortus, quem quis paraverit, vel procuraverit, pœna dignus est, non tam quod partus nondum editus, sit animal, sed quod sit spes animalis. Et ne hanc quidem perimi oportet.

Ad L. LII. ad Senatusconf. Treb.

Si res aliena Titio legata fuerit, isque domino rei herede instituto petierit, ut hereditatem Mævio restituat, Mævius legatum inutiliter petet: non enim poterit consequi, quod ad institutum, id est, rei dominum pervenire non poterat.

IN *l. si heres aliena*, duæ tractantur quæstiones, in utriusque interpretatione est, quod desideres. Ad priorem quæstionem parum aperte ponitur species, quæ perspicue ita poni debuit. *Cajo herede instituto rem alienam puta Sempronii rem, Titio legavi sciens*, quod legatum utile esse hoc eod. lib. didicimus ad *l. unum ex famil. de leg. 2.* Et Titius eam rem alienam ab herede meo, cum nondum consecutus esset ex legati causa, mortuus est, herede instituto Sempronio domino ejus rei, eumque Sempronium rogavit, ut Mævio hereditatem restitueret: in ea hereditate, id est, in hereditate Titii fuit actio, quæ ei competebat legati nomine adversus heredem meum, a quo ei rem Sempronii legaveram: ea, inquam actio est in hereditate, ergo & in restitutionem sive fideicommissum ejus hereditatis venit ea actio. An igitur restituta hereditate Mævio, Mævius legati nomine poterit experiri cum herede meo, quod ea actio fuit in hereditate, quæ ei restituta est? Et rectissime Papinian. respondet, *Mævium inutiliter acturum cum herede meo legati nomine*, quia restituta hereditate, hæ tantum actiones fideicommissario dantur, quæ heredi instituto competebant. At heredi instituto competebat utilis petitio hujus rei, quæ sua erat: quæ res cujusque propria est, ejus fieri amplius non potest, *§. sed si rem, Inst. de leg. §. sic itaque, de act.* Ergo non competet etiam fideicommissario, puta Mævio. Denique sicut Sempronius ipse testamento Titii heres institutus inutiliter peteret rem suam ab herede meo: ita eam rem quoque petit inutiliter is, cui Sempronius rogatus est restituere hereditatem: non potest fideicommissarius, quod nec heres potuit, *l. cogi §. Mævius, hoc tit.* Eæ tantum actiones fideicommissario competunt ex Senatusconsulto Treb. quas habuit heres eo tempore, quo fideicommissario restituit, *l. ita tamen §. qui ex Trebell. hoc tit.* nullas autem habuit heres ejus legati nomine, id est, rei suæ non habuit vindicationem, quam possidebat. Ergo non habebit etiam fideicommissarius, & inutiliter petet legatum, hoc est, rem alienam. Inutiliter petet ab herede ejus, qui eam legavit, quod & heres fideicommisso oneratus, quasi dominus & possessor hujus rei, ab eodem herede peteret inutiliter. Et ita explicandum, quod est initio hujus legis.

Ad §. servus.

Servus ab altero ex heredibus libertatem, & ab altero fideicommissum hereditatis accepit: si neuter adire velit, nullæ prætoris partes erunt, quia neque propter solam libertatem compellitur adire, neque is, a quo libertas data non est, propter eum, qui nondum liber est, ut adeat compellitur. Et Senatusconsulto locus est, cum ab omnibus directa vel fideicommissaria libertas ab eo datur, a quo hereditas quoque relinquitur. Sed si forte is, a quo libertas data est, portionem suam repudiavit, vel conditione exclusus est, cum portio ejus ad alterum pervenerit, defendi poterit, adire cogendum: quid enim interest, quo jure debitor libertatis, & hereditatis idem esse cœperit?

SEquens quæstio est de servo testatoris: nam quæ de eo dicuntur, non habent locum in servo heredis instituti, qui si ab eo sit relicta fideicommissaria libertas & hereditas, non potest compelli a suo servo, ut adeat & restituat hereditatem sibi manumisso prius, quia videtur facere contra servitutem debitam domino suo, si invito velit extorquere libertatem, *l. ergo, §. sed si servo, h. t.* Ergo quæstio non est de servo heredi proprio, sed de servo testatoris proprio, cui ab uno ex heredibus testator reliquit libertatem fideicommissariam, & ab altero hereditatem fideicommissariam in portionem alterius hereditatis. Finge, cum ita esset servo ab uno herede fideicommissaria libertas ab altero fideicommissaria hereditas relicta, utrumque recusare adire hereditatem. Regulariter heres rogatus restituere hereditatem, si nolit adire, si suspectam hereditatem dicat, & implicitam multis negotiis, molestiis, idcirco se nolle eam adire: ne fideicommissaria hereditas intercidat, ex SCto Pegas. hodie Trebelliano, per prætorem cogitur adire periculo fideicommissarii, & restituere fideicommissariam hereditatem: *an is hoc casu servus, vel hunc vel illum heredem compellere potest, ut adeat?* Minime: non potest compellere eum, a quo libertatem fideicommissariam accepit, quia propter libertatem solam, vel propter aliud quodlibet legatum aut fideicommissum singulare, nemo cogitur adire hereditatem, atque ita se implicare negotiis hereditariis, quod ostenditur in *l. seq. h. t.* Non potest etiam cogere adire eum, a quo fideicommissaria hereditas ei relicta est, quia non potest heres cogi, nisi ab eo, cui restitui potest hereditas. Huic autem servo non potest restitui, quia nondum est liber. Ergo non potest postulare decretum prætoris, quo cogatur heres adire, *l. si cui pure §. 1. h. t.* Ergo neutrum cogere potest. Et ita initio definit Papinianus in hoc §. videlicet, si uterque recusat adire hereditatem: nam si unus sua sponte adeat hereditatem, puta, is, a quo fideicommissaria libertas relicta est, sane alter, a quo relicta est fideicommissaria hereditas, cogitur etiam adire & restituere, tametsi non sit ab eo data fideicommissaria libertas, sed hereditas tantum, *l. cogi §. ult. h. tit.* Idem-

que

A que probandum eſt omnino, atque ita erunt duæ exceptiones, ſi is a quo relicta eſt fideicommiſſaria libertas, repudiaverit portionem ſuam, vel conditione excluſus ſit, cum eſſet heres inſtitutus ſub conditione, atque ita amiſerit ſuam portionem, quo caſu portio ejus, quæ deficit, defertur alteri coheredi, a quo ſervo relicta eſt fideicommiſſaria hereditas, & defertur cum onere fideicommiſſariæ libertatis, *l. ſi Titio*, *§. ult. de leg.* 2. Et ita idem incipit eſſe debitor libertatis & hereditatis. Ac propterea, ut idem Papinianus oſtendit hoc loco, cogetur adire hereditatem: cum portio alterius ad eum pervenerit, defendi poteſt adire cogendum. Portio deficiens, quo jure pervenit ad heredem, num alio jure, quam jure accreſcendi? Atqui non adcreſcit, niſi ei, qui adivit pro ſua parte: non habenti partem ſuam, nihil accre-B ſcit, *l. 33. de uſufr.* Ergo ponit portionem ad eum perveniſſe jure accreſcendi, & deinde eum adiviſſe coactum, aut cogi poſſe adire. Sane verbum *pervenire*, aliter accipitur, quam uſurpatur vulgo, nempe pro deferri, non pro cedere diem, vel pro acquiri. Idem hæc duo verba poſſunt, *pertinere* & *pervenire*, *pertinere* eſt deferri, *l. ſi ita ſcriptum*, *§. ſi ſub conditione*, *de leg.* 2. *l.* 14. *de lib. & poſt.* Et ita quoque *pervenire* hoc loco, id eſt, deferri juri accreſcendi, quod poſtquam adierit adcreſcet demum, atque ita adeundo aſſem obtinebit, & reſtituendo etiam reſtituet aſſem: quamvis rogatus ſit de ſua portione tantum, etiam reſtituet, quod jure accreſcendi ei obvenerit, id eſt, portionem coheredis, qui repudiavit: nam qui compulſus eſt adire, nihil poteſt retinere ex teſtamento defuncti, id eſt, ex voluntate de-C functi expreſſa vel tacita non retinere poteſt legatum, non fideicommiſſum, non Falcidiam, ſed reſtituet aſſem integrum, non ſubſtitutionem pupillarem, quando quis eum, quem ſibi heredem fecit, juſſit etiam filio ſuo impuberi heredem eſſe: denique perdit omnia, & jus accreſcendi, *l. nam qui §. qui compulſus*, *l. ita tamen §. qui ſuſpectum*, *l. ſi patroni §. qui fideicommiſſum*, *in fine hoc tit.* Et hoc erat præcipue notandum ad hunc §. Et hoc quidem de duobus heredibus inſtitutis, ſicut initio pure poſuimus ſpeciem, quorum ab uno ſervo relicta ſit libertas fideicommiſſaria, ab altero hereditas per fideicommiſſum pure, vel ſub eadem conditione, vel in eandem diem. Certum eſt heredem poſſe compelli adire hereditatem, etiam poſtulante ſervo: nam licet alias ſervus non poſſit jure conſiſtere, vel cauſas defendere; D tamen propter ſpem libertatis & hereditatis, etiam per ſe aditum habet ad prætorem in *l. mulier*, *cui non eſt*, & *l. cogi*, *§. pen. hoc tit.* Et hoc quidem, niſi ſervus ſit impubes: nam impuberes non habent aditum in jus ſine tutoribus, & qui ſervus adhuc eſt, tutorem habere non poteſt: eſt enim tutela jus in capite libero: ſed poterit idem poſtulari per alium, nomine ſervi impuberis. Et ita nos, expoſuimus latius *lib.* 11. *quæſt. ad l. ſi impuberi*, *de tut. & curat. dat.* Ergo concludamus: ſi ab eodem herede eidem libertas & hereditas ſit relicta per fideicommiſſum pure, vel ſub conditione, aut in diem, is heres cogetur adire & manumittere, reſtituere manumiſſo. Idem admittemus, ſi libertas ſit relicta pure ab eodem herede, & hereditas ſub conditione, quia etiam ante conditionem fideicommiſſi, ſuſpectam hereditatem E dicit, & ob id adire, recuſat compelli poteſt adire; & non adire tantum, ſed & manumittere & reſtituere ante conditionem fideicommiſſum, & ante diem, *l. apud §. ult. l. ſi cui pure*, *in princ. hoc tit.* Si ſua ſponte velit adire, etiam non interveniente prætore, non jubente prætore, ſane non reſtituet fideicommiſſum ante diem, ante conditionem, *l. ſed etſi*, *hoc tit.* Sed ſi compulſus adeat, qui dicebat ſibi ſuſpectam eſſe, cogetur ſtatim reſtituere, ut in ſuperioribus. Sed non erit idem e contrario, ſi libertas ſit relicta ſub conditione, hereditas pure: nam hoc caſu non poterit cogi adire, antequam conditio libertatis extiterit, quia nondum facto libero, non poteſt reſtitui: fruſtra poſtulat adire hereditatem, cui ea nondum poteſt reſtitui, *d. l. ſi cui pure*, *§. 1.* Idemque dicemus, ſi libertas & hereditas relinquantur ſub diverſis conditionibus: nam eadem ratione exſpectanda erit conditio libertatis, antequam heres, qui ſuſpectam dicit, poſſit per prætorem compelli. Et hæc quidem de fideicommiſſaria libertate. Fideicommiſſaria libertas poteſt relinqui ab uno ex heredibus. Directa autem libertas inutiliter relinquitur ab uno ex heredibus; relinquenda eſt ab omnibus, puta poſt inſtitutionem omnium heredum: Nam quæ poſt inſtitutionem omnium heredum ſcribitur directa libertas, ab omnibus relinqui videtur: ſi relinquatur directa libertas ante inſtitutionem heredis, inutilis eſt, quia a nemine heredum relicta videtur: Et ſimiliter libertas, directa relicta inter medias heredum inſtitutiones, non valebat, quia videbatur relicta a primo herede, non a ſequenti: non poterat autem relinqui libertas directa ab uno, *§. ante heredis*, *Inſtitut. de leg.* niſi ſcil. ſcriptus heres prior adiiſſet, ut oſtendit Ulp. *Inſt. tit.* 1. Relicta autem directa libertas ab omnibus, ut oportet unum heredem adire ſufficit, ut competat libertas, ſed is tantum poteſt compelli adire per prætorem, a quo etiam eidem ſervo relicta eſt fideicommiſſaria hereditas, quia propter libertatem ſolam nemo compellitur adire, videlicet ſi libertas fuit relicta pure. Alioquin exſpectanda eſt conditio, aut dies libertatis, quia nondum eſt perſona, cui hereditas reſtitui poſſit, *l. ſi patronus*, *§. Imperator*, *hoc tit.*

Ad L. Titius LIV. ad SC. Trebell.

Titius rogatus eſt, quod ex hereditate ſuperfuiſſet Mævio reſtituere: quod medio tempore alienatum, vel deminutum eſt, ita quandoque peti non poterit, ſi non interveniendi fideicommiſſi gratia tale aliquid factum probetur: verbis enim fideicommiſſi bonam fidem ineſſe conſtat. Divus autem Marcus cum de fideicommiſſaria hereditate cognoſceret, his verbis, (quicquid ex hereditate mea ſuperfuerit, rogo reſtituas) & viri boni arbitrium ineſſe credidit. Judicavit enim erogationes, quæ hereditate factæ dicebantur, non ad ſolam fideicommiſſi deminutionem pertinere, ſed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, diſtribui oportere, quod mihi videtur non tantum æquitatis ratione, verum exemplo quoque motus feciſſe. Cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quæreretur, præcipuum autem, quod in caſtris fuerat acquiſitum, militi relinqui placeret, conſultus Imperator ſumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis, pati debuit, ſed pro rata etiam caſtrenſis pecuniæ decedere oportere conſtituit. Propter ejuſmodi tractatus, Mævius fideicommiſſi nomine cautionem exigere debet: quod eo pertinet, non ut ex ſtipulatione petatur, quod ex fideicommiſſo peti non poterit, ſed ut habeat fidejuſſores ejus quantitatis, quam ex fideicommiſſo petere potuit.

HÆc eſt quæſtio: an heres, qui in diem, vel ſub conditione rogatus eſt reddere alteri, quod ex hereditate ſuperfuerit, cedente die fideicommiſſi, *interim medio tempore aliquid ex hereditate alienare vel deminuere poſſit, & quatenus? & an ſi quid alienaverit interim, vel deminuerit, id ab eo fideicommiſſarius petere poſſit, cedente die fideicommiſſi?* Alienare eſt rei hereditariæ dominium in alium transferre: deminuere eſt, veluti rem hereditariam pignori obligare, vel prædio hereditario ſervitutem imponere, aut debitam remittere, aut non utendo amittere. His enim modis deterius fit jus, deterior conditio prædii hereditarii. Item deminuere eſt ſumptus & erogationes facere, victus ſui ac ſuorum cauſa, puta penum hereditarium ebibere vel abſumere. Unde dicitur etiam deminutum, quod uſucapione de hereditate exiit, ut ſi res ab herede alicui data fuerit non alienandi animo, & ab eo, cui dedit vendita ſit, & uſucapta a bonæ fidei emptore, *l. deperditum*, *de petit. heredit.* Ut autem quæſtioni propoſitæ reſpondeamus: heredi rogato *poſt mortem ſuam reſtituere, quod ex hereditate ſuperfuerit*, videtur permittenda alienatio: quia hoc voluiſſe teſtatorem palam eſt, cum dixerit: ut id tantum reſtitueret, quod ex hereditate ſupereſſet. Et ita etiam *l. deducta*, *§. pen. & ult. hoc tit.* Sed quæſo

quis

quis erit hujus deminutionis modus? An permittemus deminutionem in infinitum? minime. Sed si quid bona fide alienaverit heres, si ex justa causa, veluti ex causa dotis, cum mulier heres instituta non posset aliunde sibi dotem conficere, *l.mulier*, *§.cum prop.hoc t.* vel ex causa donationis propter nuptias, vel ut redimat parentes suos, aut fratres ab hostibus. Finge, heredem ex hereditate aliquid deminuere, ut redimat suos ab hostibus, quæ est causa justissima & piissima, ut alat se & suos: nam sæpe prædia, quæ alere solent, ipsa ali oportet, tantum abest, ut sufficiant nostris alimoniis. Ita igitur heres, si quid ex hereditate alienaverit bona fide, & ex justa causa, id fideicommissarius ab eo petere non potest cedente die fideicommissi, ut si quid bona fide pignori obligaverit, non potest heres cogi a fideicommissario, ut id luat & repigneret. Denique id tantum peti ab herede potest, quod tantum relui & repignerari ab herede debet, quod dolo malo fecit, hoc est, quod alienavit vel deminuit dolo malo interveniendi sive deminuendi fideicommissi causa; hoc est, in necem fideicommissarii, ut *d. l.deducta*, *§.ult.l.sed etsi lege*, *§.quod autem*, *de petit.hered.* in petitione fideicommissi, ut ait *d.l.mulier*, *§.cum proponebatur*, *h.t.* Id enim peti ab eo potest, quorum pretia convertit in rem suam, ut *d.§.quid autem*, quia nec proprie deminuisse videtur, nec absumpsisse, quod vertit in suum patrimonium heres, *l.Imperator*, *§.ult.* adhibitis duabus *legibus seqq.de leg.* 2. Ergo ex hujus fideicommissi causa heres restituet tantum atque præstabit, quod dolo malo deminuerit in fraudem fideicommissi: vel quod convertit in suum patrimonium. Non igitur deminutio vel alienatio ei in infinitum permittitur, non passim, non dissolute, sed adhibita bona fide, fraudem non permittit, sive alienationem aut deminutionem fraudulentam & copiosam. Et subjicit Papinianus in hac ipsa specie, Imperatorem Marcum cognomento philosophum decrevisse, his etiam verbis fideicommissi inesse arbitrium boni viri: nam idem est bona fides, & arbitrium boni viri. Et ob id, cum constaret verbis fideicommissi inesse bonam fidem, addit Marcus, etiam inesse arbitrium boni viri, scil. ut id tantum heres alienare, vel deminuere possit ex hereditate, quod bonus vir, aut arbiter æqui & boni censeret, probaret, & arbitraretur: videlicet, non tantum pro modo hereditatis fideicommissariæ, sed etiam pro modo ceterorum bonorum heredis, ut. est in *l.3.§.nonnunquam*, *de usur.* Et hoc decretum D.Marci, quod affert Papinianus hoc loco, adducitur etiam in *d.l.sed etsi lege §.quantum.* Ergo non est satis bona fide deminuere, sed etiam oportet deminutionem fieri boni viri arbitratu, ut si quid heres erogaverit & impenderit, quod dicatur sumpsisse ex hereditate, ex quo locupletior factus non sit, id reputet pro rata, non tantum heredi, sed etiam proprio patrimonio. Exempli gratia, si in patrimonio heredis sunt ducenta, in hereditate fideicommissaria centum, & erogaverit duodecim, patrimonio suo expensa feret octo, hereditati quatuor, servata scilicet eadem proportione, nempe duplæ in distribuenda erogatione, quæ est in bonorum quantitate. Et hoc ita prudenter Papinianus ait, D. Marcum decrevisse, non tantum æquitatis ratione motum, sed etiam exemplo, quia scil. DD. Imperatores olim eandem secuti erant rationem in alia specie, quam exponit Papin. Sciendum est, filium emancipatum, qui admittitur ad bonorum possessionem ex edicto unde liberi, vel ex edicto de bonorum possessione contra tabulas, una cum fratribus, qui non fuerunt emancipati, hunc, inquam, filium emancipatum debere conferre, *rapporter*, & in commune contribuere bona pagana, quæ habuit a patre, vel aliis, hoc est, profectitia & adventitia bona, castrensia autem, vel quasi castrensia non communicat fratribus, sed retinet præcipua, *l.1.§.nec cast.de coll. bon.* quod est ex Constitutionibus principum. Nunc finge: filius emancipatus, qui habebat bona pagana & castrensia, multos sumptus in militia fecit, an eos omnes sumptus imputabit bonis paganis, ut eo minus conferat fratribus, & integram pecuniam castrensem retineat? Recte *pecuniam castrensem* dicit, non *peculium*, quia filius fuit emancipatus, & emancipati pecuniam vel patrimonium habent, non peculium, *l.1. quand. de pec. act. annal. l.pen.de verb. sign. l.ult. C.de inoff. testam.* Ex quo etiam palam est, in hac lege olim male legisse quosdam *peculium*, pro *præcipuum*, quia emancipatus non habet peculium, dum scilicet Papinianus ait, filium emancipatum, quod in castris acquisivit, retinere præcipuum, hoc est, non conferre fratribus. Respondeamus quæstioni propositæ: quibus bonis eos sumptus expensos faciet, paganis an castrensibus? Et ait ab Imperatore, forte D.Pio, constitutum fuisse, ut ex utroque patrimonio pagano & castrensi: sunt enim veluti duo patrimonia duorum hominum, eos pro rata decedere oportere. Exempli gratia, si in bonis paganis sint quadraginta, in castrensibus viginti, & in militia impenderit 24. paganis bonis imputabit sexdecim, castrensibus octo, ubique servata proportione dupla. Eadem etiam ratio servatur in specie *d.l.sed & si lege §.quod omnium*, quam nos attulimus hoc loco ut summe notandam. Quidam bona fide possidebat hereditatem quasi heres, cum non esset heres, sed esset forte scriptus testamento injusto, quod tamen ipse justum esse arbitrabatur. Denique bona fide possidebat hereditatem, ergo petitione hereditatis non tenetur, nisi ut restituat quod restat ex ea hereditate, & id ex quo ipse factus est locupletior, *d.l.sed & si lege §.constat.* Is vero, dum possidebat hereditatem, bona fide deminuit quædam ex hereditate, & consumpsit in suos usus aliquanto latius, quam fecisset, si non existimasset se heredem esse, cum sumptum expensum ferret non tantum hereditati, sed etiam bonis suis pro rata: & bonis quidem suis pro rata ejus, quod etiamsi heres non fuisset, impendisset, suæ vitæ tuendæ causa frugaliter, ut ante delatam hereditatem solebat ætatem vivere suam, hereditati autem expensum ferret eum sumptum pro rata ejus, quod latius impendit contemplatione hereditatis. Et legendum in illa lege, non ut Haloand. *latius*, quod Duar. probat, sed ut Florent. *lautius*. His exemplis moti concludamus, & in specie proposita erogationem factam ex hereditate, sive impensas, secundum quod exigit arbitrium boni viri, decedere debere, non ex hereditate tantum, sed ex bonis heredis propriis pro rata. Illud non est omittendum, quod in extremo hujus legis ait Papinianus, *propter hujusmodi tractatus*, hoc est, propter ea omnia, quæ diximus ante de ea quæstione, eum, qui heres rogatus est restituere quod ex hereditate superfuerit, posse ab eo exigere satisdationem fideicommissi nomine, ne plus æquo deminuat heres. Et eleganter ait, non exiget satisdationem, ut exigitur plerumque, & potest exigi, ut scil. petat ex stipulatu, quod ex fideicommisso petere non potest, ut fit in *l.fideicommissum, de condict.indeb.* si sit locus legi Falcid. heres, qui ex testamento non tenetur ultra dodrantem legatario vel fideicommissario, poterit se in solidum obligare, si velit ex stipulatione, fidei plenæ defuncto exhibendæ gratia: Sed in hoc proposito exigit cautionem ab herede, sed ut quod ex fideicommisso peti potest, petat etiam ex stipulatu, vel ab herede, vel a fidejussoribus ejus quantitatis, quam ex fideicommisso petere potest. Idque exemplo edicti, *ut legatorum nomine caveatur.* Quod trahitur etiam ad hereditatem, *l.Imperator*, *hoc tit. l.inter*, *qui satisd.cog.l.hæc stipulatio*, *ut leg. non.cau. l.4.C. ut in possess. leg.& Nov.* 108. Cavebit igitur heres fideicommissario datis fidejussoribus de restituendo eo, quod bonum & æquum erit, & de dolo malo, ut *l.11. ut legat. nom. cav.* Puta de non deminuendo fideicommisso, ultra quam æquitas ferat, & arbitrium boni viri.

Intelleximus, heredi rogato post mortem suam restituere quod ex hereditate superfuerit, medio tempore eas tantum alienationes sive deminutiones permitti, quæ non fiunt fideicommissi intervertendi causa, & his fideicommissi verbis inesse bonam fidem, & arbitrium boni viri. Nunc videamus, cur hanc definitionem Papiniani Justinianus improbavit in *Nov.* 108. & quid tandem fixe de quæst. proposita novissime definierit Justin. Papinia-

pinianum, quæ sensit de hac quæstione, quasi dedita opera scripsisse in ænigma, ut ait, quia scilicet his verbis, *bona fide, boni viri arbitratu, non intervertendi fideicommissi causa*, quibus in definienda hac quæstione Papin. utitur, non exprimit certam quantitatem; & sunt obscura admodum verba. Fateor veluti certam exprimere, *l.1.de leg.* 2.maxime illa, *viri boni arbitratu*, sed nego exprimere certam: Nam & bonæ fidei verbum non exprimit certam quantitatem, ut ob eam rem actiones bonæ fidei, dicantur actiones incertæ pecuniæ. *Cicer. in orat. pro Rosc.* Ac præterea modum illum, quem præscripsit Papinian. non esse modum finitum, illud non esse finitionem. Ac veluti ænigma potius quoddam esse, sive obscurissimam finitionem, quæ constat veluti quibusdam involucris verborum. Nam solemus omnia verborum involucra, imo omnia quæcunque fiunt ex obscuro appellare ænigmata, ut Theb. insidias hostium, quæ fiunt ex occulto semper. vocaverunt ænigmata, ut refert Eustathius Odyss.14. dum reddit rationem hujus appellationis. Volunt enim, inquit, qui sunt in insidiis latere & subsidere occultissimo loco, etiam media nocte. Captant enim tenebris ipsis tenebrosiorem locum, quare & ænigmata dicimus quæcumque superant obscuritatem omnem, & quæ non apparent. Et ita in *Novel. 97.* veluti in ænigmate idem Just. fecit, ut quotiens inæqualis est quantitas dotis & donationis propter nuptias, quam contulit vir uxori, cum in dote sint sex millia, in donatione propter nuptias duo millia, & in casum mortis, vel in alium casum vir ex dote stipulatur quartam partem, & mulier ex donatione similiter quartam partem, ut æquales quidem videantur esse partes lucri, cum sint quartæ ultro citroque, nec tamen sunt æquales reapse sive quantitate propter inæqualitatem dotis & donationis propter nuptias. Inde fit veluti ænigma, ut quæ sunt æquales lucri partes, non sint æquales: sicut illud, ut vir, non sit vir, nempe spado: percussit non percussit, cum conjecit quidem lapidem, sed non attigit: avem & non avem puta vespertilionem, quod Athenæus explicat *lib.* 10. Et ita quoque non videre idem in ænigmate, id est, videre & non videre. Et similiter *l.un.C.de nudo jure Quirit. toll.* rem suam dicere ex jure Quiritium, ut *l.1.de rei vind.* non multum, inquit, discrepare ab ænigmate, quia quod dicitur esse jus Quiritium, id non est in usu rerum, nec apparet uspiam hodie. Etenim jus habet sua ænigmata: Juvenal. *qui juris nodos, & legum ænigmata solvat.* Justinian. *d. Nov.* 108. sublato omni ænigmate in proposita quæstione novissime certum modum constituit, quem sequatur heres, & servet in alienando, vel deminuendo aliquid ex hereditate fideicommissaria, puta ne ex hereditate heres, qui rogatus est post mortem suam restituere quod ex hereditate superfuerit, interim plus alienare, vel deminuere possit, quam ut quadrans fideicommissario conservetur illibatus. Dodrantem igitur ille heres consumere potest, quacumque ex causa prodigere, si velit, & dissipare, sive sit ex liberis, sive extraneis: quin etiam quadrantem residuum attingere potest ex justissima causa, veluti ex dotis causa, vel donationis propter nuptias, ut eam sibi conficiat, sive compleat, vel ex causa alimentorum, vel ex causa redemptionis captivorum. Si his causis non sufficiat dodrans, licebit etiam quod deest replere ex quadrante, qui alioqui integer servandus est fideicommissario. Ac propterea, ut idem Justin. constituit, quadrantis nomine fideicommissarius ab herede cautionem exigere potest, qui rogatus est restituere superfluum hereditatis: neque enim exigendo cautionem videtur agere de hereditate viventis, quod quidam objiciunt, quia non vivo testatore, sed mortuo cautionem exigit, ut habeat fidejussores ejus quantitatis, quam ex fideicommisso quandoque petere poterit, quod congruit cum fine hujus leg. *Titius*. Ita intelligimus modo, quemadmodum huic legi derogaverit. Justin. certiore modo alienationi, sive deminutioni fideicommissariæ hereditatis constituto atque præscripto. Nunc circa hanc quæstionem incurrunt quatuor aut quinque quæstiones. Prima est, si heres nil consumpserit ex hereditate fideicommissa, an heres heredis possit dodrantem deducere aut retinere, quem prior heres consumere potuit? Et quod miror, Accurs. respondet, posse, *in authent. contra, si rogatus, C. ad Trebell.* Quæ opinio est falsissima. Quia palam est, testatorem qui rogat restitui quod ex hereditate superesset herede moriente ea mente fuisse, ut si aliquid consumpsisset, residuum restitueret, si nihil consumpsisset, assem restitueret: nam & superflui nomine continetur as, nec ineleganter etiam as dicitur superesse, ex quo nihil abest, nihil absumpsit heres. Et sane restituet assem, si fructus medio tempore percepti sufficiant quartæ Falcid. quæ in fructus imputatur, *l. in fideicommissarium, l. ita tamen §.1. hoc tit.* nisi heres institutus sit ex liberis, qui liberi onerati fideicommisso, quo jure utimur hodie, fructus medio tempore perceptos, non imputant in quartam, *l. jubemus, C. eod. tit.* Sed si fructus medio tempore percepti nulli sint, vel si non sufficiant quartæ, extraneo herede instituto: nam ex liberorum corpore sive numero, ea repleta sive deducta, residuum heres fideicommissario præstabit: heredi igitur, qui nihil consumpsit ex hereditate fideicommissa, vel etiam heredi heredis datur quartæ retentio sive deductio, *l.10. C. ad leg. Falcid.* Qua tamen hac in re abutitur Accurs. Quare etiam heredi heredis datur interdictum quod legatorum, quod propositum est Falcidiæ retinendæ gratia, *l.1. §.1. quod legat.* Dodrantis deductio non datur heredi heredis, quia nec ipsi heredi datur, sed consumptio tantum. Si daretur heredi deductio dodrantis, daretur & heredi heredis, sed nec heredi priori datur, quadrans deducitur jure testamenti, hoc est, jure hereditario, *l. qui duos de leg.* 2. Dodrans non deducitur, sed consumitur pendente conditione fideicommissi ex præmissa Novella Constit. Justin. Rursus quæritur, *an qui rogatus est restituere quod ex hereditate superfuerit, etiam fructus superfluos restituere debeat?* Sed hanc quæstionem non debeo explicare hoc loco, sed lib. seq. ubi pluribus explicabitur *d. l. 3. §. nonnunquam, de usur.* Et ibi etiam explicabitur alia quæstio, an qui rogatus est restituere, non quod ex hereditate superfuerit, sed quod ex hereditate ad eum pervenerit, debeat etiam restituere fructus exstantes existente conditione fideicommissi. Has igitur duas quæstiones reservabimus. Sequitur quarta quæstio, *an is, cui superfluum hereditatis restituitur ex causa fideicommissi, sit Trebellianus fideicommissarius*, id est, *an pro rata ejus, quod ei restituitur, in eum transeant actiones & obligationes activæ & passivæ*. Et videntur non transire ex *l. cogi §. inde quæritur, h.t.* quia non hereditas relicta est per fideicommissum, sed res sive quantitas ex eo, quod supererit. At sane verius est, in eum transire Trebellianas actiones, cui superfluum hereditatis restituitur, atque ita fideicommissarium esse Trebel. fideicommissarium hereditatis, non rei, aut quantitatis certæ, alioquin nihil hæc lex pertineret ad hunc tit. Et *d. l. cogi §. inde quæritur*, ut rectissime Bartolus animadvertit hoc loco, loquitur de eo, qui rogatus est restituere superfluum hereditatis, deductis oneribus hereditariis omnibus, deducto ære alieno, deductis legatis: hic debet fideicommissarium indemnem servare, aut debet hereditatem restituere sine deductione æris alieni, vel legatorum. Ultima quæstio hæc est, quid sit dicendum de eo, qui simpliciter rogatus est hereditatem restituere, non superfluum hereditatis, sed hereditatem, an potest aliquid ex hereditate alienare vel deminuere? Et regulariter non potest. Et id quod alienavit, fideicommissarius persequi potest judicio in rem adversus quemlibet possessorem. Est enim ei actio personalis ex testamento adversus heredem, *l. ult. §. sed quæritur, C. comm. de legat.* Illud tantum observandum est, libertatem, quam heres dedit servo hereditario ante restitutam hereditatem, cum ipsius erat servus, nondum factus fideicommissarii, servo non posse eripi, sed fideicommissario esse persecutionem æstimationis servi adversus heredem, *l. quidam §. pen. l. si heres institutus §.1. h.t.* Vix unquam eripitur servo libertas, cui semel competit, nihil est, quod ægrius revocetur. Et ut

ait

ait *d. l. quidam*, libertas servo conservatur. Nam & similiter idem obtinuit *in specie l. qui pure, in princ. h. t.* servo relicta est libertas pure, hereditas fideicommissaria sub conditione: heres institutus suspectam dicit hereditatem antequam existat conditio fideicommissi. Ergo cogitur adire statim ante conditionem fideicommissi, & non tantum adire, sed etiam restituere. Aditio eripit servum in libertatem, & aditionem sequitur restitutio fideicommissi. Sed quid fiet, si postea deficiat conditio fideicommissi? Bona non debent remanere apud fideicommissarium: & ea hereditas constituetur sine effectu: non est enim æquum heredem, qui coactus adiit, alligari oneribus hereditariis. Itaque quod ad onera attinet, hereditas adita habebitur pro non adita, sed quod ad libertatem attinet, in quam raptus est servus ex ipsa aditione, non habebitur pro non adita, neque enim servo eripi poterit. Item illud notandum, heredi scripto rogato hereditatem restituere permitti alienationem quartæ Falcidianæ, quibus casibus quartæ locus est, & poterit alienare ad modum quartæ, ad finem quartæ, & res alienatæ imputabuntur in quartam, *l.3. §.2. h. t.* quod supra quartam alienabitur, vindicabitur. Item sciendum est, si liberis non extraneis heredibus institutis, quarta non sufficiat doti, vel donationi propter nuptias constituendæ pro dignitate personarum & natalium, sicut constitui eam semper ad eum modum oportet, hoc casu licebit etiam liberis ex residuo sumere præter quartam, quantum satis est doti, vel donationi propter nuptias. Sed hoc liberis tantum permittitur, non extraneis, quando simpliciter sunt rogati restituere hereditatem: Nam si rogati sint tantum superfluum restituere, quod ad constituendam dotem attinet, idem est jus extraneorum & liberorum. Et hæc comprobantur ex *l. mulier §. cum propon. h. t. & Nov. 39.* Et observandum, quod in hoc proposito vult *d. §. cum propon.* ut heres simpliciter rogatus restituere hereditatem, si sit ex liberis, præter quartam detrahat & alienet interim quantum satis est, doti vel donationi propter nuptias, nisi sc. fructus medio tempore percepti sufficiant doti. Neque mirum: nam ante *l. jubemus, C. ad Treb.* liberi imputabant fructus in quartam, & similiter in dotem vel donationem propter nuptias. Cum autem hodie fructus non imputent in quartam, ergo nec imputabunt in dotem, non sufficiente quarta, vel dote, & utentur liberi quasi duplici deductione, quartæ scilicet & repletione dotis, vel donationis propter nuptias.

Ad L. etiamsi IX. ut in possess. legat.

Etiamsi condemnatus heres fuerit, nec pecuniam solverit, legatarius potest desiderare mitti in possessionem. Cum sub conditionibus contrariis eadem res duobus legetur, si non caveatur, uterque mittitur in possessionem.

IN hac l. proponuntur duæ breves sententiæ Papiniani. Priorem vulgus interpretum non intelligit, & Accurs. male ad eam notat *l. 1. §. plane, & l. etiam, tit. sup.* quasi scilicet in ea idem, quod in illis contineatur, quod longe secus est. Ejus sententiæ verba hæc sunt: *etiamsi, &c.* Quæ ut perspicue intelligantur, est sane intellectu dignissima, quia singularis, sciendum est, ex edicto proposito *tit. sup. proximo*, ei, cui legatum relictum est in diem, vel sub conditione, si hoc desiderabit, heredem satisdare debere, se iisdem diebus daturum facturumve, quibus testator dari fieri voluit, & dolum malum abfuturum, quod plerique legatarii & fideicommissarii exigere solent, ut habeant fidejussores legati aut fideicommissi, quod quandoque eis licebit petere, cum medio tempore posset heres profligare & dissipare omnem hereditatem. Verum non interponitur hæc satisdatio, si testator heredi eam remiserit, si vetuerit ab herede satis exigi, vel si quocunque alio judicio appareat, noluisse testatorem ea satisdatione heredem suum onerari. Nam hodie ex Constitutione Marci & Commodi, quocunque judicio voluntatis hæc cautio remitti

A potest, *l. 2. C. ut in posses. leg. l. eum tale §. 1. l. avia, §. ult. de cond. & demonst. l. pactum, de pact. & Nov.* 108. Alioquin si testator non remiserit istam cautionem, locum ea habet, & cavenda est postulantibus legatariis aut fideicommissariis. Et locum habet etiam in fideicommissaria hereditate, ut diximus *ad l. Titius, ad Trebell.* Imo & in directa hereditate, ut in substitutione vulgari, herede primo scilicet instituto sub conditione, & pendente conditione, postulante bonorum possessionem secundum tabulas, quam prætor facile dat antequam exstiterit conditio, licet jure civili bona non possint adimi antequam exstiterit conditio, *l. inter, qui satisd. cogant. l. 8. de prætor. stip.* Quid fiet, si heres nolit satisdare? Incivile est quodammodo liberum hominem cogi quid facere invite. Qua de causa, si nolit satisdare, sane non
B cogetur satisdare. Verum vice satisdationis legatarius mittetur in possessionem omnium rerum, quæ ex causa hereditaria sunt, ex edicto proposito in hoc tit. Qua quidem missione in possessionem legatario & fideicommissario, neque proprietas datur, neque possessio, sed jus pignoris, ut cui cautum non est satisdatione, sit cautum pignore; missio in possessionem constituit pignus, quod dicitur prætorium pignus: nam mittitur in possessionem per prætorem, vel præsidem ex edicto, *l. misso, pro empt.* & in tit. *C. de prætor. pign. l. jure legati, C. ut in possess. leg. l. filiusfam. §. Divi, in princ. de legat.* 1. id est misso in possessionem datur jus pignoris, & per hoc datur etiam ei custodia & observatio rerum hereditariarum, ut vel tædio custodiæ heredi extorqueat cautionem, quam initio desideravit, *l. 3. §. ult. & l.* 10. *de*
C *acqu. possess. l. cum legati, quibus ex causis in possess. l. 5. in princ. hoc tit.* Nec enim missus in possessionem potest heredem expellere possessione, sed simul cum eo possidet res hereditarias, vel in earum possessione est. Est enim proprius in possessione, quam possidet, *d. l.* 10. quamdoque possessio dicitur vicaria, *l. postquam, §. 1. tit. sup. prox.* quia scilicet est vice cautionis, *l. si furtum §. si quis damni, de dam. infec.* At quæso rursus, quid fiet, si heres legarium prohibeat, quem prætor jussit ire in possessionem, ingredi possessionem? Sic tandem legatarius perveniet ad jus suum ocissime, etiam ante diem, puta, vel ante conditionem: nam heres, qui ingredientem prohibuit, ei tenebitur actione in factum, in id, quod interest, hoc est quanti ea res erit, quæ legata est, perinde atque si conditio legati extitisset, coercendæ heredis contumaciæ gratia.
D Nec enim in hac specie, id quod interest egredietur pretium rei, sed propter contumaciam heredis, æstimatio rei repræsentabitur, videlicet non exspectata die vel conditione, *l. pen. quib. ex causis in possess. eat. l. 4. §. condemnatio, de tab. exhib.* Hic est ordo juris, quem in hac re servari convenit, ut satisdationi, si deficit, succedat missio in possessionem, & missioni, si impedimentum afferat heres, succedat repræsentatio legati, ac si purum esset legatum & præsens. Verum ad hæc notandum est, interdum etiam de puro & præsenti legato hanc cautionem interponi, puta, si heres velit litigare, & legatum quod est purum & præsens, non debere: Nam hoc casu post litis contestationem, nec enim ante litis contestationem liquido apparet velle heredem litigare, postulante legatario, hæc cautio exigitur ab herede, quia nonnul-
E las moras exercitio judicii habet, & inter eas moras posset heres rem legatam disperdere. Et hoc ostenditur in *l. 1. §. plane, l. hac stipulatione, in princ. l. etiam, tit. supr. prox. l. uxor. §. ultim. de legat.* 3. Sed addamus etiam post condemnationem, hoc est, herede damnato legatum solvere, si appellaverit, eadem ratione cautionem, si omissa fuerit, interponi, quia appellatio trahet negotium, & interim posset res legata perire dolo, aut culpa magna heredis. Igitur, si sit purum legatum, hæc cautio interponitur, non tantum post litis contestationem, sed etiam post condemnationem, si adhuc heres velit litigare, & provocet ad majorem judicem. Sed hoc postremo casu notandum est, hoc interesse, quod herede condemnato appellante, legatarius non mittitur in possessionem om-

nium rerum hereditariarum, sicut fit ex edicto, dum recusat cavere heres, sed mittitur tantum in possessionem rei legatæ, de qua judicatum est ex Constit. Marci. Ait, si modo is legatarius paratus sit cavere de ea re conservanda, & heredi restituenda, si forte secundum eum pronuntiatum fuerit, *l. postquam 9. tit. sup. prox.*. Hoc igitur casu cum heres damnatus est solvere, nec solvit, sed appellat, cessat hoc edictum, & locum habet illa Constitutio Marci, inter quæ jura longa est differentia: Nam ut dixi, ex edicto, non cavente herede, legatarius mittitur in omnia bona, quæ ex hereditate sunt: ex Constitutione Marci mittitur in eam rem tantum de qua judicatum est: item ex edicto legatarius, qui mittitur in possessionem, nihil omnino cavet heredi: ex Constitut. cavet, ut dixi ante *d.l. postquam*. Et ob id, quia cavet, quia legatarius oneratur cautione propter exstinctam condemnationem per appellationem. (Nam verissimum est appellationem exstinguere judicium, nec confirmatam sententiam ab eo, ad quem appellatum est, retrotrahi, *l. furti*, §.1. *de his qui not. infam.*) Ob id igitur, quia oneratur cautione legatarius, ex ea constitutione etiam solus possidet, & expellit heredem possessione. Ex edicto non possidet solus, sed ambo sunt in possessionem, heres & legatarius. Et verius heres possidet, legatarius custos & observator, quasi saltuarius, vel insularius. Quod & aliis multis exemplis confirmatur in *tit. de satisd. lib. 1. Sententiarum Pauli*. Nondum satis est. Quæro quid sit dicendum, si legatarius aut fideicommissarius omissa satisdatione & possessione, litem de legato contestatus sit, quasi puro & præsenti, & vicerit, id est, condemnaverit heredem, & post condemnationem non appellet quidem heres, sed non solvat legatum? Finge, esse difficile conventu, ut sunt plerunque, quid fiet, quemadmodum legatariis prospicietur? Nam hoc casu, neque ex edicto, neque ex Constitutione Marci cautio exigi potest, cum præsens legatum aut fideicommissum debeatur, nec de eo jam heres litiget amplius, sed cunctetur tantum, moretur, & trahat solutionem? Verum æquissimum est, etiam hoc casu legatario subveniri, non quidem exacta cautione: Nam certe ei non est locus, sed non solvente herede, legatario misso in possessionem bonorum, ut ita nanciscatur jus prætorii pignoris, quasi creditor quilibet judicati servandi causa. Et fuit sententia Papiniani hoc loco, dum ait, *etiamsi condemnatus heres fuerit, nec solvat*, nihil de appellatione loquitur, legatarium posse desiderare mitti in possessionem, videlicet judicati servandi causa, quasi creditor quilibet, ac proinde hoc casu mittetur etiam in bona heredis, ne dum in bona hereditaria, *l. 3. C. qui pot. in pign.* Ex hoc edicto non mittuntur in bona heredis, excepto casu *l.3.§. Imperator, h.t.* sed in bona hereditaria tantum, & ex Constitutione Marci mittitur tantum in rem legatam, de qua pronunciatum est. Hoc vero casu mittitur in omnia bona, quæcunque possidet heres, undecumque ei obvenerint. Et præterea ex hoc edicto, & ex Constitutione Marci, missio fit vice cautionis non præstitæ: missio est vicaria: post condemnationem heredis, qui non appellat, sed calumniatur, ut est in l.12. tab. & legatum solvere detrectat, etiamsi nullus locus sit exactioni cautionis, legatarius non inducitur in possessionem vice cautionis, sed rei suæ servandæ causa, hoc est, debiti servandi causa: non datur hæc possessio, nec dicitur possessio vicaria. Et ita fit dilucida sententia Papiniani.

Posterior quæstio est facilis, *cum sub conditionibus, &c.* Duobus est legata eadem res sub contrariis conditionibus hoc modo: *Primo illum fundum do, lego, si navis ex Asia venerit, aut si non venerit; Secundo*. Idem est, si sub diversis conditionibus, hoc modo: Primo illam rem, *si navis ex Asia venerit*, Secundo eandem rem, *si consul factus fuerit*, *l.3.t. supr. prox.* Utrique heres debet satisdare legati nomine, quia uterque est legatarius conditionalis ejusdem rei, uterque separat legatum, nec debeo hujus rei declarationem facere longiorem, quam idem omnino jam expressi in *l.5. & l. 8. de prætor. stipulat.*

Ex hoc libro citatur Papinian. duobus tantum locis *l.4. de usu & habitat.* Finge: mulieri est legatus usus domus: potest in ea habitare cum marito, cum liberis, libertis, & aliis plerisque personis, licet parum digne videatur maritus sequi domum mulieris, & in ea habitare, quandoquidem domus mariti debet esse domicilium matrimonii, *l. ceterum, de rit. nupt.* Finge rursus, viduæ legatum fuisse, & constitutum usum ædium, ac postea eam nupsisse, an novum quoque maritum excipere poterit? Et refertur in eo loco, ita sensisse Papinianum, ut mulier, cui vacanti constitutus est ususfr. ædium, possit in eis cum novo nupto habitare. Citatur Papin. ex eodem lib. in *l. 14. de leg. 1.*

Ad §.I. L. XIV. de Legat. 1.

Sed & Papinianus lib. 19. Quæst. ait: & si post legata sæpius adscripta, idem hoc subjecit, semel præstari velle, & hoc ante impletum testamentum fecerit, ipso jure videri cetera legata adempta. Sed quo magis erit ademptum: non enim apparet, & ait, posse dici exiguius esse præstandum.

Quidam Titio adscripsit plura legata eodem testamento, & ante consummatum testamentum subjecit, se velle, ut Titio semel tantum præstaretur, hoc est, ut unum tantum legatum ei præstaretur, nec quicquam præterea adjecit, ei autem Titio initio adscripserat plura legata per damnationem; qua de causa dicitur ei deberi exiguius legatum, quoniam potestas eligendi est penes legatarium quoties legata sunt relicta per damnationem, & utique heres si non est stultus, electurus est exiguius, vel exiguiorem summam, ut *l. si ita relictum*, §. *ult. de legat.* 2. Cetera legata ipso jure adempta sunt, unum tantum præstatur, quod elegerit heres, quia nec data videntur quandoque adempta sunt eodem testamento. Idemque dicitur, si adempta sint codicillis testamento confirmatis, hoc est, si in eis scripserit, semel se tantum Titio dare velle, *l. si quis eum, de vulg. substit.* Ademptio legati, vel fideicommissi, vel fit ipso jure, vel remedio exceptionis doli mali, puta, si ademptio facta sit per epistolam, vel codicillos testamento non confirmatos, vel nuda voluntate, *l.3. §. pen. de adim. leg. l. quærebatur*, §. *pen. de test. mil.* Posui legata fuisse relicta per damnationem: Nam si plura legata ei relicta fuissent per vindicationem, unum quidem legatum deberetur, sed quod ipse legatarius eligeret, non quod heres.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XX. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Cum in rem LXIV. de Rei vindic. & §. ult. L. III. de Usur.

Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quæ usui, non fructui sunt, restitui fructus certum est.

§. ult. L.III. de Usur. *Si auro, vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum æstimatio facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta, fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem impunitam esse, responderi oportet. Quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usuræ; ideoque non exigentur.*

DABIT initium huic libro lex *cum in rem, de rei vindic.* ad quam conjungemus ex eodem libr. §. *ultim. l. 3. de usuris*. Et ait in hac leg. *cum in rem, &c.* Quæ verba, ut existimo, non sunt facilia cuilibet. Hoc vero sentit his verbis Papinianus: etiam eorum, quæ usui non fructui sunt, fructus venire in rei vindicationem, & in eos possessorem condemnari debere, cui res evincitur, quia scil. omne lega-

tum

tum poſſeſſori auferendum eſt, *l. poſt SCtum, de petit. her.* Hoc ergo dicit, fructum eſſe ejus rei, quæ fructui non eſt, quod videtur abſurdum, ſed eſt figura πλοκή. Aliud enim ſupra, aliud infra ſignificat fructus. Supra ſignificat, qui naturaliter ex re ipſa gignuntur, ut ex arbore poma, qui ex re ipſa naſcuntur, quæ optimi auctores vocant gignentia, & naſcentia ut Græci γιγνόμενα. Infra autem fructus ſignificat, non quod natura provenit, ſed quod ex obligatione, vel officio judicis percipitur, ut ex ſtipulatione, uſura, ex locatione, merces. Nam & hæc pro fructu cedunt, *l. ſi navis h. t. l. uſuræ, l. prædiorum, de uſur. l. poſtulante, §. ſed & in hujuſmodi, ad Treb.* Infra fructus eſt quaſi fructus. Aliæ autem ſunt res uſui & fructui, ut fundus: aliæ nec uſui nec fructui, ſed abuſui, ut pecunia, vinum, frumentum; aliæ ſunt uſui, non fructui, ut vaſa, neque enim ullum fructum ferunt, aut gignunt. Et non dicuntur etiam eſſe fructui: niſi improprie, *l. ult. inf. uſuf. quemadm. cau.* & de vaſis ad hanc legem, primum exemplum ſumere licet ex eodem libro Papiniani, nempe ex *d. l. 3. §. ult. de uſur.* cujus ſententiam exponere volo.

Certi juris eſt, in fideicommiſſis uſuras deberi ex mora. Finge: per fideicommiſſum relictum eſt aurum, vel argentum factum, hoc eſt, vaſa aurea & argentea, an ex mora debentur uſuræ quaſi fructus? Et illo loco Papinianus diſtinguit hoc modo: Aut vaſa ea mente relicta ſunt, ut pretium ex eorum venditione redactum heres fideicommiſſario præſtaret, & debentur uſuræ ejus pecuniæ. Aut vaſa ipſa relicta ſunt, ut eis fideicommiſſarius uteretur; & non debentur quidem uſuræ vaſorum, ſed quod vice fructus eſt, debetur, quanti ea vaſa aurea, vel argentea fideicommiſſarius locare potuit, ſi in eis præſtandis moram non feciſſet heres; non ſunt quidem fructui vaſa, quæ nullum edunt fructum, ſed tamen in rei vindicatione eorum fructus æſtimatur, id eſt, quaſi fructus, quanti ſcilicet locari ab herede potuerunt, *l. videamus, §. penult. de uſur.* uſuræ non debentur, niſi ex quantitatib. id eſt, ex iis, quæ numero, menſura, aut pondere conſtant, non ex iis, quæ certa ſpecie certoque corpore continentur: vaſa ſpecie, forma, corpore valent, non quantitate, & ob id vaſorum etiam uſuræ, ut ait in *d. l. 3. §. ult.* non ſine rubore deſiderantur, hoc eſt inverecunde deſiderantur, quoniam ex corporibus non percipitur uſura, ſed quaſi fructus vaſorum recte deſideratur. Et ex his verbis, *non ſine rubore*, Græci notant eleganter, judicem non debere admittere poſtulationes inverecundas. Poteſt etiam ad hanc legem ex *d. l. videamus* poni exemplum in veſtimentis: Nam & hæc uſui ſunt, non fructui. Et licet adnumerentur rebus, quæ ſunt in abuſu, *§. conſtituitur, Inſtit. de uſufr.* non tamen plus ſunt in abuſu, quam uſu, deteruntur tantum, non conſumuntur, & abuſus conſumptio eſt. Quare etſi legetur uſusfr. veſtis de eadem veſte reddenda, quandocumque finitus erit uſusf. legatarius heredi cavere ſolet & liberatur, ſi reddat etiam uſu attritam, *l. 9. §. pen. uſufr. quem. cau.* Nec veſtimentorum uſusfr. legatur ſicut pecuniæ, *l. ſed ſi quid §. etſi veſtiment. de uſufr.* Pecunia abuti licet ſtatim, ſi modo caverit de tantadem pecunia reddenda, legatarius ſcilicet: veſtimentis abuti non licet. Quamvis autem veſtimenta non ſint fructui, hoc eſt, nullum fructum gignant, tamen vice fructuum æſtimantur in actione in rem, quanti his locatis mercedis nomine capi potuerit, *d. l. videamus.* Ex qua etiam aliud exemplum poni poteſt in ſervitutibus prædiorum. Iter, actus, via uſui eſt, non fructui, res incorporalis non poteſt eſſe fructui, & tamen, ſi vindicetur ſervitus, vice fructuum reſtituetur omne commodum, quod habiturus erat actor, ſi ſtatim eo tempore, quo exigit, ire prohibitus non fuiſſet, *d. l. videamus, in fi.* Reſtituetur id, quod intereſt, ſe prohibitum non fuiſſe, *l. 4. §. in confeſſoria, ſi ſervit. vind.* Non dicitur quod valde notandum eſt, haberi rationem ejus mercedis, qua ſervitus locari potuit, ſicut dictum eſt de vaſis & veſtimentis, quia ſcilicet ſervitus locari non poteſt, *l. locare ſervitutem nemo poteſt, inf. locati.* Cujus rei ratio inferius explicabitur. Sed poterit æſtimare petita ſervitute, quanti eam pignori obligare actor potuit, & beneficio pignoris iſtius pecuniam, qua indigebat, efficere. Nam ſervitus pignori dari poteſt, puta iter, vel actus, vel via, vel aquæductus, *l. 12. de pignoribus*, & fructus eſt, id eſt, quaſi fructus, vel pignori dare licere, *l. ult. de uſur.* Etiam aliud eſt exemplum in *d. l. videamus*, de proprietate nuda. Nam ejus uſus quidem eſt aliquis, ut proprietarius etiam invito fructuario poteſt fundum, vel ædes cuſtodire per ſe, vel per ſaltuarium, *il pourra avoir un concierge en la maiſon*, vel per inſularium, qui tueatur prædium, aut fines agri, *l. ſi ita legatus, §. ult. de uſu & habit.* Et poteſt teſtatorem mortuum in fundum inferre, ſi non ſit, ubi tam opportune ſepeliri poſſit, *l. locum, §. 1. de uſufr.* Et ſervum invito fructuario coercere, & noxæ dedere poteſt ſine dolo malo, *d. l. locum, §. ex eq, & ſeq.* Ergo nudæ proprietatis eſt uſus nonnullus, fructus autem nudæ proprietatis nullus eſt. Sed ſi petita ſit nuda proprietas actione in rem, & inter moras judicii amiſſus fuerit uſusf. ex eo tempore, quo uſusfr. conſolidatus eſt proprietati, quo nuda, quæ erat proprietas, facta eſt plena, fructuum ratio habetur. Idemque erit, ſi quid interim fundo per alluvionem accreverit, *d. l. videamus, l. fructus non modo, & l. ſeq. hoc tit. l. ſi ego, §. idem ait, de Public. in rem act.* Ultimo ex eadem *l. videamus*, ponamus ad hanc exemplum in uſufructu. Nam certe uſusfr. rurſum fructui eleganter non computatur: jus utendi fruendi fructum non gignit, non progenerat. Eo tamen jure utimur, & petito uſufr. actione confeſſoria damnabitur reus in fructus, quos actor percepturus erat, ſi ei poſſidere licuiſſet, *d. l. videamus*, non in fructuum fructus, qui vix ulli æſtimari poſſunt: fructus non eſt fructus, ſed quaſi fructus, *l. neque, de uſur. l. heres §. ult. de peti. heredit.*

L. XI. §. ult. & L. XII. ff. de Pignor. explicata.

HÆc ſufficerent ad hanc legem, ſed attigi in ea enarranda ante rem difficillimam, & male explicatam, cujus rationem reddam fortaſſe perſpicuam. Dixi ſervitutes non poſſe locari, & poſſe pignori dari. Cur tam varie? Cur ſi pignorari poſſunt, non etiam locari? Et rurſus, cur ſervitutes ruſticorum prædiorum pignorari poſſunt, non ſervitutes urbanorum prædiorum? Nam hæc differentia perquam evidenter proponitur in *l. 11. §. ult. & l. 12. de pignorib.* Et perquam evidenti calumnia eam eludunt: qui quod in *l. 11. §. ult.* eſt ſcriptum de ſervitutibus urbanorum prædiorum, porrigunt etiam ad ſervitutes ruſticorum. Et quod in *l. 12.* eſt ſcriptum de ruſticis ſervitutibus, id porrigunt etiam ad urbanas. Eſt mira licentia. Cum *d. l. 11. §. penult.* nullam conſtituiſſet differentiam: uſumfr. daret pignori dominus an fructuarius, ac proinde nec velit hanc diſtinctionem fieri in ceteris ſervitutibus, illi d. l. acceperunt de ſervitutibus quibuſcunque pignori obligatis, ſive pignoris nomine impoſitis a domino in fundo proprio, quæ omnia vaticinantium imagines ſunt. Et merito debemus illis omiſſis, ſive neglectis adferre perſpicuam differentiam, quæ ponitur in ſupradictis locis inter ſervitutes urbanas, ut hæ non poſſint pignorari, & ſervitutes ruſticas, ut hæ poſſint pignorari. Et ſimul inquirere debemus rationem juris, rationemque differentiæ. Præterea adhuc in hac re dubitatur, cur ſine diſtinctione ulla ſervitutes ſint urbanæ, an ruſticæ, tamen placet, quaſcunque ſervitutes precario concedi poſſe, *l. 3. l. & habet §. precario, de prec. l. ſi quis ſer. de relig.* Cur etiam indiſtincte pignorari non poſſint? & cur etiam locari non poſſint? Sciendum igitur hac in re uſumfr. ſeparari a ceteris ſervitutibus: uſusfructus vendi, locari, pignorari poteſt, *d. l. 11. §. pen.* quia ſc. fructus eſt, vel locare & pignorare licere, *d. l. videamus, & l. ult. de uſur.* Et uſusfructus nomen ſive jus comprehendit omne commodum, omne emolumentum, omnem obventionem, omnem fructum, vel quaſi fru-

si fructum, & est jus plenissimum: qua ratione usus ab usuario vendi, locari, pignorari non potest, §. 1. *Instit. de usu & habitat.* Qui nudum usum habet sine fructu, non habet fructum: ergo nec locari aut pignorari potest, quia hæc pro fructu cedunt. Servitutes autem prædiorum urbanorum vel rusticorum a domino, vel ab eo, cui debentur, etsi vendi possunt, *l. pen.* §. 1. *de contr. empt. l.* 3. §. *si iter, l. illud,* §. *si ille, de act. emp.* locari tamen non possunt, quia omnis locatio fit ad tempus, & servitus non potest constitui ad tempus, *l.* 4. *de furt.* ubi hæsit fundo semel, vix avelli potest: & ideo petita servitute actione in rem in *d. l. videamus*, non dicitur in fructu computari, quod servitute locata mercedis nomine capi potuit, quod tamen dicitur de veste & vase. Ergo servitus locari non potest, *l. locare, locato*: est generaliter accipienda, ut nemo, neque dominus, neque is, cui servitus debetur, eam locare possit. At contra, ut nunc tractemus de pignore, servitus tam a domino, quam ab eo, cui debetur servitus rustici prædii, veluti iter, via, actus aquæductus, pignori opponi potest, *d. l.* 12. *de pignorib.* Et quod dicitur in *d. l. videamus*, petita servitute rustici prædii, in fructibus numerari omne commodum, quod habiturus erat petitor, si non fuisset prohibitus ire, agere, aquamve ducere, puto exempli gratia aptari posse ad pignerationem, quia fructus cujuslibet res est: sive corporalis, sive incorporalis, vel pignori dare licere, *l. ult. de usur.* Nec potest objici omnino, quod locationi objicimus etiam pignoratione servitutem constitui ad tempus, cum lex semper insit pignori, ut vendi & distrahi possit in perpetuum, adeo ut conventio, ne possit, non sit efficax saltem debitore trina denuntiatione convento, *l.* 4. *de pign. act.* Et hæc de servitutibus rusticis. Servitutem autem urbanam veluti tigni aut stillicidii immittendi, vel protegendi, vel projiciendi dicimus ex *d. l.* 11. §. *ult.* neque a domino, neque ab eo, cui debetur ea servitus, pignorari posse. Et ratio differentiæ hæc est: ut valeat pignus servitutis, non tantum necesse est, creditorem habere vicinum prædium: hoc enim omnino necesse est, quod etiam exigit *d. l.* 12. sed etiam, ut hujusmodi pignus alii vicino distrahi possit, quia inutile est pignus, quod alii non potest vendi, *l.* 4. *de pign. act. l. mulier, de dist. pig.* Atquin creditori habenti ædes vicinas, cui concessum est pignori, jus tigni immittendi, non est vicinus, cui ea servitus usui esse possit, cui vendi possit: Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex suis, in eam partem immittendi ullus est usus, ullave utilitas, & consequenter id certe alter vicinus empturus non est, & alius non vicinus emerit etiam frustra. Ergo ejus servitutis inutile pignus est, quia non potest nisi vicino vendi, & vicino emere non expedit, quia si emerit, emerit frustra, & inutiliter. At vero jus prædii rustici, veluti, iter, alii vicino vendi potest. Idque forsitan magno alius vicinus redempturus est, cum possit uno eodemque itinere pluribus patere aditus in suos fundos. Et hæc est ratio differentiæ, quam satis notavit *d. l. videamus*: quæ de venditione servitutis rusticæ loquitur nominatim, sed veteres non animadverterunt. Quod autem dicitur indistincte, servitutes posse precario concedi, id habet summam rationem, quia possessio sola, vel quasi possessio precario conceditur. Et hujus possessionis utilitas non consistit in distractione, ut jus pignoris, neque enim licet unquam mihi vendere, quod precario accepi. Precarius denique usus non consistit in distractione, sed in usu nudo, & ad libitum domini, qui precario concessit usum itineris, vel immissi, vel projecti. Igitur non fuit, cur in precario constitueremus differentiam inter genera servitutum.

Ad L. Si superatus III. de pignor.

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, æque servanda erit creditori actio Serviana probanti rem in bonis illius eo tempore, quo pignus A *contrahebatur, fuisse. Sed etsi victus sit debitor vindicans hereditatem, judex actionis Servianæ, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debebit. Atquin aliud in legatis & libertatibus dictum est, cum secundum eum: qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret. Enimvero fieri potest, ut pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta.*

§. *Per injuriam victus apud judicium rem, quam petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest quam habet qui pignus dedit. Ergo summovebitur rei judicatæ exceptione, tametsi maxime nullam propriam, qui vicit, actionem exercere possit: non enim quid ille non* B *habuit, sed quid in ea re, quæ pignori data est, debitor habuerit, considerandum est.*

SEquitur, ut exponamus quæst. *l.* 3. *de pignor.* Actio hypothecaria est persecutio pignoris, quæ creditori competit, actio in rem, non ut hodie plerique in foro certant in personam *l. pignoris, hoc tit. & l. pignoris C. eod. l. ult. C. si unus ex plur. hered.* Quæ actio hypothecaria etiam dicitur Serviana, simpliciter, ut in hac *l.* 3. quanquam non sit directa Serviana, sed utilis, vel quasi directa. Directa enim Serviana est de rebus coloni, pro mercede pignori obligatis, §. *item Ser. Instit. de act.* Sæpissime etiam in jure actio hypothecaria dicitur pigneratitia, & sane pigneratitia actio nomen est ambiguum: Nam alias actio pigneratitia, est actio in personam, quæ da- C tur debitori de recuperando pignore soluta pecunia, in tit. *de pign. act.* Alias est actio hypothecaria, quæ datur creditori, actio in rem, non in personam. Si quem ex circumforaneis consulas, an actio hypothecaria sit in rem, an in personam, dicet statim, esse in personam: error est irreconciliabilis. Vindicatio enim est rei: vindico rem non tantum jure dominii, sed etiam jure pignoris. Et tantum abest, ut dici possit in personam, ut *d. l. ult.* nominatim dicat, esse in rem, & adjiciat statim non obligare personam. De hac autem actione hypothecaria jam ante dictum est in *l.* 1. §. *cum prædium h. tit.* Si per usucapionem creditor dominium rei pignori datæ amiserit, creditorem tamen non amittere jus pignoris, creditori servari hypothecariam actionem: usucapione rei non perimi persecutionem pignoris, quæ nulla socie- D tate dominio conjungitur, ut ait *l. justo*, §. *non mutata de usur. & usucap.* Usucapio dominium mutat: non pignus: usucapitur res cum sua causa libera, si sit libera: obligata, si sit obligata. Et hoc demonstratum est, ut dixi *sup. d.* §. *cum prædium*. Nunc dicitur in hac *l.* 3. æque habita relatione ad id, quod dictum est in *d. l.* 1. quod hoc ipso libro 20. forsitan scripserat Papinianus, æque, inquam, si debito alio possidente rem, quam ipse pignori dederat, egerit de dominio hujus rei actione in rem, & victus fuerit, vel per injuriam judicis, sordes, aut gratiam, vel defectu probationis, dum non probat, se ejus rei esse dominum, si, inquam, adversus debitorem judicatum sit, eam rem ejus non esse videri, creditori servari tamen actionem hypothecariam, modo probet creditor, tempore contracti pigno- E ris eam rem in bonis debitoris fuisse. Satis enim est, si ab initio pignus recte contractum fuerit, nec spectatur quod post subsecutum est, non spectatur usucapio pignoris, non spectatur sententia de dominio pignoris data contra debitorem. Certissimum est, rei alienæ pignus non valere, quod multis locis confirmari potest. Duo sunt satis obscuri, quibus soleo uti, *l. servus quem*, §. *ult. de act. emp. & l. sed etsi lege*, §. *si quis re sua, de petit. hered.* In quo loco velim vos animadvertere, quod non observant, ejus loci rationem in eo consistere, quod rei alienæ pignus non valet. Finge: qui possidebat hereditatem alienam bona fide, existimans se esse heredem, res hereditarias pignori obligavit suo creditori; an videtur aliquid attigisse ex hereditate? minime: non attingit ex heredi-

tate,

tate, qui rem hereditariam pignori dat: cur ita? *quia*, inquit, *ipse fuit obligatus*, id est, quia ipse fuit debitor, non hereditas, & rei alienæ pignus non consistit. Ac proinde nihil egit, nihil attigit ex hereditate, rem hereditariam pignerando: Nec enim eam jure pigneravit, nec Græci omisere istam rationem, *ἐπειδὴ μὴ ὢν δεσπότης ὑπέθετο* hoc est, *quia cum non esset dominus, rem pigneravit.* Ex quo sequitur nihil eum egisse: rei alienæ pignus non valet nisi scil. contrahatur sub conditione, *l. si fundus, §. alienæ, hoc tit. l. idemque, §. ult. qui pot. in pign.* vel nisi ea res debitori sit debita vel obligata, hoc est, pignerata: nam nomen & pignus pignerari potest, *l. 1. in princip. l. grege, §. cum pignori, hoc tit.* Et quæ est tertia exceptio, nisi fuerit generalis conventio pignoris, quæ comprehendat etiam bona postea acquisita, *l. 15. §. 1. hoc tit.* Potest addi quarta exceptio ex *l. aliena res ff. de pign. act.* Aliena res voluntate domini potest pignori obligari, pignori dari: sed etsi ignorante eo data sit, & ratum habuerit, pignus valebit. Hanc quartam exceptionem adjeci ex meo more, ex *l. si fundus, §. si nesciente, hoc tit.* Rei debitoris proprie pignus valet etiamsi postea fiat, vel pronuncietur esse aliena: igitur, quod ab initio constitit, pignus, quod satis est. Quod autem diximus, victo creditore, qui egerat de proprietate pignoris judicio in rem, creditori servari hypothecariam, id ita procedit, ut recte annotavit Accurs. si debitor egerit de proprietate ignorante creditore: nam si eo sciente egerit, præsente, interveniente, & contrariam sententiam acceperit, ea res nocet creditori, & aufert hypothecariam actionem; nec locus est regulæ juris, rem inter alios judicatam aliis non nocere, quia sane non nocet aliis, quorum ex voluntate judicatum non est, sed nocet aliis, ex quorum voluntate judicatum est. Et hoc casu ex voluntate creditoris, qui sciebat debitorem agere de proprietate pignoris, & sciebat eum agere, qui poterat prohibere, & litem suscipere ratione pignoris, videtur judicatum de jure pignoris, quia ex persona agentis debitorem habuit, *l. sæpe, de re judic. l. 4. §. pen. de appellat.* Scienti igitur creditori obest sententia, quæ dicta est contra debitorem in judicio in rem. Hæc sit conclusio: cui subdantur exceptiones duæ, *l. præses C. de pignor.* Si debitor causam proprietatis lusorie egerit, hoc est, collusorie, perfunctorie, dicis causa, hoc est, si debitor colluserit cum adversario in necem creditoris, ut fit sæpe inter conjunctas personas: simulant enim litem, unus eorum patitur se vinci in fraudem tertiæ personæ, *ut apud Terent. in Phor. act. 1. scena 2.* Si ita debitor causam proprietatis collusorie egerit, perfunctorie egerit sciente creditore causam agi, nesciente collusionem, nihil ea res nocet creditori. Idemque dic, qui est alter casus, si debitor non sit victus causa cognita, id est, utraque parte præsente comminus, quod est in Codice cognitionaliter, sed ex præscriptione, vitio suo, quia scil. tardius judicio adfuit, si victus sit propter absentiam suam, vel contumaciam, quo casu potest agi causa una tantum parte præsente, id est, *μονομερῶς*: nihil enim ea res scienti creditori nocet, quoniam non videtur victus debitor, quod haberet malam causam, sed quod abesset vitio suo, *l. Herennius, de evict. l. si expressit, de appellat. l. 1. §. si quis, quan. appell. sit.* Et hæc quidem, si debitor egerit de dominio speciali actione in rem. Quæro quid sit dicendum, *si debitor egerit petitione hereditatis, in qua scilicet erat ea res, quam creditori pignori dederat, & victus fuerit?* Et hoc etiam casu dicemus, creditori absenti vel ignoranti, servari actionem hypothecariam, secundum superiorem definitionem. Et ut eleganter ait Papinianus, judicem actionis hypothecariæ, neglecta sententia dicta de hereditate, pignoris causam solam inspecturum, & pronuntiaturum secundum creditorem; si modo probaverit tempore contracti pignoris, eam rem debitoris fuisse: sententiam creditori non nocere: nihil igitur referre; victus fuerit debitor, de proprietate rei pigneratæ agens specialiter actione in rem, an petitione hereditatis. Obstat huic conclusioni, quod sententia de hereditate data contra heredem scriptum, secundum here-

A dem legitimum cum lis esset inter heredem scriptum, & heredem legitimum, etiamsi per injuriam judicis data sit, ea nocet legatariis, & testamento manumissis tam ignorantibus, quam scientibus. Exceptis tamen etiam in hac specie duobus illis casibus, si heres scriptus collusorie causam egerit, aut si ex præscriptione, aut ex edicto peremptorio victus sit absens: quoniam his casibus, nec scientibus legatariis nocet sententia, quæ data est contra heredem scriptum. Uno casu non fuit vera lis, collusoria lis non est lis, *c'est un jeu*. Posteriore casu, quia non videtur de jure testamenti pronuntiatum, id est, videtur heres victus, non quod habuerit malam causam, sed quod abfuerit, & non egerit causam, *l. si ideo, de evict.* Et hæc omnia plenius comprobantur lege, *si perlusoria jud. de appellat. l. qui repudiantis, §. ult. & seq. & l. si suspe-*

B *cta, de inoff. test. & l. si servus plurium, §. 1. & §. pen. de leg. 1.* Sed in d. §. 1. non est legendum affirmate, *injuria facta heredi scripto nocebit legatariis*, quod plenius docebit Obser. 2. *cap. 7*: quæ causam explicat. Nec a me repetetur hoc loco, quemadmodum sit respondendum leg. 1. *de except. rei jud. & l. statuliberi, §. Quintus, de statulib.* quæ huic obstare videbantur. Pergamus ergo & concludamus ita: his tantum duobus casibus exceptis, sententia dicta contra heredem scriptum, etiam ignorantibus legatariis & manumissis nocet, quæ tamen non noceret creditori ignoranti in causa pignoris, ut diximus sup. Cedo rationem differentiæ? Eam reddit Papinian. hoc loco: legata & libertates testamento relictæ, non aliter possunt valere, quam si constet, ratum esse testamentum, quia ex testamento pendent: si corruit testamentum, corruunt

C & legata & libertates; si contra testamentum pronuntiatum sit, contra heredem scriptum testamento, & contra ceteros omnes pronuntiatum est, quibus quid testamento adscriptum est. Denique contra omnem scripturam pronuntiatum. Pignus autem valet, consistit & perseverat, quod valuit initio, etiamsi res debitoris postea esse desierit usucapione, vel pronuntiatum sit, non esse eum dominum hujus rei, vel propter malam instantiam forte, vel propter litem male institutam, vel propter defectum probationum, vel propter injuriam judicis, nihil interest. Sæpe bonæ causæ est mala instantia, ex quo fit sæpe, ut pereat lis actori, *l. & post, de judic. Tertull. lib. de patientia*: *Quoties*, inquit, *instantia ejus deterior est causa sua*. Sæpe enim, licet rei persequendæ jus suum habet actor, fit ut rem amittat, vel quod non

D veniat instructus probationibus ad agendum, vel quod non utatur propria actione & congrua, ut si persequatur rem jure hereditario, quæ non est hereditaria, sed ejus propria, jure proprio, quo eam persequi debuit. Ergo quoquo modo pronuntiatum sit contra debitorem, non videri eum esse dominum rei, nihil ea res præjudicat creditori ignoranti. Et hoc est, quod ait Papinianus in hac lege. Hæc autem, quæ hac lege diximus, ita procedunt, si pignoris conventio sententiam præcesserit, quæ dicta est contra agentem in rem, vel petitorem hereditatis; sed si post sententiam dictam contra debitorem, res ab eo sit data pignori, creditor videtur in locum victi successisse: & ideo frustra aget hypothecaria, qui causam habet a victo, sive ex persona victi debitoris, quandoque, si agat hypothecaria, repelletur exce-

E ptione rei judicatæ, *l. si mater, §. ult. l. rei judicatæ §. ult. de except. rei judic.* Quod utrumque procedit, etiamsi debitor victus sit per injuriam judicis: Nam etsi eo casu iniqua sententia victori præbeat retentionem tantum rei, non actionem, sive persecutionem, tamen non spectamus, quid victor non habuerit, sed quid debitor habuerit, non quid victor, sed quid debitor habuerit in ea re, quam pignori dedit. Et non potest creditor plus habere, quam habuit debitor, in cujus locum successit. Utrique igitur erit inefficax vindicatio rei, victo & creditori ejus, qui postea quam victus est, rem pigneravit: uterque si agat, repelletur exceptione rei judicatæ, exceptio-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 17.*

ne inquam: nam sententia dominium non mutat, quod habet debitor ipso jure, *l. 28. de except. rei judic.* Et hæc sunt ex §. *ult. hujus l.* Et sunt duo singularia, quæ ex hoc §. notantur. Primum est, rem judicatam nocere ei, qui a victo causam habet, sive sit emptor seu creditor, qui successit in rem singularem, etiamsi non in jus universum. Alterum est, iniquam sententiam, si manifesta sit judicis iniquitas, victori præbere quidem retentionem rei, si eam possideat, non persecutionem, non actionem.

Ad L. III. de Usuris.

In fideicommissi persecutione, cum post judicis sententiam moram fecisset heres, jussit Imper. Marc. Antoninus intermisso legitimo tempore, quod condemnatis præstatur, ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat (*): *quod decretum ita accipi oportet si ante judicis sententiam mora non intervenerit, tametsi non facile evenire possit, ut mora non præcedente, perveniatur ad judicem. Sed puta legis Falcidiæ rationem intervenisse. Ceterum si antequam ad judicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum præstandorum necessitate adstrictus, qua tandem ratione, quoniam & sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat?*

§. 1. *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est, in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est.*

IN *l. 3. de usur.* quod tractatur initio, pertinet ad quæstionem de usuris & fructibus fideicommissorum, & est obscurum, & incognitum satis, & tamen perquam interest nobis id esse cognitum. Proponitur in eo decretum M. Antonini Imper. cujus sensus hic est: In persecutione fideicommissi, si heres fideicommissario condemnatus judicio post sententiam judicis, & tempora judicati solvendi moram fecerit in solvendo fideicommisso, sicut est in *l. solidum, §. etiam, de leg. 2.* si post dictam sententiam solvere judicatum supersedit, decrevit Imperator, ut usuras & fructus, obventiones & commoda omnia fideicommissario præstet a tempore litis contestatæ usque ad sententiam, quæ sc. fideicommissarius percepturus erat, si statim eo tempore, quo egisset de fideicommisso, fideicommissum ei restitutum fuisset, nec enim quid perceperit heres, considerandum est, sed quid fideicommissarius percipere potuit, *l. si navis, §. ult. de rei vindic.* Denique, si post sententiam moram fecerit heres, præstat omnia commoda, quæ percepturus erat fideicommissarius ex fideicommisso, etiamsi ea non perceperit heres, a tempore, scilic. litis contestatæ usque ad sententiam. Quid fiet de fructibus, quos fideicommissarius percipere potuit post sententiam? Sciendum est, post sententiam dies aliquot dari condemnato ad judicatum solvendum, ad restituendum fideicommissum, qui dies justi appellantur in 12. tab. Hi dies immunes sunt a dependendis usuris & fructibus his, quos fideicommissarius percipere potuit, ex eodem decreto, cui congruit lex, *in bonæ fid. C. de usur. & l. ult. §. pen. C. de usur. rei jud.* Et ratio est optima, ut illud tempus sit immune ab usuris & fructibus percipiendis, quia tempus illud condemnatis datur humanitatis gratia, dies illi humanitatis gratia indulgentur, *l. cum militi 14. §. ult. de compensat.* Ergo expertes esse debent omnis inhumanitatis, nempe soluti & immunes a dependendis usuris vel fructibus percipiendis, hoc est, quos fideicommissarius percipere potuit. Quare post rem judicatam cessat ratio usurarum ac fructuum percipiendorum, intra tempus scil. illud legitimum, quod condemnatis præstatur. De præteriti temporis usuris & fructibus erat quæstio, an essent fideicommissario præstandi, & decrevit Imperator, esse præstandos a tempore litis contestatæ, usque ad sententiam, cum heres post sententiam & tempora judicati moram fecit in præstando fideicommisso. Cur vero erat quæstio de usuris & fructibus præteriti temporis ante condemnationem, ante sententiam? quia scilicet fructus & usuræ non erant in condemnationem deductæ, neque vero deduci poterant, quia ut poni necesse est in hac specie, quod notandum, heredis fuit ratio litigandi justa, heres juste ad judicium provocavit, quo modo moram facere non videtur, *l. sciendum, si qui, hoc tit. l. qui sine dolo, de reg. jur.* Et post condemnationem nullum est officium judicis *l. 1. hoc tit. l. judex, de re judic.* Quare opus fuit decreto Imperatoris, quo declararetur, etiam in executione judicati venire præteritam causam, id est, præteriti temporis usuras & fructus tempore litis contestatæ usque ad rem judicatam, cum post rem judicatam moram fecit heres. Sententia (*) hoc loco non est admonitio, non interlocutio, ut Accursius vult, sed res judicata, finitio litis ultima ex eo intelligitur, quod si heres moram non fecerit post sententiam, qui nec moram fecit ante sententiam, ab eo fructus & cetera commoda fideicommissario præstari non debere, quæ habiturus erat fideicommissarius, si initio litis statim ei fideicommissum restitui contigisset. Mora heredis facit, quæ rem judicatam sequuta est, ut retro habeatur ratio usurarum & fructuum a lite contestata, usque ad sententiam, ut habeatur ratio præteritæ causæ, præteritorum commodorum. Atque ita erat quæstio de præteritis usuris & fructibus, post tempora judicati moram faciente herede, de usuris & fructibus futuri temporis non erat quæstio, quia certissimum erat ipso jure usuras & fructus ex natura judicati deberi, a lapsu temporis judicati faciendi, & graviores quidem usuras, puta centesimas, *l. ult. C. de usur. rei judic.* olim duplices centesimæ, *l. 1. C. Theod. eod. tit.* Intelligimus sententiam tenoremque decreti simul, ac causam & rationem. Nunc tractandum est de interpretatione, quam ad illud decretum adhibuit Papinianus hoc loco perquam subtilissimam. Hoc decretum Imperatoris, ut intermittatur spatium legitimum, quod condemnatis datur, & sit immune a dependendis usuris & fructibus, Papinian. ita interpretatur: Verum quidem hoc esse & æquum, si ante sententiam heres moram non fecerit, sed post sententiam, ut etiam posuimus, puta ut si quis existimans legi Falcidiæ locum esse, non dederit integrum fideicommissum quod petebatur, & contendens summa ratione, prius esse ineundam rationem Falcidiæ, quam integrum fideicommissum præstandum, *l. qui solidum, in pr. de leg. 2. l. 2. C. de usur. & fruct. legat.* moram non facit, quia obtinente Falcid. litigat cum fideicommissario, & ei recusat statim restituere fideicommissum. Sed si ante sententiam moram fecerit heres, ut sane plerumque lis contestatur cum eo, qui jam moram fecit, quem jam interpellavimus, ut Græci dicunt hoc loco, non facile dicitur esse lis ante moram. Et plerumque moram facit, qui mavult litigare, quam restituere, *l. nemo, inf. de ver. obligat.* Hoc casu ex tempore moræ heres præstat fructus & omnia commoda, etiamsi mora fuerit antiquior contestatione litis, *l. 39. §. fructus, & l. quæsitum, §. ult. de leg. 1. l. si quid servo, de leg. 2.* præstat, inquam, omnia commoda a tempore moræ, quoad solverit, nec legitimi temporis, quod datur condemnatis, fructibus liberatur, quia, ut ait Papinian. *Illa intercapedo temporis condemnato dilationem dare debet, non adferre lucrum*, cum ante sententiam in mora fuerit, & deinde etiam sententia victus. Et inquit eleganter, *si ante litem contestatam in mora fuerit, exinde fructuum præstandorum necessitate adstrictus*, id est, ex eo tempore factus est obnoxius præstandis fructibus: *qua tandem ratione*, inquit? *quoniam & sententia victus est legitimi temporis spatio fructibus liberabitur: à quel jeu gagnera il cela?* Ergo intervallum illud non liberabit eum fructuum præstatione, quinimo ex mora refundet omnia commoda fidei-

com-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 32.*

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 32.*

commiſſario, uſque in diem ſolutionis, *il faut bien noter cela*. Et ad rem ſubjicit Papinianus, quod eſt in §. *in his quoque*, *qui doit eſtre conioint avec le premier*, non tantum in fideicommiſſi perſecutione, *ſed in his quoque judiciis, quæ nec arbitraria ſunt, &c.* Et hoc vult: idem ſervari, quod dictum eſt, in perſecutione fideicommiſſi, quæ eſt extraordinaria, *l. pecuniæ*, §. *perſecutionem*, *de verb. ſignif.* & arbitraria, quæ obtinet inſtar actionis in rem, cum adverſus quemcunque poſſeſſorem detur, *l. ſic quoque* §. *ult. de leg.* 1. Omnes autem actiones in rem, aut quaſi in rem, arbitrariæ ſunt, *l. qui reſtituere*, *de rei vindicat.* de quarum natura alibi tractabimus. Actiones autem ſunt bonæ fidei, aut ſtrictæ. Non eſt perfecta diviſio, *il faut adiouſter*, aut arbitrariæ, *ou bien*, & ſtrictæ, aut arbitrariæ, aut non. Quod dictum eſt in perſecutione fideicommiſſi ſervari, ſervari idem Papinianus ſubjicit in omnibus judiciis ſtrictis, quæ nec ſunt arbitraria, nec bonæ fidei. Quid vero ſervari? Reſumere oportet breviter, quæ ante dicta ſunt. Et ſecundum ea accipite *d.* §. *in his quoque*, hoc modo: ut qui ante ſententiam moram non fecit, ſed poſt ſententiam, aut tempora judicati, præſtare debet actori uſuras & fructus, & ceteras acceſſiones, hoc eſt, omnem cauſam a tempore litis conteſtatæ uſque ad rem judicatam, non etiam poſt rem judicatam intra legitimum tempus, quod condemnatis datur humanitatis gratia: namque id tempus immune eſſe oportet ab uſuris dependendis, ac fructibus. Quod ſi moram fecit ante litem judicatam, ut puta, quia non fuit ei ratio litigandi, etiamſi moram non fecerit ante litem conteſtatam, præſtat commoda omnia a tempore litis conteſtatæ in ſtrictis judiciis uſque in diem ſolutionis, non intermiſſo legitimo ſpatio, quod judicatis datur. Et ita eſt accipiendum ſemper quod dicitur etiam in ſtrictis judiciis venire omnem cauſam poſt litem conteſtatam, *l. 2. h. t. l. 8. de re jud. l. videamus* 2. §. *ſi actionem hoc tit.* Hoc in ſtrictis judiciis. In arbitrariis uſuræ & fructus veniunt a tempore moræ etiam ante litem conteſtatam, ſi ante litem conteſtatam in mora fuerit reus. Nam & in arbitrariis ante moram, non veniunt fructus, quod latius expoſui lib. *6. ad l. 2. hoc tit.* In bonæ fidei judiciis fructus veniunt etiam ante moram plerumque, ut plurimum, *d. l. videamus* 2. §. *pen.* Et uſuræ tamen non veniunt, niſi ex mora officio judicis, *l. mora*, §. *in bonæ fidei*, *hoc tit.* In *l. uſuræ*, *hoc tit.* dicitur, uſuras vicem fructuum obtinere, nec debere a fructibus ſeparari. Hoc eſt verum plerumque, ſive *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*: Nam ſeparantur tribus caſibus uſuræ a fructibus. In bonæ fidei judiciis fructus veniunt etiam ante moram, uſuræ poſt moram tantum: hæc una differentia. Altera eſt, uſuras non præſtari poſſeſſæ pecuniæ inventæ in hereditate, quam non exercuit, non fœnori occupavit: fructus tamen præſtat, puta nauta, & vecturas navis, quam non exercuit, *l. ſi navis*, *de rei vindicat.* Eſt & tertia ſeparatio, ſi fundus venierit fructibus maturis, fructus ſequuntur emptorem. Et peſſime nobilis quidam Gallicus, qui vendiderat pratum fœno nondum cæſo, calumniabatur ſe pratum vendidiſſe, non fœnum. Sed ſi fundus, qui fuerat locatus venierit penſiones ſequuntur venditorem, *l. Julianus*, §. *ſi fructibus*, *de act. empt.* Atque ita his caſibus uſuræ ſeparantur a fructib. Sed interea in hac quæſtione fructuum hanc inter judicia conſtituimus differentiam, ut in ſtrictis judiciis, ſi moram non fecerit reus ante ſententiam, ſed poſt, ut veniant fructus a tempore litis conteſtatæ, uſque ad ſententiam, intermiſſo legitimo tempore, quod judicatis indulgetur. Si moram fecerit ante ſententiam, ut veniant a tempore litis conteſtatæ, in diem ſolutionis ſine intermiſſione. In arbitrariis autem, ut veniant etiam, qui percipi poterunt ante litem conteſtatam. Si reus in mora fuerit ante litem conteſtatam, non aliter, ex tempore moræ, ſcilicet in diem ſolutionis: in bonæ fidei autem judiciis, ut fructus veniant etiam ante moram.

Ad §. Nonnunquam

Nonnunquam evenit, ut quanquam fructus hereditatis aut pecuniæ uſura nominatim relicta non ſit, nihilominus debeatur: ut puta ſi quis rogetur, poſt mortem ſuam quicquid ex bonis ſupererit, Titio reſtituere: ut enim ea, quæ fide bona deminuta ſunt, in cauſa fideicommiſſi non deprehenduntur, ſi pro modo ceterorum quoque bonorum deminuantur, ita quod ex fructibus ſupererit, jure voluntatis reſtitui oportebit.

§. 3. Cum Pollidius a propinqua ſua heres inſtitutus rogatus fuiſſet, filiæ mulieris, quicquid ex bonis ejus ad ſe perveniſſet, cum certam ætatem puella compleſſet, reſtituere, idque ſibi mater ideo placuiſſe teſtamento comprendiſſet, ne filiæ tutoribus, ſed potius neceſſitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere juſſiſſet præfectis prætorii ſuaſi, fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctæ percepti eſſent, reſtitui debere, ſive quod fundum ei tantum prælegaverat: ſive quod lubrico tutelæ fideicommiſſi remedium mater prætulerat.

§. 4. Si auro & argento facto per fideicommiſſum relicto, mora intervenerit, an uſurarum æſtimatio facienda ſit, tractari ſolet. Plane ſi materiam iſtam ideo relinquit, ut ea diſtracta pecuniaque, refecta fideicommiſſa ſolverentur, aut alimenta præſtarentur, non oportere fruſtrationem impunitam eſſe reſpondi. Quod ſi forte ideo relinquit ut his vaſis uterentur, non ſine rubore deſiderabuntur uſuræ: ideoque non exigentur.

(*) PErtinet hæc lex ad perſecutionem fideicommiſſi. Et ſciendum eſt, regulariter in fideicommiſſariam hereditatis reſtitutionem fructus vel uſuras non venire hac ratione, quia qui rogatur hereditatem reſtituere, id tantum videtur rogatus reddere, quod hereditatis fuit: fructus autem vel uſuræ non hereditati, ſed rebus ipſis, vel nominibus accepto feruntur, *l. in fideicommiſſaria*, *ad Treb.* fideicommiſſum eſt de hereditate; in hereditate non ſunt fructus vel uſuræ. Ergo fideicommiſſo non continentur, ac proinde reſtituendi non ſunt fideicommiſſario. Verum quamvis non ſint reſtituendi, tamen heredi imputantur in id, quod defunctus debuit, adeo ut eos non poſſit deducere in ponenda ratione legis Falcidiæ, veluti ſi fructus debitum æquaverit, *l. cum pater*, §. *Titio*, *de leg. 2. l. 9. quod de bonis*, §. *fructus*, *ad l. Falcid.* Heredi enim imputantur in Falcidiam, hoc eſt, ſubmovent Falcidiam, ſi tantum ſit in fructibus, quantum quarta facit, & quartæ fructus, ut ſi ex hereditate percepti ſint fructus jure hereditario, hoc eſt, ex judicio defuncti vel tacito, puta, ante diem fideicommiſſi cedentem: nam qui diem appoſuit fideicommiſſo, ſane voluit, ut ante eum diem fructus perceptos ſibi haberet heres: ut ſibi igitur haberet jure hereditario, & conſequenter ſibi eos imputaret in Falcidiam. Nam quodcunque jure hereditario capitur, in Falcidiam imputatur, *l. quod autem* 74. *& l. in quartam*, *ad l. Falcid.* Ergo heres fructus imputat in Falcidiam, quos cepit jure hereditatio ex judicio defuncti, puta ante diem fideicommiſſi cedentem, non etiam, quos percepit negligentia fideicommiſſarii non petentis fideicommiſſum, puta ex puro fideicommiſſo: vel poſt diem fideicommiſſi cedentem ante moram, *l. mulier*, §. *ſi heres*, *ad Treb.* Non imputat etiam fructus heres, quos jure dominii proprio percepit, veluti ex re ſua propria, quam defunctus legavit, quoquo tempore eos perceperit, quia nunquam percipiuntur jure hereditario, ſed jure proprio quaſi ex re ſua, non veniunt a defuncto, *l. 24.* §. *ult. ad l. Falc.* Notandum etiam, filios heredes inſtitutos, nullos fructus imputare in Falcidiam, nec eos quidem, quos percipiunt ex judicio defuncti ante diem fideicommiſſi. Filiis hoc datum ex *l. jubemus*, *C. ad Treb.* Et quidem filiis ſolis, non ſequentibus liberis, liberis primi gradus non ſequentibus, ut indicat *d. l. jubemus*, §. *ult.* ante quam etiam filii fructus imputabant

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 32.*

tabant in Falcid. *l. Pap. §. unde, de inoff.* imputabant etiam in dotem, ut in specie *l. mulier §. cum proponeretur, ad Trebell.* Unde argumento *d. l. jubemus*, posset tentari hodie, filios nec in dotem fructus imputaturos, vel in donationem propter nuptias. Ceterum fructus fideicommissario non sunt restituendi. Et hæc est regula, quam proposui initio. Habet hæc regula multas præscriptiones. Prima hæc est, ut sint restituendi fructus fideicommissario supplendi fideicommissi gratia, ut in specie *l. scribit, & l. ita tamen §. heres ex asse, ad Trebell.* quam speciem vobis excutiendam relinquo. Secunda præscriptio hæc est, ut locus sit regulæ in fructibus immaturis, vel qui sati & percepti sunt post aditam hereditatem, & in usuris nominum ab herede contractorum post aditam hereditatem: hi vel hæ non restituuntur. Sed qui erant maturi fructus mortis tempore vel ab ipso testatore percepti jam, & in horrea reconditi quasi hereditarii, ut similiter usuræ nominum in hereditate relictorum, in fideicommissaria hereditatis restitutione veniunt, *l. 9. ad l. Falcid. l. 24. de usuf. leg. & l. centurio, de vulg. subst.* Tertia præscriptio hæc est, ut restituendi sint fructus ex tempore moræ, si heredis mora intercesserit, in *d. l. in fideicommissaria, & l. ita tamen §. 1. l. postulante §. pen. & ult. ad Trebel. & d. l. 24.* Nam constat fructus usuras, & commoda omnia ex mora venire in persecutionem fideicommissi, quod obtinere etiam diximus in omnibus actionibus arbitrariis, quarum instar obtinet persecutio fideicommissi, ut scil. ex mora veniunt fructus, & ceteræ cessiones, vel ex lite contestata, si nulla ratio litigandi fuerit, nec heres ante litem fecerit moram, vel etiam si fuerit ratio litigandi, si fecerit moram post condemnationem, quia hæc mora retro agitur ad tempus litis contestatæ usque ad condemnationem. Et hac in re dicebam distare arbitrarias actiones ab actionib. strictis & bonæ fidei. Et breviter constituebam, hanc esse differentiam, ut in arbitrariis fructus veniant ex mora, vel ex lite contestata secundum superiorem distinctionem: in strictis, ut fructus veniant ex lite contestata, etiamsi mora litem præcesserit; in bonæ fidei, ut fructus veniant etiam ante moram, & ante litem contestatam. Atque ita non est perpetuo verum, quod plerique scribunt, actiones arbitrarias imitari actiones bonæ fidei. Quomodo? non imitantur actiones bonæ fidei, sed strictas potius, quod maxime notandum. Primum hæc sit differentia inter arbitrarias & bonæ fidei quam modo exposui circa fructus. Deinde quod actioni bonæ fidei insint exceptiones omnes, & quasi insint, intelliguntur semper & supplentur officio judicis, *l. hujusmodi, §. qui servum, de leg. 1. l. 3. de resc. vend. l. 1. §. si onerandæ, quar. rer. actio non det.* Actionibus arbitrariis nulla inest exceptio, nec omissa suppletur officio judicis, *l. Pap. de Pub. in rem act.* Item in actionibus arbitrariis non exigitur cautio ante diem, cum quid debetur in diem, & singularis est casus *l. grege §. pen. de pignorib.* quia præsens debitum erat: quod si esset in diem vel conditionem, nec cautio interponeretur. In bonæ fidei judiciis cautio exigitur ante diem, *l. in omnibus, de judic.* item in arbitrariis nunquam datur cautio, de qua in *l. etsi, de re judic.* sed in bonæ fidei tantum actionibus. Et imitatur sane actio arbitraria strictam magis actionem, quia & ipsa origine est stricta, nec media est inter strictam & bonæ fidei, sed strictæ proximior, vel strictæ species una. Quarta præscriptio hæc est, & notissima omnibus, ut fructus restituendi sint fideicommissario & usuræ, si nominatim a testatore relicti sint, & specialiter, vel si cum incremento jusserit fideicommissum præstari, cum omni causa incrementi, hoc est, cum commodis omnibus medii temporis, cum interusurio, *d. l. in fideic. & l. facta, §. si heres, ad Trebell. l. si ita relictum, §. Pegasus, de legat. 2.* Quinta præscriptio hæc est, ut etiam si fructus nominatim relicti non sint, vel usuræ restituantur, tamen saltem superflui, ex tacita voluntate defuncti, ut *si rogaverit heredem post mortem suam restituere, quod ex hereditate superfuerit*, quia hæc verba, *quod ex hereditate superfuerit*, demonstrant, mentem hanc fuisse defuncti, ut restitueret etiam fructus superfluos, & usuras nondum exactas, hoc est, ut contentus esset deminutione medii temporis, quam illa verba permittunt, sed moderatur ita legibus, ut fiat ea deminutio bona fide, & arbitrio boni viri, id est, pro rata bonorum omnium testatoris & heredis, ut hoc loco Papiniani, & nos exponemus in *l. Titius, ad Trebell.* Et hodie ex *Nov.* fieri potest quacunque ex causa, usque ad quadrantem. Dodrans demum consumi potest impune, & satis est, fideicommissario servari quadrantem. Voluit igitur testator, qui ita reliquit fideicommissum, ut esset contentus deminutione medii temporis, quod hæc verba ei permittunt: *& quicquid superesset, id omne ut plenissime restitueret.* Quare restituet etiam fructus superfluos. Et hoc est, quod ait *§. nonnunquam.*

Obstat vehementer *l. deducta §. pen. ad Trebell.* quæ est etiam ejusdem Papin. *si heres rogatus sit restituere, quod ex hereditate superfuerit, cum moreretur, non videtur rogatus*, inquit, *restituere fructus superfluos*: non restituet igitur fructus superfluos, lex *deducta* est ex *lib. resp.* ut Scævola, ita & Papin. quod scribit lib. Quæst. idem solet reponere lib. Resp. at in hac specie non idem, sed omnino contrarium reponit. Et sane Papinianus sublata negatione scripsisse videtur, *videtur rogatus fructus superfluos, &c.* Neque hoc vero est verius quicquam, & ratio, quam subjicit, hoc demonstrat, *quia*, inquit, *ea verba fideicommissi deminutionem admittunt, &c.* id est, permittunt interim heredi deminuere fideicommissum, *fructuum autem additamentum non recipere*, quid hoc est, nisi ea verba non pati, ut fructus sibi habeat heres, qui supersunt, nec restituat fideicommissario? Ergo deminuere quidem potest, sed fructus superfluos retinere non potest; imo restituere debet fideicommissario simul cum hereditate. Nam & eodem modo, inquit, in *hac l. Pap.* in causa fideicommissi non esse bona deminuta, sed fructus superfluos esse, id est, ea verba, fructus non adjicere heredi superfluos: superflui igitur fructus restituendi sunt, quando heres rogatus est restituere quod ex hereditate superfuerit. Aliud dicitur, quod etiam valde notandum est, si rogatus sit restituere *quod ex hereditate ad eum pervenerit*: nam hujusmodi fideicommisso, nec superflui fructus continentur optima ratione, quia ea verba non permittunt deminutionem fideicommissi: cui non licet deminuere, licet fructus retinere: ut contra, cui licet deminuere, non licet fructus retinere superfluos. Et hoc ostenditur in *l. heredes, in princ. ad Trebell. l. quod his verbis, de leg. 3.*

Neque huic dicto quicquam refragatur *l. Ballista, ad Trebell.* Nam ut antea ostendi, missis innumeris solutionibus interpretum, testator quod ex hereditate ad heredem pervenerit, id voluit restitui, sed non ex fideicommisso, sed ex cautione conventionali, ex stipulatione, quandoquidem non rogavit heredem ut quidquid ad se ex hereditate pervenisset, restitueret, sed ut caveret illi, se restituturum, quæ stipulatio cæpit incrementum fructuum, quod id egisse contrahentes intelligantur; *l. pecunia, §. 1. de verbor. signif.* Plenior est stipulatio, quæ geritur inter duos quam fideicommissum. Et eadem ratio *l. pater §. ult. de leg. 3.* ut expos. sup. lib. *ad l. unum ex fam. §. ult. de leg. 2.* Sexta & ultima præscriptio hæc est, ut restituantur fructus ex tacita voluntate, licet eos non reliquerit nominatim, & non tantum superflui fructus, sed præteriti omnes, quos perceperit heres, etiamsi rogatus sit, quod ex hereditate ad eum pervenerit, ut puta, si testator distulerit præstationem fideicommissi fideicommissarii contemplatione & gratia, ut si filio suo impuberi fideicommissum hereditatis reliquerit in tempus pubertatis, aut in tempus legitimæ ætatis, dum scilicet non vult tutori committere bona sua, & mavult ea committere propinquo aut amico, ut non tantum ea bona, sed fructus etiam omnes temporis intermedii servet filio suo, quoad pervenerit ad justam ætatem, & poterit ipsemet sua bona administrare. Hæc providentia testatoris facit, ut heres nihil possit retinere præter Falcidiam, aut ne Falcidiam quidem hodie, si prohibeat eam testa-

tor, & hæc est sententia *d.l.si ita relictum* §. *Pegasus*, *de leg.2.* Et multo magis §.*cum Pollidius*, *h.l.* mulier, quæ filium habebat, propinquum suum heredem scripsit, & eum rogavit, ut quod ex hereditate sua *ad eum pervenisset, cum certam ætatem complesset* (quia tempore testamenti erat impubes) & quod plus est, adjecit nominatim mater, hoc sibi placere, ne res filiæ committerentur tutoribus, quod est lubricum & periculosum, & ut committerentur potius necessitudini suæ, propinquitati, fidem habere magis propinquo, quam tutori. Ac præterea jussit, propinquum heredem institutum sibi retinere fundum, quem imputabit in Falcidiam, si Falcidia interveniat. Ergo duplici ratione propinquus restituit filiæ fructus omnes, etiam anterioris temporis, quoniam scilicet voluit ut esset contentus fundo, & quia palam declaravit, se differre fideicommissum gratia filiæ ob lubricum tutelæ, quod tutelæ administratio sit facillima ad lapsum seu labem. Duplex est ratio, sed altera sufficeret: meliori loco voluit mater rem filiæ esse, quam si tutoribus tradita esset: hi porro fructus servassent filiæ. Ergo & heres eos debet servare filiæ. Et ita judicarunt præfecti prætorio, ad quos fuerat appellatum; illo tempore habebant Imperatores plures præfectos pro arbitrio eorum: his, inquam, præfectis prætorii cognoscentibus hac de re, Papinianus ait, se suasisse, heredem debere restituere fructus omnes præteritos, quod belle etiam confirmat lex *liberto* §. *scrib. de adim. leg.* Et eadem est ratio *l.2.§.ult. de dote præleg.* ubi voluit, mulierem esse contentam dote, quam ei legavit tantum pro dote. Qua de causa ex eo, quod est supradictum, ea mulier onerata fideicommisso, ne fructus quidem retinere potest, quia voluit, ut esset contenta dote sua, ut hoc loco voluit, heredem esse contentum fundo. Et hoc est, quod ait in §.*cum Pollidius*. Et notandum hoc loco retentionem esse prælegationem, §.*ult.* jam exposui ad *l.cum in rem, de rei vind. hoc lib.*

Ad L. Procula XXVI. de Probat.

Procula magnæ quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum post mortem ejus in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit desideratum; cum variis ex causis sæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculæ solvisset. Divus Commodus cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset emissum.

DE persecutione fideicommissi est etiam lex Procula. Ex cujus verbis apparet, in ea proponi decretum unum Commodi Imperatoris, sane quam æquissimum, & quod sæpe usuvenire potest. Plerumque quodcumque peti potest, etiam compensari potest, id est, servari jure compensationis, *l. in reb.* §. *ult. commod.* nisi petitum perimi possit per exceptionem peremptoriam, *l.quæcunque, de compensat.* Quia nec videtur peti posse, quod facile potest exceptio elidere vel eludere: nec mirum, si quæ peti possunt, etiam compensari possunt: nam aliquando, & quæ peti non possunt, saltem compensari possunt, veluti debita naturalia, *l.6. de compensat.* Et ex diverso etiam quandoque quæ peti possunt, compensari non possunt, verbi gratia, mecum agente aliquo depositi non possum compensare, quod is mihi vicissim debet ex alia causa. Hic est favor depositi, ut ejus restitutionem nec compensatio retardare possit, vel impedire, & tamen id quod mihi vicissim debet, ab eo possum petere. Ergo quod possum petere, non possum compensare, *l.qui invicem, de cond. indeb. l.13. C. de compensat.* Quia vero plerumque quod peti potest, & compensari potest, & fideicommissum peti potest, ergo & compensari potest. Hoc cognito fac ita esse: frater sorori debuit fideicommissum magnæ quantitatis, quod ad rem maxime facit: non fuit exiguum aut modicum, sed amplum & grande. Illa autem cum fratre sæpe rationem habuit ex variis contractibus, & nunquam reputavit, vel compensavit fideicommissum, quod ei debebat frater, nunquam habuit rationem fideicommissi, quantumvis licet ampli: sed quod apparebat ex ratione accepti & expensi eam debere, solvit sæpius fratri interim & parem rationem fecit. Nunc mortuo fratre, cum ex rationibus & negotiis cum eo habitis aliquid resederit, agentibus cum ea heredibus fratris, objicit compensationem fideicommissi sibi a fratre debiti, quam nunquam in retractandis rationibus objecerat fratri. Quæritur an sit audienda? Et refert Papinianus, Imperatorem Commodum decrevisse, non esse compensationi locum, quod fideicommissum soror fratri tacite videretur remisisse, fideicommissi petitioni obstare exceptionem tacitæ remissionis, taciti pacti de non petendo fideicommisso, & quæcunque exceptione elidi possunt, nec veniunt in compensationem. Placet valde decretum: ex quo possunt multæ quæstiones dirimi, ut quod fratri defuncto, vel alii conjunctæ personæ debitum magnæ quantitatis reputare neglexi sæpius, cum eo habens rationem ex variis causis, non possim etiam reputare heredi ejus. Observare vos oportet necessario, has omnes circunstantias, crebras solutiones, crebras variationes, crebro omissam compensationem fideicommissi, fideicommissum magnæ quantitatis, & rationes gestas inter fratres: extra has circunstantias non est huic decreto locus. Itaque nihil obstat *l. si cum dos, in prin. rer. amot.* Si divortio facto mulieri agente de dote vir solverit dotem, nec opposuerit compensationem ob res amotas divortii causa a muliere, nec protestatus sit se acturum rerum amotarum, non ideo habet maritus actionem rerum amotarum post solutam dotem integram, quia scil. eam actionem remisisse non videtur; nec ideo minus compensationem opponere potest ob res amotas ex alia causa agente muliere. Et ratio hæc est: quia semel tantum muliere agente de dote compensationem omisit, quia etsi eam per errorem omiserit, eo nomine agere potest condictione quasi indebita dote soluta, *l.1.§.pen. de imp. in res dot. l.10.* §.1. *de compensat.* In specie hujus legis, soror sæpius omisit compensationem fideicommissi, & ultro citroque habita inter eam, & fratrem sæpius ratione universa omnium negotiorum, quæ habuerant invicem, in eam fideicommissum nunquam deduxit, quod utique cum esset magnæ quantitatis, deduxisset, si id fratri remittere noluisset. Ex eo sumitur perquam idonea conjectura, & certissima tacitæ remissionis: non minus valent tacitæ pactiones, quam expressæ, *l.2.de pact.* remissio, pactio est. Solet etiam opponi huic decreto lex *libertis* §.1. *de alim.leg.* Libertis relictum est fideicommissum: hi cessaverunt in petitione fideicommissi, quia neque id petiverunt ab herede, neque ab herede heredis, quæritur, an possint petere a novissimo herede? Et ait posse, quod est verissimum, etiamsi decem annos inter præsentes cessaverint, quia persecutio fideicommissi est perpetua, nec perimitur nisi triginta annis, *l.quæ fideicommissa, de leg.2.* habetur enim instar actionis in personam, actio autem in personam non finitur longo tempore. Unde, ut respondeam, ita distinguo: ex solo tempore, quo cessavit fideicommissarius, ex cessatione sola, ut tarda petitione non induci remissionem fideicommissi, ex ratione sæpe tractata cum herede debitore fideicommissi, & in ea re nunquam deducto amplo fideicommisso, quod tamen erat dignum deducere, si id noluit remittere heredi, nec facile sumere argumentum remissi fideicommissi. Opponitur lex *Titio, de obl. & act.* debes mihi pecuniam ex causa judicati, necdum solvisti, & ego certam pecuniam credo mutui nomine, de qua tu cautionem seu chirographum emittis, in quo non facis commemorationem pecuniæ, quam mihi debes ex causa judicati non dicis præter pecuniam debitam ex causa judicati, te debere tot nummos, an ex causa crediti, *an omissa commemoratio prioris debiti mihi nocere potest? an vero integra*

mihi sunt utraque petitiones? Et ait, esse integras: commemorationem omissam nihil nocere, quod est æquissimum: nam & commemoratio facta prioris debiti nihil prodest, id est, non habet vim obligationis, nisi probetur vere debitum fuisse, *l. ult. hoc t. & Nov.*119. Lex *Titio* igitur est de omissa commemoratione antiquioris debiti, nos loquimur de omissa compensatione semel atque iterum, & compensatione magnæ pecuniæ, & de ratione habita cum propinquo: nam omnes has circumstantias concurrere oportet, ut sit decreto locus. Nec abs re dixit, fideicommissum fuisse magnæ quantitatis, quia non videtur in rationem omisisse magnam quantitatem, nisi qui eam remittere voluit. Observandum est, quod ait, ex eo decreto quasi tacite fideicommissum fratri remissum fuisse: quibus verbis hoc significatur, quia dicit, *quasi videri sororem, quæ sciens solvit fratri, quod debebat donasse fideicommissum, quod ei debebat frater.* Quod & Græci expressius demonstrant, dum inquiunt, videri sororem remisisse fratri *κατὰ χάριν, pour l'amour de luy.* Præsumi igitur fideicommissum esse remissum: nam verbum *quasi* aut *videri*, præsumptionem significat *hoc t.* qui tit. est *de probationibus & præsumptionibus*: hæc lex pertinet ad præsumptiones, non ad probationes, qua de causa probatio potest admitti in contrarium, puta sororem solvisse, quod debebat, solvisse fratri, quod debebat, non remittendi fideicommissi gratia, quod ei debebat frater, sed, *ut* Græci ajunt, plenæ fidei exhibendæ gratia, *elle l'a voulu payer entierement.* Nam in partem, a qua est præsumptio, licet alteri parti afferre probationem contrariam, *l. generaliter, §. si petitum, de fideicom. libert. l. ult. in pr. quod met. cau.* Et eadem ratio intervenit in specie *l. qui fundum, §. servus, pro empt.* Species hæc est: servus meus, qui peculium habebat, mandavit Titio, ut fundum emeret peculiari nomine. Titius fundum emit, & mox manumissus est servus adempto peculio, ita ut eum jam non possit sequi peculiaris obligatio. Titius tamen servo tradidit fundum, existimans ei fuisse concessum peculium, quæritur, an possit manumissus servus usucapere fundum? respondet non posse, quia scit aut scire debuit, sibi ademptum esse peculium, atque ita putavit, se esse creditorem, & adempto peculio desierit esse creditor, & in jure nihil refert scierit quis, an scire debuerit, *l. 1. §. pen. de ædil. edic. l. Jul. §. quod autem, de act. emp. l. si duo, de acq. her. l. pen. ad Maced. & l. 48. de fideic. libert.* Quid autem erit, si Titius, qui manumisso fundum tradit, scierit manumisso ademptum esse peculium? Hoc casu intelligendus est, inquit, hoc est, videtur servo eum fundum donasse potius, quam indebitum solvisse: præsumitur esse donatio. Ergo contra hanc præsumptionem probatio recipi potest, si sit paratus probare, se ideo tradidisse fundum manumisso, quod etsi nullum jus ei competeret, nulla obligatio, tamen ipse esset auctor emptionis, quia mandaverat emi eum fundum, & ut de manu servi potius quam de sua dominus fundum acciperet: hoc nisi probetur, valebit præsumptio donationis. At contra in *l. cujus, de reg. jur.* quæ non omnino bene commiscetur cum specie *d. l. qui fundum, §. servus*, dicit donationem esse si quis sciens indebitum solverit, non dicit donationem esse videri, sed donationem esse absolute. Si quis sciens indebitum solverit, indebitum autem est, quod compensatio consumit, vel minuit: fit enim ipso jure in omnibus judiciis, *l. priusquam, C. de comp. l. iniquam, de adm. tu. l. unum ex fam. §. sed si uno, d. l. de leg. 2.* ubi dicimus, donationem esse, nec dicimus videri. Non admittitur probatio in contrarium, sed regula illa *l. cujus*, accipienda est de eo, qui solvit indebitum, nulla præcedente obligatione: hic sane donat: sed cui debetur ex obligationis causa, cui tamen poterat objicere compensationem, non plane donat, sed videtur donare, & admittitur contra præsumptionem istam probatio.

Ad L. Dolus III. quand. ex fact. tut.

Dolus tutorem puero neque nocere, neque prodesse debet.

Quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude pupillus locupletior factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit: scilicet, si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi actione quoque dicendum est: item hereditatis petitione, si modo quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur (*).

Hujus summa est hæc: nullo judicio teneri pupillum ex dolo tutoris. Et verba satis perspicua sunt. Proponitur initio regula juris, dolum tutoris pupillo, neque nocere, neque prodesse, quæ produci etiam potest ad curatorem, neque est omissa in tit. *de reg. jur. l. neque in interdicto.* In qua regula est concepta verbis generalibus hoc modo, *neque in interdicto, neque in ceteris causis*, hoc est, in nullis causis dolum tutoris pupillo nocere, quamvis tutor dicatur esse loco domini, hoc est, pupilli, in interdicto, puta, quod vi aut clam. Si quid a servo pupilli, tutoris jussu factum sit vi aut clam, non ipse pupillus tenetur, sed tutor utili interdicto, quod vi aut clam, vel utili actione in factum ex causa interdicti, *l. 11. §. si tutoris, quod vi aut clam.* & in interdicto de tabul. exhib. Si tabulæ, quæ apud pupillum erant, tutoris dolo desierint esse, in ipsum tutorem, non in pupillum competit interdictum de tab. exhib. *l. pen. inf. de tab. exhib.* In ceteris quoque causis locus est regulæ, veluti in actione ex empto, & in actione de dolo, si tutor rem pupillarem vendiderit, & emptorem deceperit, ipse tutor solus tenetur ex empto, vel si pupillus vendiderit tutore auctore, & tutor emptorem deceperit, ipse tutor solus tenetur actione de dolo, non ex empto: quia ipse non vendidit, sed pupillus *l. Julianus, §. sed etiam in factum, de act. emp. l. heredib. §. ult. de dolo.* Idem licet ponere ac servari in persecutione fideicommissi. Et quoniam hic liber XX. totus fere est de fideicommissis, ideo videtur Papinianus, quæ sunt in hac l. scripsisse ad persecutionem fideicommissi, & potest poni exemplum commodissime. Heres rogatus restituere hereditatem post mortem suam, vel in aliam diem tenetur fideicommissario, si quid dolo ejus, aut lata negligentia interim ex hereditate deperierit, *l. mulier, §. sed eum, ad Treb. l. domus, l. seq. de leg. 1.* sed pupillo rogato restituere hereditatem: si quid dolo tutoris ex hereditate deperierit, ea res nihil pupillo nocere debet. Idemque procedit in actione tributoria, si servus pupilli negotiatus sit in merce peculiari sciente tutore, & is servus debeat aliquid pupillo domino suo, & agentibus creditoribus mercium, tutor inter pupillum suum & creditores mercium, iniquam distributionem faciat mercium dolo malo, ea res nihil nocet pupillo, hoc est actione tributoria tenetur tutor, non pupillus, *l. 30. §. si servis, de trib. act.* Actio tributoria emendat iniquam distributionem, ut hæc lex indicat in illo loco, *per iniquam distrib.* propter quam datur actio distributoria, quæ est actio iniquæ distributionis. Quod etiam ostendit *l. 4. & 5. in pr. l. 7. l. 8. l. ult. eod. t. & §. introduxit Inst. quod cum eo, qui, &c.* Et idem etiam hæc lex indicat procedere in actione depositi, si res deposita apud pupillum dolo tutoris interierit: id enim pupillo nihil nocere oportet; & in petitione hereditatis, si quid ex hereditate dolo tutoris pupillus desierit possidere, si quid ex hereditate tutor dolo malo deminuerit, corruperit, perdiderit, quod etiam trahi debet ad actionem in rem specialem; Igitur plane cernis, in omnibus judiciis hanc regulam observari, ne dolus tutoris pupillo noceat. Et quod plus est, adjicitur in *d. l. neque interd. de reg. jur.* huic regulæ locum esse, ut dolus tutoris non lædat pupillum, sive solvendo est tutor, sive non. Nam etiamsi tutor sit solvendo, si sit idoneus & locuples, ita ut quod ex dolo ejus conventus pupillus præstiterit, possit ab eo consequi, & servare sibi, non ideo magis tenebitur ex dolo tutoris, quia scil. quod solverit ex dolo tutoris, potest recipere a tutore, qui est solvendo, *l. minor. de minor.* Interest pecuniam retinere potius, quam

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 34.*

quam solutam repetere, *l. quod debetur, de pecul.* vel maxime propter incertum eventum litis, *d. l.nunquam*. Sed huic definitioni objiciuntur multa, in quibus laborant interpretes, & vix quicquam possis haurire purum ex illis. Primum obstat huic sententiæ, *l.1. §.hoc edicto, ff.ne vis fiat ei, qui in possess.* ubi si dolo tutoris factum sit, ut missus in possessionem bonorum pupilli ex decreto prætoris, arceretur possessione, dicitur pupillum teneri interdicto illo, ne vis fiat, &c. vel actione in factum ex causa interdicti, si modo tutor solvendo sit: ergo regulam cessare, si tutor solvendo sit, id est, si quod solverit propter dolum sui tutoris, pupillus id ab eo servare possit. Et ita *l.1. hoc t.* ex Pomponio, quod notandum dixi, ob dolum vel culpam tutoris pupillum teneri actione in rem, vel petitione hereditatis, si tutor solvendo sit, hoc est, si rem a tutore servare possit, non quidem, quanti actor in litem juraverit, sed quanti res est, hoc est, in æstimationem litis. Et ita ex eodem Pompon. Ulpianus refert in *l. summa, §. si de dolo, de pecul.* si dolo tutoris factum sit, quo minus quid in peculio esset, pupillum teneri de peculio, si tutor solvendo sit. Quod & similiter ex eodem Pompon. proditum est in actione tributoria in *l.3. §. si servus, de tribut. act.* Utroque loco in utramque rem Ulpian. utitur etiam auctoritate Pompon. *ex lib. 8. epist.* Et frustra adjicit Ulpian. in *d. l. summa §. si dolo*: maxime, si quid ad eum pupillum pervenerit. Nam etiamsi ex dolo tutoris nihil ad pupillum pervenerit, locus est sententiæ Pomponii, ut teneatur pupillus, si tutor sit solvendo. Sed Ulpianus in *d. l.3. §. si servus*, sententiam Pomponii ita moderatur sive interpretatur, ut ex dolo tutoris, qui solvendo est, pupillus in hoc tantum teneatur, ut cedat actionem, quam adversus tutorem habet, non etiam, ut damnum actori præstet, sive litis æstimationem, quæ tamen mens non fuit Pomponii. Nam Pomponius existimavit tutore existente solvendo, ex dolo ejus pupillum conveniri posse in litis æstimationem, ut in petitione hereditatis idem Pomponius palam definit in *l.ult. de admi. tu.* In quam actionem constat venire non tantum, quod possessor dolo desiit possidere, sed quod culpa, *l.sed etsi, §.quod ait, de peti.heredit.*& in *d.l.ult.de admin. tut.* sive dolo, sive culpa tutoris pupillus ex hereditate aliquid desierit possidere. Pomponius verum esse ait quod Aristo dicebat, pupillum teneri in æstimatione litis, quando tutor est solvendo; quod si tutor non sit solvendo, tunc ait pupillum liberari cedendo qualemcunque actionem, quam habet adversus tutorem, licet inanis sit actio eo tempore propter inopiam tutoris, sed ditescet forsitan quandoque. Qualiscunque cessio etiamsi sit inanis, in præsentia pro satisfactione est, quod maxime notandum ex *l.Titio fundus, de condit.& demonstrat.* Ergo mittamus complexiones, & ambages omnes, & ita concludamus, (*) verissimum esse Aristonem & pomponium distinxisse, solvendo esset tutor, an non, & ex dolo tutoris, qui est solvendo, actionem dedisse in pupillum. Sed hæc sententia Pomponii non obtinuit, & eam quasi velamento quodam excusavit aperte Ulpian. in *d.l.3. §.si servus*. Nam verius est, ex dolo tutoris pupillum non teneri, sive tutor solvendo est sive non. Unus tantum casus excipitur, qui explicatur in *hac l.3.* si ex dolo tutoris pupillus locupletior factus sit: Nam tunc pupillus tenetur in id quod ad eum pervenit, in id, quo locupletior factus est, & tenetur indistincte ex ea causa, sive tutor sit solvendo, sive non sit, *l.Julianus, §. sed cum in factum, de actio.emp.l.sed & ex dolo, de dolo, l.apud Celsum, §.illa quæstio, de doli except.* Tenetur, ut ait hoc loco Papin. in id, in quo tutor pupilli rationibus favit. Sane per tutorem favetur pupillo, *d.§.in illo, inf.* In hoc instituitur tutor, ut faveat pupillo. Verum exigitur, ut ei faveat sine detrimento, sine fraude, bona fide: tutoris est favere pupillo, dum tamen, ne cui alii noceat dolo malo: Nam non licet tutori, quod nec pupillo liceret doli capaci. Et aliter ait Papin. in hac l. ex dolo tutoris pupillum teneri in id, quod rationibus pupilli illatum probatur, *l. 4. de evict.*

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.1. cap.34.*

A in id, quod pupilli rationib. acceptolatum est, *jusqu' a la concurrence de ce qu' il aura receu par la reddition de compte*. Extra hanc causam dolus tutoris nunquam nocet pupillo, sive tutor solvendo est, sive non est. Et hoc est, quod subjicit *l.4. hoc t.* extrinsecus, hoc est, extra istam causam videlicet, si factus sit pupillus locupletior ex fraude tutoris, si quid tutor admiserit dolo malo, id nihil nocere pupillo. Istius igitur regulæ una tantum est exceptio: nam altera, quam adjiciebat Pomponius non obtinuit. Non est illud omittendum, ubi non intervenit dolus tutoris, sed bona fide res gesta est nomine pupilli, teneri pupillum non tantum in id, quo locupletior factus sit, sed etiam in solidum, etiamsi nihil ad eum pervenerit ex negotio bona fide contracto, *l.4. ff. §.1. de eviction.l.cum plures, §.1. de admin.tu.* B Et hoc, ut ita servetur, ipsius pupilli magnopere interest: nemo enim vellet cum tutore negotiari, si contractus habiti a tutoribus bona fide non obligarent pupillum in solidum: sed de his quæ gessit bona fide, non est lex: quæstio tantum est de gestis dolo malo.

Ad L. LXX. de Leg. II.

Imperator Antoninus rescripsit, legatarium, si nihil ex legato accepit, ei, cui debet fideicommissum, actionibus suis posse cedere: nec id cogendum solvere. Quid ergo, si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus, abstinuit eo? utrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad eam quantitatem, quæ fideicommisso continetur? quod ratio suadet. Sed etsi legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi co- C *gendus erit solvere, quam recepit.*

PRima quæstio hæc est, quatenus legatarius, a quo fideicommissum relictum est, fideicommissario teneatur? Heres qui adiit, legatariis aut fideicommissariis, omnimodo tenetur salva Falcidia. Legatarius autem fideicommissario omnimodo non tenetur, etiamsi legatum agnoverit & acceperit. Porro a legatario legatum relinqui non potest: fideicommissum potest, ut in *Instit.de singul. reb. per fideicom. rel.* Ideoque ita quæstionem instituimus: quatenus legatarius fideicommissario teneatur, cui scil. a legatario alteri fideicommissum relictum est? Et distinguitur hoc modo: aut legatarius accepit legatum, aut non accepit. Et rursus, si non accepit, aut eo se abstinuit, neque id repudiavit, sed cum id petiisset per judicem, superatus est sententia judicis, absoluto herede: D si abstinuit se legato, casus proponitur in hac lege ex rescripto Imp. Antonini, nec dum ex eo quicquam accepit, aut accipere voluit, sane fideicommissarius fideicommissum, quod ab eo relictum est, solvere non cogitur, nec debet, quia, ut ait *l.fideicommissum, ff.de leg. 1.* fideicommissum, quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si ad eum pervenerit legatum. Si igitur non pervenerit, non debet. Verum enimvero tenebitur in hoc, ut cedat actionem legati sibi competentem, actionem ex testamento adversus heredem scriptum, ut eam, inquam, cedat fideicommissario, vel ei, cui fideicommissarius voluerit, ut est in *l. filius, §. ult. de fideicommis. libert.* Jure actionis cessæ fideicommissarius persequetur legatum, & sibi retinebit jure fideicommissi, quando scil. id legatum heres spernit & respuit. E Ergo qui abstiuet se legato, qui legatum accipere non vult, non amittit actionem legati. Argumentum certissimum non amissæ actionis, est cessio: ita est omnino, nisi a petitione sua heredem liberavit, *l.Titius, de action. emp.* per acceptilationem, vel ut olim fiebat, per æs & libram. Et consequenter hoc casu heres, cum teneatur legatario, a quo non est liberatus, licet legatarius se abstineat legato, non est æquum, ut etiam teneatur fideicommissario directa actione, quod sc. legatum apud eum remaneat, nisi sc. legatarius cesserit suam actionem: tunc etiam heres, apud quem legatum remanet, conveniri potest a fideicommissario, ac si ei legatum esset ab herede relictum: forsitan & non interveniente cessione legatarii, potest heres a fideicommissario conveniri utili actione, ut

Bartolus sensit in *l.8.§. cœptum hoc t.* rectissime, ut opinor: nam hoc bellissime comprobari potest ex *d.l. Titius, de act. emp.* Ex qua efficitur, legatum, quo se àbstinuit legatarius, remanere apud heredem cum onere fideicommissi, cum onere fideicommissariæ libertatis, quia sc. vel utili actione tenetur fideicommissario. Idemque erit omnino, si legatarius legatum petierit per judicem, & non exegerit superatus sententia judicis: Nam & hoc casu non cogetur solvere fideicommissario, qui de legato litem amisit, quia litis periculum non pertinet ad legatarium, nisi dolo ejus aut culpa lis perierit. Dolo, ut si cum herede egerit lusorie, culpa, ut si impudens plus petierit, & causa ceciderit: si absit dolus & culpa, periculum litis non pertinet ad legatarium, sed ad fideicommissarium: & ideo non cogitur ei solvere fideicommissum, sed liberatur cedendo actionem legati, *l.8. tit. seq.* Nam sententia judicis non perimitur actio, sed actioni objicitur exceptio rei judicatæ, quæ tamen non objicitur fideicommissario facto procuratori in rem suam: quia & sine cessione habiturus erat adversus heredem scriptum actionem utilem, quia alia res est, vel alia res facta videtur, aliaque lis interveniente procuratore in rem suam, qui priori liti non interfuit. Alia est conditio personæ, quæ nunc agit, *l. an eadem, l. is qui, de except. rei judic.* Nunc de legatario dicamus, qui repudiavit legatum. Si legatarius repudiaverit legatum, videtur repudiatione amisisse actiones suas ipso jure, ut jam nec possit eas cedere fideicommissario. Et sane ita est: differentia est inter repudiationem, & abstentionem: repudiatio fit in jure apud prætorem solemniter *l.3. & 4. C. de repud.* hereditatis abstentio fit quoquo modo, non verbis tantum, sed re, & quocumque indicio voluntatis, sicut recusatio, *l. recusari, de acq. hered. l. recusare, ad Treb.* Ei, qui se abstinuit hereditate, integrum est intra tempora constituta hereditatem adire: ei, qui repudiavit, non est integrum hereditatem adire citra beneficium restitutionis in integrum, *l. quod si minor §. Scævola, de minorib. l. si quis suus de jure delib. l. nam quod §. 1, ad Treb. l. ult. C. de rep. vel abst. hered.* Et similiter ei, qui se abstinuit legato, integrum est petere legatum, nisi petitione sua heredem liberaverit, ut *d.l. Titius*. Et legatario abstinente se heres ei, cui legatarius erat rogatus restituere, tenetur utili actione, vel directa, si suam ei cesserit legatarius, qui non liberavit heredem, ei autem, qui repudiavit legatum, non est integrum petere legatum. Et eo casu fideicommissario, cui relictum est fideicommissum integrum, heres tenetur directa actione; heres, inquam, apud quem legatum manet, quod repudiavit legatarius, *l.9. de usufr. leg.* Ex quo generaliter constituendum est, quod ad effectum attinet rei, sive abstentione, sive repudiatione deficiat legatum, id apud heredem remanere cum onere: sicut & caduca hodie, hoc est, quæ erant olim caduca, vel in causa caduci, atque etiam jure veteri certis casibus, apud heredem remanere cum onere: & ea tantum legata dicuntur apud heredem remanere sine onere, quæ pro non scriptis habentur, ut quod relictum est ei, qui non est in rerum natura, *l. un. §.2. vers. ea etenim, C. de caduc. toll.* Exceptis duobus casibus, quibus id, quod pro non scripto est, id est, quod deficit ipso initio, remanet apud heredem cum onere, *l. cum vero, §. si non pro scripto, de fideicom. liber. & l. ult. de his, quæ pro non scriptis.* Verum ad id, quod diximus initio, quodque proponitur principio hujus leg. ex rescripto Antonini legatarium, qui se abstinuit legato, cogi cedere actionibus suis fideicommissario, non cogi fideicommissum præstare: Quæritur hoc loco a Papiniano, si legatarius rogatus sit restituere partem legati, non totum, & abstineat se legato, utrum cogatur fideicommissario cedere actionibus suis in totum? an in partem tantum, quæ fideicommisso continetur? Videbatur in totum: quod non soleat scindi actio legati: non scindi legatum, ergo nec actionem legati. Sed tamen rectissime Papin. ait, æquius esse, ut non cogatur cedere actionibus suis, nisi ad eam quantitatem, quæ fideicommisso continetur, ne scil. plus capiat fideicommissarius, quam testator eum habere voluit. Residua igitur pars remanebit apud heredem, residua pars heredis potius lucro cedit, quam fideicommissarii. Atque ita propter fideicommissum scindit legatarius actionem legati, sicut & alias propter fideicommissarium capacem, legatarius incapax admittitur ad legatum, vel heres ad hereditatem, *l. cogi, §. hi qui solidum, ad Trebell.* Et in multis aliis casibus juris, quod quis per suam personam non habet, habet propter personam alterius *l. cum hereditate, de acquir. hered.* Et hæc quidem omnia pertinent ad legatarium, qui legatum non accepit. Quid si legatarius acceperit legatum, quatenus tenetur fideicommissario? Et constat, eum teneri fideicommissario solvere pro modo legati, quod accepit, nisi quid amplius acceperit ex testamento: neque enim fideicommissi nomine tenetur ultra quam acceperit ex testamento. Et ideo centum legatis, si rogatus sit restituere ducenta, nec quicquam amplius ex testamento ceperit legatarius, quam centum, ad summam legati videbitur fideicommissum constituisse, id est, constitisse, id est, in centum tantum. Et ita sæpissime Florentiæ vetere more scriptum est in libris nostris, *constituere* pro *consistere*, *l. 8. §. ult. rem. rat. hab. & l. Titium, §. 1. ad l. Jul. de adult. l. non dubium, §.3. de custod. reor.* Sallust. in Jugurt. *agmen constituit, le camp s'arreste, & ne bouge: in Bœotia copias exercitus constitisse.* Et e contrario etiam constitere est constituere, ut illo Lucretii versu, *& quæ possem vitam constitere tutam.* Ergo legatarius oneratus fideicommisso, si velit accipere legatum, & accipiat, computare debet quantum sit in legato, quantum in fideicommisso: heres tenetur fideicommissariis ultra vires hereditatis, modo salvam Falcidiam habeat, id est, quartam partem bonorum, quia videtur adeundo se obligasse in solidum: sane creditoribus tenetur in solidum. Legatariis magis est ut non teneatur in solidum, id est, supra vires hereditatis, sicut etiam diximus, legatarium non obligari fideicommisso supra modum legati; imo dicimus, legatarium amplius obligari, quam heredem. Nam legatarius non habet deductionem Falcidiæ: absumi potest legatum omne fideicommisso, non hereditas omnis. Ergo legatarius eatenus duntaxat tenetur, quatenus ad eum pervenit. Non dico, quatenus ei legatum est, sed quatenus ex legato ad eum pervenit. Quid enim, si non omne legatum pervenerit propter legem Falcidiam? Igitur legatarius oneratus fideicommisso conferre debet quantitatem legati: supra quantitatem fideicommissi, conferre etiam & computare alia quædam debet, quæ explicabo seq. recitatione.

Ad §. Si centum.

Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse: si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum dumtaxat additamentum admittet. Nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem evasit. Hæc ita, si quantitas cum quantitate conferatur. Enimvero, si pecunia accepta, rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto, si velit computare. Non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius, offerat.

HEri diximus quid esset differentiæ inter abstentionem, & repudiationem legati, & quatenus teneretur legatarius fideicommisso oneratus, qui legatum non accepit, & quatenus heres, apud quem legatum remansit, quod legatarius non accepit: Et item quatenus teneretur fideicommissario legatarius, qui legatum accepit: Ubi quod initio prælectionis non explicavi bene, hanc constituo differentiam inter heredem & legatarium. Legatarius non tenetur ultra vires legati, quod accepit, pro viribus tenetur: in solidum heres, nec pro virib. hereditariis tenetur in solidum, quia deductionem Falcidiæ habet, quam legatarius non habet, præterquam uno casu, quo Falcidiam heres non habet, ac præterea heres legatariis

& fideicommiſſariis tenetur ultra vires ex Conſtit. Juſtini ſi bonorum inventarium non fecit: alioquin, ſi inventarium fecit, legatariis & fideicommiſſariis heres non tenetur ultra vires hereditatis, *l.1. §. denique, ad Trebell.* ne ex teſtamento quidem militis, in quo tamen Falcidia ceſſat. Creditoribus autem hereditariis certe heres, qui adiit tenetur, ultra vires hereditatis. Nullum hac in re, quod ſciam, alíud eſt diſcrimen inter heredem & legatarium: Nam quod attinet ad fructus & uſuras medii temporis, idem in utroque jus valet: nam ſi heres, vel ſi legatarius poſt tempus aliquod rogetur reſtituere fideicommiſſum aliquod majoris quantitatis, quam eſſet legatum, vel hereditas, ex incremento medii temporis ſuppletur fideicommiſſum, *l. ita tamen, §. heres ex aſſe, l. ſcribit, ad Treb.* Et ita heres, qui rogatus eſt reſtituere aliquid, quod eſt majoris pretii, quam hereditas: poſt tempus ſcil. certum, ex fructibus medii temporis Falcidiam ſibi reficit, & ſi fructuum quantitas ferat, fideicommiſſum ſupplet *d. §. heres.* In quo oſtenditur idem eſſe, aut procedere in legatario: nam legatarius oneratus fideicommiſſo, non tantum ex quantitate legati, ſed etiam ex interuſurio, id eſt ex commodo uſurarum intermedii temporis implet fideicommiſſum: adeo, ut ſi legatis centum, rogatus ſit poſt annos 20. reſtituere ducenta, & medio tempore ex uſuris ejus pecuniæ perceperit centum, fideicommiſſario teneatur reſtituere ducenta, quia fideicommiſſum ſuppletur interuſurio medii temporis, ſeu adimpletur, cui non erat initio par quantitas legati. Major enim erat quantitas fideicommiſſo duplo, id eſt, altero tanto, quam quantitas legati. Et hoc eſt, quod ait Papin. hoc loco, uſurarum duntaxat additamentum admitti, nempe ex interuſurio ſuppleri fideicommiſſum, cujus etiam ſupplendi gratia in tempus diſtuliſſe præſtationem eam teſtator videtur, atque ita tempus appoſuiſſe fideicommiſſarii, non heredis cauſa. Recte autem dixit Papin. uſurarum duntaxat additamentum admitti, & ſcil. pro modo quantitatis & uſurarum duntaxat, quæ medio tempore accreverunt, fideicommiſſario præſtari: Nam aliud commodum medii temporis, ſi quod ex legato legatarius perceperit, in computationem non venit. Finge: legato percepto legatarius evaſit exſtantem, & imminentem pœnam ſtipulationis, aut pœnam commiſſi, pœnam trajectitiæ pecuniæ, vel finge: percepto legato fideicommiſſarius magnum commodum conſecutus eſt negotiatione aliqua, ut pecuniam legatam in ſalis coemptionem impendit, & ex ea merce fecit uberrimum quæſtum: an hujus commodi, quod extrinſecus evenit, ratio habebitur, ut & pro modo ejus obligetur fideicommiſſario? minime. Denique uſurarum duntaxat incrementum admittetur. Et hoc eſt, quod ait, *ſi centum legatis*, &, *ſi autem &c.* Atque ita in æſtimando eo, quod intereſt, ea tantum utilitas ſpectatur, quæ nimirum circa rem ipſam conſiſtit, non quæ extra rem accedit, *& qui revient de la choſe, & non du labeur, & induſtrie*, ut in *l. ſi ſterilis, §. cum per vend. de act. emp.* Qui meo judicio eſt perquam difficilis, ſed facillimum reddam.

Finge: emptor in pretio ſolvendo moram fecit, tenetur in id, quod intereſt actione ex vendito, in quo æſtimando uſurarum duntaxat ratio habebitur, id eſt, uſuras duntaxat pretii non ſoluti emptor præſtabit, *l. ult. de peric. & comm. rei vend.* ſicut hoc loco uſurarum duntaxat additamentum, nec præſtabit quod venditor pretio ſoluto ex negotio aliquo, ex mercibus pluſquam ex uſuris acquirere potuit. Denique uſuras duntaxat præſtabit, non compendium negotiationis, quod mora emptoris intercipit venditori, vel etiamſi venditor moram fecerit in re tradenda, præſtabit fructus duntaxat, quos percepit, aut percipere potuit, *l. venditor, de hered. vend.* Et vendito mancipio præſtabit partus & acquiſitiones ſervi, *l. venditor, de evict.* & præſtabit quoque eadem ratione, quanti ea res, quæ venit, hodie pluris eſt, cum ſcilicet auctum eſt ejus rei pretium poſt moram venditoris: ſed non præſtabit, quod emptor re tradita in tempore ex negotiatione aliqua lucrari potuit, *d. l. ſi ſterilis,*

A *§. cum per vend. & l. Titius, eod. tit.* Et ſimiliter damnum præſtabit rei, ſi deterior facta ſit, aut vilior, hoc eſt, vilioris pretii: non præſtabit damnum, quod extrinſecus advenerit, forte non tradito tritico, aut pabulo vendito, ſi mancipia emptoris, aut jumenta fame perierint. Et rectiſſime Accurſ. in *l.26. tit. ſeq.* cum lex diceret heredem aut legatarium fideicommiſſario præſtare debere poſt moram fructus, & omne damnum, quo affectus eſt fideicommiſſarius, puta inquit peritiſſime, ſi res, quæ relicta eſt, perierit, quod confirmat, *l.22. §. ult. eod. tit.* Et adde, vel ſc. deterior facta ſit, aut vilior: non inquit, ſi in rebus propriis fideicommiſſarius damnum paſſus ſit propter moram heredis aut legatarii, ut puta, ſi ob non traditam in tempore pecuniam mancipia aut pecora fideicommiſſarii enecta ſint fame: nam hujus extrarii damni ratio non habe-
B tur. Ex commodis ſive incommodis quædam ſunt conjuncta rebus, quædam eventa rerum: conjuncta non ſe junguntur, ſive res perierit, vel damno affecta ſit, nec accreſcunt ſine rei emolumento. Eventa abeunt, adveniunt re ſalva, incolumi & illæſa: dixere quidam conjuncta & eventa, quæ alii propria & accidentia. Conjuncta ſunt rei, in hoc propoſito, quæ, ut Rogerius dixit, cohærent rei, veluti pretium, fructus, quos res fert, uſura quæ ex pecunia redigitur: eventa ſunt rei, veluti compendium negotiationis, vel diſpendium, quod ea re ſalva & incolumi, rebus contingit noſtris: conjuncta in computationem veniunt; eventa in computationem non veniunt. Ad hæc Papin. noſter notavit unum caſum in ſeq. quæſtione legis, quo legatarius tenetur fideicommiſſario ultra quantitatem legati. Finge: rogavi te, ut accepta certa quantitate, puta centum, Ti-
C tio reſtitueres rem propriam tuam, quæ ſc. pluris erat centum, quæ forte digna erat ducentis: hæc verba, accepta certa quantitate, acceptis centum, hi ablativi abſoluti, ut dicunt interpretes noſtri, alias pro legato ſeu fideicommiſſo accipiuntur, *l. 11. §. cum eſſet, de leg. 3.* alias accipiuntur pro conditione, ſi heres dederit centum, atque adeo pro mortis cauſa capione *l. facta, §. reſcripto, ad Treb. & l. acceptis, ad l. Falc.* Quæ ambiguitas declaratur etiam in *l. a teſtatore, de cond. & dem.* ut ſcil. ablativi abſoluti, ut dicunt, alias accipiantur pro fideicommiſſo, alias pro conditione, ſed in propoſito pro fideicommiſſo accipiuntur, & videtur teſtator tibi legaſſe centum, & oneraſſe fideicommiſſo præſtandæ rei tuæ, quæ majoris erat pretii longe: tu vero pecuniæ legatum agnoviſti & accepiſti, ante cogere poteſt legatarius, ut ei rem propriam præſtes, quæ
D longe exuperat quantitatem legato ſive fideicommiſſo priore comprehenſam? Et ſane verum eſt, te teneri in ſolidum, ut rem tuam præſtes, etiamſi majoris ſit pretii, quam quantitatis, quæ legata eſt, quia accipiendo quantitatem legatam, non pluris videris æſtimaſſe rem tuam, & unuſquiſque eſt legitimus æſtimator rei ſuæ. Quod adeo verum eſt, ut poſt agnitum legatum non audiaris, ſi velis conferre quantitatem legatam cum æſtimatione rei tuæ ne ſupra modum ſcil. tenearis: Nec enim admittitur collatio ſeu computatio ejuſmodi, ſed præciſe coget te fideicommiſſarius rem tuam præſtare, cujuſcunque ſit pretii, niſi ſcil. fuerit minor 25. annis, qui temere legatum agnoverit: Nam beneficio reſtitutionis minori ſuccurritur agnito legato, ſi offerat quantitatem legatam, ut ſcil. retineat rem propriam, quæ majoris eſt pretii, & liberatur præſtan-
E do quantitatem legatam, quam acceperat temere, *l. ſi minor, ff. de minor. l. tut. de liber. leg.* Alias vero illo caſu quem expoſui ſatis intelleximus evenire, ut legatarius teneatur ultra quantitatem legati, puta ad præſtandam rem ſuam: quamvis ſit majoris pretii, quam quantitas legata: nam eam quantitatem accipiendo, non pluris videtur æſtimaſſe rem ſuam: quæ eadem eſt ratio, *l. plane, §. ſi cui de leg. 1. & l. ſed ſi non ſervus, ad l. Falc.* Recte autem poſuit Papin. te fuiſſe rogatum accepta certa pecunia reſtituere rem propriam, quæ erat majoris pretii: nam idem non poteſt ſtatim in re aliena ſi etiam legatarius rogatus ſit rem alienam præſtare: non propriam: audietur agnito & accepto legato ſi offerat legatum quod accepit, nec cogetur redimere rem alienam, aut ejus æſtimationem præſtare, quæ

ſcili-

ſcilicet valde excedit modum legati *l.6. de fideicom. libert.* Et ſimiliter, ut initio demonſtratum eſt, ſi legata certa quantitate, legatarius rogatus ſit præſtare majorem quantitatem, audietur accepto legato, ſi offerat quantitatem quam accepit, niſi poſt tempus rogatus ſit præſtare majorem quantitatem. Nam hoc caſu non tantum quantitatem legatam, ſed etiam interuſurium ad finem fideicommiſſi offere & præſtare debet. Quapropter hæc verba Papin. *hæc ita ſi quantitas &c.* hunc habent ſenſum: interuſurii rationem admitti duntaxat, ſi legata certa quantitate rogatus quis ſit aliam quantitatem præſtare: nam ſi legata quantitate rogatus ſit non quantitatem præſtare, ſed rem propriam, accepto legato omnino præſtare debet rem propriam, etiam ſi majus ſit ejus rei pretium, quam legatæ quantitatis. Ad confirmanda ea, quæ diximus, valde pertinet §. penul. hujus legis.

Ad §. penult.

Cum quidam filio ſuo ex parte herede inſtituto, patruum ejus coheredem ei dediſſet, & ab eo petiiſſet, ut filium ſuum pro virili portione filiis ſuis coheredem faceret, ſi quidem minus eſſet in virili portione, quam fratris hereditas habuit, nihil amplius peti poſſe. Quòd ſi plus etiam fructuum, quos patruus percepit, vel cum percipere potuit, dolo non cepit, habendam eſſe rationem, reſponſum eſt: non ſecus, quam ſi centum millibus legatis rogetur poſt tempus majorem quantitatem reſtituere.

SPecies §. *pen.* hæc eſt: Quidam filium ſuum ex parte heredem ſcripſit, & fratrem ſuum patruum filii ſui ex alia parte, & rogavit fratrem, ut cum filium ſuum pro virili portione una cum filiis ſuis conſobrinis ejus, ſibi heredem faceret. His verbis, ut heredem illum faceret, tametſi purum aperte fideicommiſſum relinquatur, quia nemo obligari poteſt, ut alium heredem faciat, *l. ex facto, in prin. ad Treb. l. ſtipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig.* tamen ea verba, ne inanis ſit voluntas teſtatoris, hoc modo interpretantur, teſtatorem fratrem ſuum rogaſſe, ut poſt mortem fratris portio virilis hereditatis fraternæ filio ſuo reſtitueretur. Et ſane ex his verbis, vel ex hac interpretatione verborum, eatenus reſtituenda erit, quatenus voluntate teſtatoris ad eum pervenerit, *l. filiusf. §. ult. tit. præced. de leg.*1. Et ideo, ſi hereditas teſtatoris tanti ſit, vel ſi pluris ſit quam portio virilis hereditatis patrui, filius teſtatoris portionem virilem a conſobrinis petere poterit mortuo patruo, & nihil amplius: quia ſcilicet, non poterit petere integram hereditatem, quæ a patre ſuo ad patruum pervenit, nec fructus, quos ex ea hereditate patruus medio tempore percepit. Quod ſi minor ſit hereditas teſtatoris, hoc caſu replebitur fideicommiſſum ex fructibus vel uſuris medii temporis pari pecunia. Et ideo ſi legatarius accepta certa quantitate ex cauſa legati, rogetur poſt mortem ſuam reſtituere majorem quantitatem, quam accepit jure legati, ex uſuris medii temporis fideicommiſſum ſuppletur: nec dici poterit, quod notandum, etiam nullis fructibus perceptis, puta confeſtim mortuo herede aut legatario, deberi virilem portionem, aut quantitatem integram, ſicut ſi rem propriam, quæ majoris erat pretii, rogatus eſſet reſtituere, quo caſu rem præſtaret in ſolidum, etiamſi ſit majoris pretii agnito legato: Nam non eſt eadem ratio rei propriæ per fideicommiſſum relictæ a legatario, & herede, & virilis portionis, & quantitatis: nam relicta re propria legatarii, ſi legatarius legatum accepit, non pluris videtur æſtimaſſe rem propriam, quam ſit in legato: quod dici non poteſt ſimiliter in virili portione, vel quantitate: dici, inquam, non poteſt heredem, qui agnovit hereditatem teſtatoris, non pluris æſtimaſſe hereditatis ſuæ portionem virilem, aut legatarium, qui accepit quantitatem legatam, non pluris feciſſe quantitatem per fideicommiſſum ab eo relictam, hoc, inquam, dici non poteſt. Omnis enim res tanti eſt, quanti a domino æſtimatur, quantitas autem, hoc eſt, certa ſumma tanti eſt, quanti eſt per ſe, nec alterius æſtimationem requirit. Et ita virilis etiam portio hereditatis, puta ſextans, quæ quantitatis eſt nomen, tanti eſt, quanti eſt per ſe, nec æſtimationem deſiderat. Et veriſſimum eſt quod ait Accurſ. hoc loco, virilem portionem hereditatis cum virili, ſicut quantitatem cum quantitate recte conferri, ut ſcilicet, non teneatur quis ultra virilem, vel ultra quantitatem, quam accepit, & uſurarum duntaxat medii temporis additamentum admittatur. Quantitatem autem legatam cum re propria legatarii, ab eo per fideicommiſſum relicta, non conferri, quia accipiendo quantitatem legatam, quæ legata eſt cum onere præſtandæ rei ſuæ, videtur feciſſe quantitatem legati, aut parem feciſſe rem ſuam videtur quantitati legatæ, quia non pluris res ulla eſt, quam a domino æſtimatur.

Ad §. ult.

Cum autem rogatus quicquid ex hereditate ſupererit poſt mortem ſuam reſtituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuiſſe, quæ vendit, non videtur.

QUæ ſunt in §. *ult.* erunt faciliora his. Loquitur de herede, qui rogatus eſt reſtituere *quicquid ex hereditate ſupererit poſt mortem ſuam*. His verbis deminutio hereditatis ei permittitur, quæ modo non fiat intervertendi fideicommiſſi cauſa, *l. Titius, ad Treb.* quam expoſuimus ſuperiore libro. Ergo ſi heres hoc fideicommiſſo oneratus aliquid deminuerit ex hereditate fideicommiſſa, puta ſi aliquid vendiderit bona fide, non in fraudem fideicommiſſarii, id non venit in reſtitutionem fideicommiſſi, niſi ſcil. ex pretio rerum venditarum alias res ſibi comparaverit. Quia hoc caſu venditio non minuit fideicommiſſum: & conſequenter ex pretio rerum venditarum aliæ res comparatæ in fideicommiſſi reſtitutionem veniunt, ſicut res permutatæ: non videtur etiam deminuiſſe fideicommiſſum hereditatis, qui res hereditarias permutavit cum aliis. Et hoc eſt quod ait in §. *ult.* & recte additur in *l. ſeq. ſed quod inde, &c.*

Ad L. LXXII. eod.

Idem ſervandum erit etſi proprios creditores ex ea pecunia dimiſerit: non enim abſumitur, quod in corpus patrimonii retinetur.

ET ſubjicitur ex eodem lib. Papin. l. 72. idem eſſe dicendum, ſi heres eo fideicommiſſo oneratus, ex pretio rerum venditarum, quæ erant in hereditate creditores ſuos dimiſerit, id eſt, ſi ex eo pretio rerum hereditariarum, quas vendidit, ſe liberaverit a creditoribus ſuis, quia id in rem ſuam convertit, in patrimonium ſuum ut in *l. quantum, quod met. cauſ.* videtur in corpus patrimonii verſum id, quo quis ſe debito liberavit: Nam ut obligatio minuit bona noſtra, ita æris alieni liberatio auget. Et ut ait Papin. *abſumptum non videtur, quod in corpus patrimonii retinetur*. Et hoc idem ſervatur *l. ſed etſi §. quod autem quis ex hereditate, de petit. hered.* in illo loco, *nec pretium in corpus patrimonii rediiſſet*. Et idem dici poteſt, ſi pecunia redacta ex venditione rerum hereditariarum exſtet: nam abſumptum non videtur, quod extat in bonis. Quod produci poteſt ad mores Gallicos, quibus quæ conjuges acquirunt conſtante matrimonio, ſunt communia inter eos, non propria. Propria ſunt, quæ ante matrimonium acquiſierunt, vel quæ hereditate obvenerunt. Finge: maritus res proprias vendidit conſtante matrimonio, & ex his alias comparavit: hæ quoque cenſebuntur propriæ. Idemque judicium eſſe pecuniæ redactæ ex venditione rerum propriarum: alioquin ſæpe ita venderentur animo donandi viro aut uxori, ſi haberentur pro communibus, non propriis, quæ donationes legibus ſemper coercentur, quoad fieri poteſt. Quod autem ait Papinian. in hac l. 72. *non abſumitur, quod in corpore patrimonii retinetur*, poteſt etiam aptari ad multas alias ſpe-

ſpecies, & eſt quaſi generalis quædam ratio juris. Ipſemet Papinian., hanc rationem accommodat ad aliam ſpeciem in *l. pater, de adim. leg.* Et eſt operæ pretium noſſe eam ſpeciem.

Pater inter filias bona ſua diviſit ſupremo judicio ſuo, & filiæ prælegavit trecentos aureos ex ſalariis ſeu commodis, quæ ei debebat reſpubl. ex adminiſtratione principali, & ex erogatione militaris annonæ. Deinde pater ipſe ex eis trecentis aureis poſſeſſionem comparavit, an ea poſſeſſio debebitur filiæ jure prælegati? Videtur non deberi, quia trecentos aureos ipſe pater conſumpſit empta poſſeſſione. Lex ait, deberi, quia non videtur conſumptum, quod verſum eſt in corpus patrimonii. Alia eſt ratio legis *alteri, eod. tit. de adim. leg.* Et notandum, quia poſſet imponere multis, pater filium & filiam heredem ſcripſit ex æquis partibus, & filiæ prælegavit prædia; Coheredes autem juſſit filio præſtare actiones ad finem pretii, quo prædium fuerat emptum, ut ſcil. jure actionis tantum haberet filius, quantum emptum eſt prædium: Denique voluit pater, ut in omnib. eſſent æquales, in hereditate primum, deinde etiam in prælegatis, puta, ut filia haberet prædium, & filius pretium prædii, quod ſcilicet emptum fuerat, pro modo ejus pretii ceſſis ei actionibus adverſus debitores hereditarios. Quid accidit poſtea? Pater prædium, quod filiæ prælegaverat, vendidit ſua voluntate, non neceſſitate coactus, & vendidit, extra offenſam filiæ, *ſans qu'elle luy aye donne occaſion de ce faire*. Atque ita pretium prædii rediit in corpus patrimonii, an pretium filiæ poterit petere jure prælegati? Minime: licet verſum ſit in corpus patrimonii, ſed dividetur ex æquo inter fratres, quia ſcilicet teſtator videtur filiæ ademiſſe omnimodo prælegatum, & ſi ademit filiæ prælegatum, ergo ademit etiam onus prælegato injunctum & innexum, puta onus cedendarum actionum fratri. Quare nec fratri erunt cedendæ actiones, & tamen pretium redactum ex venditione inter eos communicabitur ſublatis prælegatis. Et cur poſuit, diſtraxiſſe patrem id prædium, diſtraxiſſe citra offenſam filiæ? quia ſi iratus filiæ diſtraxerit, ſi ſuccenſuerit filiæ, ſola filia offenſæ ſuæ pœnam feret, & amittet prælegatum omnimodo ſed non frater, quia nihil offendit patrem: nec enim eſt tunc par utriuſque conditio. Igitur ſervandum erit hoc caſu prælegatum filio, quod maxime notandum eſt. Et omnibus illis locis dicunt auctores noſtri, corpus patrimonii pro patrimonio ipſo, ſeu univerſitate patrimonii, ſicut corpus juris dicimus pro pandectis, *l. 1. in princ. C. de rei uxor. act.* Et Livius 3. adjectis duabus tabulis poſſe abſolvi corpus Romani juris. Et eodem modo recte dicimus, corpus Homeri, *l. librorum, §. ſi Homeri corpus, tit. ſeq.* Corpus diſciplinæ Columella, corpus hiſtoriæ; Polybius, & Tull. ad Att. *ab initio ad redditum ſuum modicum quoddam corpus confici poſſe*: corpus hiſtoriæ ſcil. Verum non ſatis eſt. Obſtat his, quæ diximus valde *l. ſed etſi lege, §. 1. de pet. hered.* Diximus, *rem comparatam ex pretio venditæ rei hereditariæ in fideicommiſſum venire*, contra ea lex ait, *ſi bonæ fidei poſſeſſor hereditatis alienæ rem hereditariam diſtraxerit, & ex eo pretio aliam comparaverit, eam rem non venire in petitionem hereditatis, ſed pretium*. Cur tamen ea res venit in fideicommiſſi perſecutionem? quia, ut breve faciam, hic bonæ fidei poſſeſſor ſui cauſa emit rem, ideoque eam ſibi retinet & pretium præſtat, *l. item veniunt, §. denique, eod. tit. de petit. heredit.* Hic quoque heres rogatus reſtituere quicquid ex hereditate ſupererit, ex pretio aliam rem ſui cauſa emit, ita eſt: & ſtultus eſt Accurſ. quem eo nomine etiam deridet Bartolus, qui fingit comparaſſe hereditario nomine: imo ſuo nomine: ſicut cum pretio ſe liberat a creditoribus, id ſui cauſa facit: ita etiam in propoſito ſane ex pretio heres aliam rem comparavit ſui cauſa. Sed hoc genere intervertit fideicommiſſum, quia ſuum facit, quod teſtator deſtinaverat alteri. Quid eſt fideicommiſſum intervertere? *s' approprier*, non potuit autem intervertere, *d. l. Titius*. Deminutio, quæ fit intervertendi cauſa, & defraudandi quodammodo fideicommiſſi cauſa, non minuit fideicommiſſum. Re-

A ctiſſime dicitur, eam rem in fideicommiſſum venire. Deminutio, quæ fit intervertendi cauſa, non eſt deminutio. Poſtremo obſtat, *l. cum pater, §. dulciſſime, hoc tit.* ex qua intelligimus, in fideicommiſſo bonorum maternorum non venire, quæ teſtatrix convertit in corpus ſui patrimonii. Et ſpecies hæc eſt breviter: mulier habebat bona materna communia cum fratribus, ſcripſit filium ſuum heredem, & eum rogavit, ut ſuis avunculis, fratribus teſtatricis relinqueret ea bona materna in ſolidum, & adjecit cauſam fideicommiſſi, ne ſit inter te & avunculos ulla communio, nec materies diſcordiarum. Poſtea ea mulier ex bonis maternis ſumpſit pecuniam, eamque convertit in ſuum patrimonium, alia re comparata, vel quædam nomina hereditatis maternæ diviſit cum fratribus: cum eſſet adhuc ſuperſtes: an ea venit B in fideicommiſſum? minime: quia in elogio, id eſt, cauſa fideicommiſſo adſcripta, ſatis declaravit mater, ſe tantum fratribus reliquiſſe, quæ manſiſſent communia inter eam & fratres, non ſi quæ inter ſe diviſiſſet, non ſi pecuniam ipſam in proprium patrimonium convertiſſet.

Ad L. quod ſupra X. ad L. Falcid.

Quod ſupra quadrantem apud heredem poteſt pervenire ſupra dodrantem in pecuniam legatum, non onerat heredem, veluti hereditas pupilli, ſi forte ſubſtitutus ſit exheredato, qui patri hereditas pupilli heres extitit.

CErtum eſt, ex lege Falcidia legatis heredem onerari non poſſe ſupra dodrantem bonorum, quia quadrans apud heredem integer & illibatus remanere debet. Hoc verum eſſe oſtendit Papinianus in hac *l.* 10. etiamſi C hereditas pupilli exheredis filii teſtatoris ad heredem pervenerit, aut pervenire poſſit ex ſubſtitutione pupillari, quia etſi videatur ex uno eodemque teſtamento pervenire, propterea quod juris auctores exiſtimant, unum eſſe teſtamentum patris & filii, id eſt, primas & ſecundas tabulas, unum efficere tantum, *l. paterf. de priv. cred. l. patris, de vulg. ſubſtit.* tamen alia atque alia eſt hereditas, alia patris, alia filii, maxime exheredati, ad quem hereditatis paternæ nulla portio pervenit, *§. igitur, Inſtit. de pupill. ſubſtit. l. ſi ita ſcriptum, §. ult. de bon. poſſeſſ. ſec. tab.* Unum eſt teſtamentum duarum hereditatum, unum teſtamentum propter effectum juris, ſed de eo non eſt agendum hoc loco. Ergo hereditas pupillaris non imputatur heredi in Falcidiam, non auget legata ab eo relicta, non proficit legatariis, ſed ſupra D quadrantem bonorum paternorum heres habiturus eſt etiam bona pupillaria. Et hæc eſt ſententia Papiniani in hac l. 10. In contextu eſt varia lectio. Vulgares Codic. habent (*in pecunia legatum*) Floren. habent, *in pecuniam legatum*. Sed nihil eſt evidentius, & movet conjecturam certiſſimam ſcriptura Floren. eſſe legendum, *pecuniam legatam*. Nec obſtat huic ſententiæ *l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, hoc tit.* quæ dicit, id, quod ex ſubſtitutione coheredis ad coheredem pervenit proficere legatariis, coherede omittente hereditatem, cui coheres ſubſtitutus eſt. Hoc ergo dicit, propter commodum ſubſtitutionis, quod heredi acceſſit, onerari heredem in pecuniam legatam, obligari ad id, ad quod obligaretur, ſi ſubſtitutio defeciſſet. Sed loquitur ille §. de ſubſtitutione vulgari, non de pupillari. Ex vulgari ſubſtitutio- E ne, quæ fit in hanc cauſam, ſi omiſerit hereditatem, ex ea, inquam, quod obvenit portio coheredis coheredi, non alia hereditas, ſed ejuſdem hereditatis portio eſt, & merito onerat heredem legatorum nomine aut fideicommiſſorum. Ex ſubſtitutione autem pupillari, quæ obvenit hereditas pupilli exheredati, alia eſt hereditas: quare non auget ab herede inſtituto, eodemque ſubſtituto pupilli relictum, ſive relictum ſit primis aut ſecundis tabulis, ſive utriuſque nihil refert. Nam a ſubſtituto exheredati recte fideicommiſſa ſeu legata relinquuntur, ſi idem etiam primis tabulis heres inſtitutus ſit: jure, inquam, relinquuntur ab eo, quaſi ab herede patris, non quaſi ab herede pupilli, *l. 11. §. ult. hoc t. l. plane ſi filium, de leg. 1.* Et quod notandum in ponenda ra-

tione

tione legis Falc. cum quæritur quantum sit in legatis, cum bonorum & legatorum ratio ponitur & subducitur, confunduntur, commiscentur, contribuuntur, hoc est, communi calculo subjiciuntur legata utriusque tabulis relicta ab herede instituto, eodemque substituto pupilli, & ex omnibus his legatis commixtis heres deducit Falcidiam. Illud longe fuge credere, quod scripsit Accursius, etiam confundi hereditates paternam, & pupillarem: Nam si confunderentur, hereditas pupilli exheredati augeret legata, quod falsum est. Et merito etiam in eo est reprehensus Accursius a Fulgosio, & Alexandro, & Goveano. Quid autem fiet, si pupillus non sit exheredatus, sed vel illis vel utriusque tabulis heres sit institutus? Et constare nobis debet, hoc casu augeri legata pro modo facultatum paternarum tantum, quæ ad pupillum pervenerunt, & a pupillo ad coheredem, *l. qui fundum*, §. *qui filium*, *hoc t.* Atque ita confundi & commisceri partes hereditatis paternæ, partem quæ obvenit pupillo, & partem quæ obvenit heredi extraneo, & ex eo conciliatu partium, sive pro modo ejus confusionis, præstare legata. Ac proinde circa legem Falcidiam totius assis paterni rationem haberi: bona patris cum bonis pupilli adventitiis nunquam confundi.

Ad L. Acceptis XCIII. ad L. Falcid.

Acceptis a Mævio centum, hereditatem Mævio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est, quanquam hæc centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum sequens quartæ retentioni locus erit. Tunc enim ex constitutione D. Hadriani Falcidiæ satisfacit ea quantitas, cum apud heredem remanet, sed Falcidiam patietur solus, cui hereditas relicta est. Nam in centum, quæ mortis causa capiuntur admitti Falcidia non potest: plane si quis ita scripsit, acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dantis demonstraverit, quasi retentam perceptam pecuniam, si quartæ sufficiat, inducere Trebellianum.

Mortis causa capio, aut dicitur specialiter aut generaliter. Generaliter mortis causa capere, est ex morte alterius nancisci capiendi, id est, adquirendi occasionem: mortis causa capit, qui jure legati, jure fideicommissi, qui donationis causa mortis capit: Nam hi omnes nanciscuntur capiendi occasionem. Ex morte demum alterius hereditas est, ergo mortis causa capio, legatum fideicommissum, donatio causa mortis. Sed mortis causa capionem proprie appellamus, quæ aliud nomen non habet proprium, hoc est, quæ neque vocatur hereditas, neque legatum. Exempli gratia: legavi Titio fundum sub conditione, *si daret heredi decem*: si legatarius heredi dederit decem conditionis implendæ causa; heres ea non capit jure legati, nec jure hereditatis, &c. Denique non capit jure testamenti, *l. 8. si quis omis. cau. l. Mævius, de con. & demonst.* Denique nullo jure ea capit, quod proprium nomen habeat. Quare dicitur ea proprie capere mortis causa: Atque ita mortis causa capio est, quæ alio nomine non appellatur, *l. mortis causa, de dona. cau. mort.* Ut lignorum appellatione continentur quæcunque sunt parata conburendi causa; si modo proprio nomine non appellentur: quanquam & quæ proprium nomen habent, generaliter possunt dici ligna, sed non dicuntur proprie. Virgæ etiamsi comburendi causa habeantur, non continentur lignorum appellatione. Nuclei, etiamsi comburendi causa habeantur, non continentur lignorum appellatione, nec carbones, &c. Denique lignorum appellatio, coangustatur tantum ad ea, quæ aliud nomen non habent proprium, *l. ligni*, §. 1. *de leg. 3.* Sic mortis causa capionis nomen aptatur tantum ad ea proprie, quæ alio nomine carent. Nunc finge: heres rogatus est restituere hereditatem Titio acceptis centum, hoc modo: *acceptis centum peto restituas hereditatem Titio*, an ea centum imputat in Falcidiam? non demonstravit personam a qua acciperet centum, sed dixit simpliciter, *acceptis centum, &c.* Et certissimum est, ea centum imputari in Falcidiam, quia

A videtur capere a se ipso. Igitur tota ea pecunia capitur jure hereditario, sicut si jussus esset eam retinere, vel præcipere: nihil refert, quo verbo usus fuerit, *l. in quartam*, *hoc t. l. deducta*, §. *acceptis*, *ad Trebell. l. si heres*, *hoc t.* Et ea quæ capiuntur jure hereditario, certum est computari in Falcidiam, non ea, quæ capiuntur alio jure. Et in hoc loco Papinianus ait, in hoc casu induci Trebellianum, hoc est, locum esse Trebelliano, non Pegasiano Senatusconsulto. Quid hoc est? Interveniente Falcidia locus erat Pegasiano; non interveniente Trebelliano locus erat ut constat ex Inst. Qui ergo dicit, locum esse Trebell. hoc dicit, cessare deductionem Falcid. videlicet, cum illa centum Falcid. sufficiant, cessat Pegasianum, hoc est, cessat Falcid. & locus est Trebelliano. Et hoc significat Pap. in fine hujus legis. Quid vero si testator demonstraverit certam per-

B sonam, a qua heres acciperet centum, ut si dixerit hoc modo, *acceptis a Mævio centum peto ut restituas hereditatem*, an ea centum, quæ acceperit a Mævio imputantur in Falcidiam? minime. Quia cum ea capiat ab alio, non a se ipso ex alienis bonis, non ex testatoris bonis, sane ea non capit jure hereditario. Et in Falcidiam tantum imputatur quod capitur jure hereditario indistincte, ut docui prius, sive deducatur ex legatis, aut fideicommissis pecuniariis, sive ex fideicommissariis hereditatibus: non imputantur quæ capiuntur jure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa, hoc est, mortis causa capionis. Denique imputat in Falcidiam heres ea tantum, quæ capit quasi heres, non quæ capit quasi legatarius vel fideicommissarius, vel quæ capit mortis causa, quia heredi soli tribuitur Falcidiæ beneficium, *d. l. in quartam*, *l. in ra-*

C *tione 2.* §. *tametsi*, *& l. si a me tibi h. t.* Ergo ea centum, quæ a Mævio accipere jussus est, habebit supra quadrantem, quia non imputabit ea in quadrantem, cum non ei obvenerint, quasi heredi, sed quasi capienti mortis causa. Excipitur tamen unus casus, si voluerit testator eam pecuniam hereditatis, aut Falcidiæ loco cedere, ut si tanti jusserit hereditatem vendi & restitui Mævio, quia pretium hereditatis, hereditas est, & hereditario jure capitur, *d.* §. *tametsi*. Idem etiam voluisse testatorem præsumitur, si quod heres accipere jubetur a fideicommissario, ipsam Falcidiam efficiat, ut in *l. si heres*, *hoc t. l. facta*, §. *rescripto ad Trebell.* Ut puta, si quis guarus sui patrimonii, quod erat quadringentorum, exempli gratia, rogavit heredem, ut acceptis a Mævio centum, quæ est quarta Falcidiæ, ei restitueret hereditatem: hic quid aliud egit, quæso, quam ut

D heres ea centum haberet Falcidiæ loco? Ergo ex voluntate defuncti ea centum imputabit in Falcidiam, qui, accurate æstimato suo patrimonio, solum quadrantem a fideicommissario herede jussit accipere: id jussit observare & cogitare, ut haberet Falcidiam, non temere, & restitueret dodrantem. Et generaliter quod alias non imputatur in Falcidiam, imputatur ex voluntate defuncti, etiam legatum aut fideicommissum, voluntate vel expressa, vel tacita, *l. cum qua* §. *ult. l. quod autem*, *inf. hoc t.* Et secundum hoc est ponenda species hujus legis, hoc modo: Heres rogatus est restituere hereditatem Mævio, acceptis ab eo centum. Et idem heres rogatus est, post mortem suam ea centum Titio restituere. Ea summa, si sufficiat Falcidiæ, ut ponendum est in specie suffecisse. Ea, inquam summa, si efficiat Falcidiam, sane excluderet deductionem Falcidiæ, si apud

E heredem remanet: Nam id tantum imputatur in Falcidiam, quod remanet apud heredem perpetuo jure. At eam summam testator noluit remanere apud heredem perpetuo jure, sed eum rogavit, ut post mortem restitueret: eam ob rem non imputabit eam summam in Falcidiam. Alioquin esset aperta via sæpe fraudandi heredem Falcid. Ergo integra erit heredi deductio Falc. ex Senatusconsulto Pegasiano, nec locus erit Trebelliano, nisi post Justinianum, quia Pegasianum est transfusum in Trebell. Deducet, inquam, Falcidiam heres ex hereditate, quam restituet Mævio, non deducet etiam Falcidiam ex mortis causa capione, hoc est, ex summa centum aureorum, quam conditionis implendæ causa ei dedit Mævius, & quæ post mortem suam debet restituere Titio. Restituet namque Titio

soli-

ſolidum ſine deminutione Falcidiæ, quia ſc. eam ſummam A non capit quaſi heres, & ſoli heredi ex hereditate, vel portione hereditatis datur Falcidia, non legatario, non fideicommiſſario, non capienti mortis cauſa. Ratio eadem efficit ne mortis cauſa capio imputetur in Falcidiam, & ne ex ea detrahatur Falcid. Et generaliter placet ex mortis cauſa capione, non deduci Falcidiam, non tantum, ſi heres ipſe ceperit mortis cauſa, ſed etſi dederit heres ipſe, cum eſſet inſtitutus ſub conditione, *ſi Titio centum dederit*. Nam ea centum dabit ſine detractione, *l.* 1. §. *item ſi ita legatum*, *hoc tit.* Generaliter igitur ex mortis cauſa capionibus non detrahitur Falcidia excepto uno caſu *l. ult.* C. *ad l. Falcid.* Falcidia detrahitur ex legatis, & Falcidia detrahitur ex fideicommiſſis ex Senatuſconſulto Pegaſiano, quod porrexit legem Falc. ad fideicommiſſa. Detrahitur ex donationibus cauſa mortis B ex Conſtitut. Severi, non detrahitur ex mortis cauſa capionibus, quoniam nondum l. ulla Falcidiam porrexit ad mortis cauſa capiones. Hoc generaliter nobis conſtituendum eſt, hæc verba *acceptis centum*, non demonſtrata perſona, a qua acciperentur, pro jure hereditario haberi: centum, quæ heres accipere juſſus eſt ſimpliciter, accipi jure hereditario, quaſi a ſe ipſo: demonſtrato autem coherede, vel alio, quicquid ex teſtamento ceperit, ita ut potuerit onerari fideicommiſſo, ea verba accipiuntur pro fideicomm. ut in *l.* 11. §. *cum eſſet*, *de leg.* 3. *l. a teſtatore, de cond. & demonſt.* Demonſtrato autem eo, qui nihil acceperit ex teſtamento, ut in hac ſpecie l. noſtræ, *acceptis a Mævio centum* ei reſtituas, Mævius non poterit onerari fideicommiſſo, qui nihil ante ex teſtamento acceperit, nec ſane ea verba habentur pro C fideicommiſſo, ſed pro mortis cauſa capione, ut declarat hæc lex, & *l. facta*, §. *reſcripto*, *ad Trebell.*

Ad L. ſed cum XII. ad Treb.

Sed cum ab herede pro parte inſtituto fideicommiſſa hereditas ſub conditione relicta eſſet, Imperator Titus Antoninus reſcripſit, non eſſe locum conſtitutioni ſuæ, neque pupillum extra ordinem juvandum, præſertim, ſi novum beneficium cum alterius injuria poſtularetur.

HOdie explicanda eſt lex 12. ad Senatuſconſultum Trebellian. Afferendæ igitur ſunt, & explicandæ difficultates multæ. Et vix ullum eſſe exiſtimo, qui non horreat lectionem hujus *l.* 12. Eſt ea lex applicata quæſtio- D ni §. *utrum l. præced.* vel potius interjecta inter ea, quæ ex eodem Ulpiani lib. referuntur in *l. præced. & in princ. ſeq.* Igitur ab eorum narratione, quæ utroque loco exponit Ulpianus, nobis incipiendum eſt. Si heres rogatus ſit reſtituere hereditatem: Quæritur, *an in reſtitutione hereditatis ſit neceſſaria præſentia fideicommiſſarii? an etiam abſenti reſtitui poſſit hereditas*: hoc eſt, *procuratori abſentis, vel an abſens per procuratorem poſſit adire hereditatem? & poſtulare decretum, quo heres cogatur adire & reſtituere hereditatem. Et breviter, utrum ut præſenti, ſic etiam abſenti reſtitui poſſit hereditas? Et an nomine abſentis cogi poſſit heres adire & reſtituere?* Dubitatur hac de re, quia per procuratorem non poteſt adiri hereditas, *l. per procuratorem*, *de adquir. hered.* & reſtitutio hereditatis eſt ſucceſſio quædam, *l. non enim ercіſ. h. t.* Adeo ut judicium familiæ, ſit etiam cum E eo cui reſtituta eſt hereditas ex Trebelliano, quaſi cum herede, *l.* 24. & 40. *fam. erciſc. l. ita tamen*, §. *ſi ex Trebell. & ſeq. hoc tit.* Sed magis eſt, ut ſicut bonorum poſſeſſio poteſt agnoſci per procuratorem etiam voluntarium, qui non habeat mandatum nomine ejus cui delata eſt bonorum poſſeſſio, *l.* 3. §. *adquirere*, *de bon. poſſ. l. ſi quis alieni*, *de adq. hered. l. ſervo invito*, §. *ſi pupillo*, *hoc tit.* ita etiam poſſit per procuratorem quemlibet recipi fideicommiſſaria hereditas, & ut poſſit procurator quilibet nomine fideicommiſſarii cogere heredem per prætorem, ut adeat & reſtituat. Atque ita definitur in *d.* §. *utrum*. Neque huic definitioni quicquam obſtat *l. ſed nec ipſe*, *h. t.* quæ dicit tutori fideicommiſſarii non poſſe reſtitui hereditatem: qui tamen plus eſſe videtur quam procurator. Ergo nec procuratori videtur poſſe reſtitui. Sed obſervandum, quod lex ait indiſtincte, non poſſe reſtitui tutori, quia ſcil. tutori pupilli præſentis, nec infantis, non poteſt reſtitui, ut *l. pen. C. eod. tit.* tutori vel procuratori abſentis poteſt reſtitui. Et non obſtat etiam lex *ſi mulier*, §. *ex aſſe*, *de jure dot.* quoniam ut omittam, quod Accurſ. ait, perſpicuum eſt, eam legem loqui non de reſtituenda hereditate, ſed de transferendis actionibus. Hereditas poteſt reſtitui alii nomine fideicommiſſarii, ſed tranſeunt actiones in fideicommiſſarium, non in eum, cui reſtituitur. In eum igitur, cujus nomine reſtituitur, non in eum, cui re ipſa reſtituitur, *l. ita*, §. 1. & *l. reſtituta hoc tit.* Actiones autem in alium tranſire, quam fideicommiſſarium ex Senatuſconſulto Trebell. non poſſunt. Et non obligatur heres, ut oſtendit §. *ex aſſe*, alii promittere ex voluntate fideicommiſſarii, ſe in eum translaturum actiones: quia impoſſibilium nulla eſt obligatio, & impoſſibile eſt, quod Senatuſconſultum non patitur, ut *l.* 1. *hoc tit.* Veriſſimum igitur eſt abſentis procuratorem etiam voluntarium, amicum voluntarium abſentis fideicommiſſarii poſſe deſiderare adiri & reſtitui hereditatem, & reſtituta hereditate procuratori actiones tranſire in fideicommiſſarium, non in procuratorem: tranſit autem ſtatim, ſi verus procurator fuerit, hoc eſt, ſi mandatarius fuerit, *argum. l.* 13. *de adquir. rer. dom.* vel ſi voluntarius procurator fuerit, tunc tranſire, cum fideicommiſſarius ratum habuerit, *d. l. qui ita* §. 1. Hæc igitur ſententia ſit rata & firma. Dicet nunc aliquis percepta hac ſententia, poſſe evenire nonnunquam ut heres, qui poſtulante procuratore compulſus adiit, in damno moretur, ut hæreat actionibus, ut ſuſtineat onera hereditaria, quod eſt iniquum, ut qui invitus adiit, ſubeat onera quaſi adierit ſuo periculo, non periculo compellentis. Quid enim, ſi voluntarius procurator ſine mandato coegerit heredem adire & reſtituere, & fideicommiſſarius ante deceſſerit, quam ei reſtituatur hereditas, id eſt, antequam ratum habuerit? Reſtitutio hereditatis fit non tantum actu, ſed etiam verbo, *d. l. reſtituta*. Et ratihabitio fit quoque non tantum actu, puta accepta hereditate, ſed etiam verbo, *l.* 5. *rem rat. hab.* Ergo non tantum, ſi fideicommiſſarius acceperit hereditatem a procuratore voluntario qui eam prior accepit ab herede, ſed etiam acceptam habuerit. Et ita proponitur in *d.* §. *utrum*, ex quo neceſſario colligitur, moriente fideicommiſſario antequam ratum habuerit fideicom. hereditatis extingui, quia ſcil. heres ejus ratum habere non poteſt, cum ad eum non tranſeat fideicommiſſaria hereditas, cujus jus defuncto nondum adquiſitum fuerat. Et res procedit his gradidus, directa hereditas non adita, non tranſit in heredem, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *de inoff. teſt. l. un. C. de caduc. tol.* §. *noviſſime*. Bonorum enim poſſeſſio non agnita non tranſit ad heredem, & forte ſi petita ſit alieno nomine, & is, cui petita eſt, moriatur, antequam ratum habuerit, non tranſit ad heredem ejus, nec heres ejus ratum habere poteſt, *d. l.* 3. §. *adquirere*, *de bon. poſſ. l.* 7. *rem rat. hab.* Conſequens igitur eſt, exemplo bonorum poſſeſſionis, quo etiam uſi ante ſumus, nec fideicommiſſariam hereditatem tranſmitti in heredem, cujus jus non fuit quæſitum defuncto. Neque obſtat huic concluſioni lex *poſtulante*, *hoc tit.* qua impulſus Accurſ. putat fingendum eſſe fideicommiſſarium ante reſtitutionem deceſſiſſe ſine herede. Sed nihil moveri debuit hac lege, quia ibi hereditas intelligitur fuiſſe reſtituta defuncto, licet non ſit reſtituta, quia poſtulaverit eam adiri, quæ poſtulatio pro reſtitutione eſt. Non obſtat etiam lex *cogi*, §. *item Mecianus*, *hoc tit.* quoniam in ea lege illa verba, *ſive alius in locum eorum ſucceſſerit*, id eſt in locum fideicommiſſariorum, quia nondum deſideraverunt ſibi reſtitui: illa inquam verba ſunt accipienda de ſubſtituto vel de fideicommiſſario, cui ceterorum portiones accreverunt, non de herede: Nam nulla hereditas, ſive directa, ſive precaria, aut fiduciaria, aut fideicommiſſaria, non adquiſita, in heredem tranſit. Ergo rurſus ita concludamus, petitionem hereditatis civilem, ſi non ſit adquiſita defuncto hedi-

reditatis, non transmitti ad heredem, ut Paulus scribit 1. *Sentent. tit.* 13. Possessoriam quoque petitionem, si a defuncto non fuerit agnita bonorum possessio, non transmitti ad heredem, & similiter, fideicommissariam hereditatis petitionem eo casu non transmitti ad heredem. Nec rursus obstat huic rei lex 3. *de fideic. hered. pet.* quæ dat fideicommissariam hereditatis petitionem heredi fideicommissarii, vel bonorum possessori, vel alii successori: sed hoc sane ita procedit, si fideicommissario restituta sit hereditas, vel verbo tenus, non si ante restitutionem mortem obierit. Ergo procurator, qui mandatum non habuit, si nomine fideicommissarii coegerit heredem adire, & restituerit hereditatem, & fideicommissarius decesserit, antequam ratum haberet heres, qui coactus adiit, sustinet onera hereditaria, quod est iniquum. Iniquum est eum, qui compulsus adiit obligari æri alieno; iniquum adire suo periculo: iniquum astringi oneribus hereditariis, quod in eo casu supersit solus, qui possit teneri perempto fideicommisso hereditatis. Istud incommodum objicit Ulp. in *d. l. utrum.* Et movit juris auctores valde rescriptum D. Pii, quo huic incommodo subventum est: Nam hodie his casibus ex rescripto D. Pii non tantum, si heredi caverit procurator de rato, sed etiam, si non caverit: plerunque cautio interposita redditur inutilis, puta deinde lapsis facultatibus fidejussoribus. Cautiones sunt fragiles, inquit lex *qui ita §. 1. hoc tit.* quoniam potest fidejussor, qui pro alio cavit, redigi ad inopiam, nihil igitur refert, sive procurator heredi caverit de rato sive non: Nam utroque casu heredi, qui compulsus adiit, perempto fideicommisso, puta quod mortuus sit fideicommissarius ante ratihabitionem, heredi succurritur per prætorem data restitutione in integrum. Dicitur beneficium istud extraordinarium in *l.* 12. cujusmodi est restitutio in integrum, *l. in causa, D. de minor.* Et hoc quidem ita fuit introductum a D. Pio, qui dicitur Titus Antoninus in *l.* 12. in alia specie, in qua tamen suberat idem incommodum, aut iniquitas eadem occurrebat. Et licet Constit. pertineat ad unam speciem, exemplum tamen ejus possumus sequi etiam in aliis omnibus in quibus occurrit idem incommodum, vel eadem iniquitas. Et ut ostenditur in §. *utrum*, species, ad quam proprie pertinet rescriptum, hæc est: Quidam Titium ex asse heredem scripsit, & Albinam ancillam suam directo manumisit. Hæc quidem Albina habebat filiam in servitute ejusdem domini, nempe testatoris, & eidem Albinæ filiam impuberem per fideicommissum reliquit, & rogavit, ut eam manumitteret, ut mater filiam manumitteret. Titium quoque heredem rogavit, ut manumissæ filiæ Albinæ restitueret hereditatem sub conditione, cum nubilem complesset ætatem, *quand elle auroit passe douze ans*: heres recusavit adire hereditatem, dicens suspectam esse, an potest cogi? Et D. Pius rescripsit, posse. A quo vero potest cogi? a pupilla? a serva impubere? minime, sed nomine ejus pupillæ heredem compelli adire, quolibet postulante pro ea, *l. si impuberi, de tut. & curat.* quod exposui lib. 11. Et post quam adierit heres, statim Albinæ competet libertas, & heres ei tradet filiam ex causa fideicommissi manumittendam, & manumissæ mox heres restituet hereditatem: statim etiam antequam impleverit nubilem ætatem, antequam pubuerit, quia qui compulsus adivit, etiam ante diem, vel conditionem, vel qui suspectam dicit hereditatem, etiam ante diem, vel conditionem fideicommissi, potest cogi adire, restituere, repræsentare fideicommissum, *l. seq. in princ. l. si cui pure, hoc tit.* Sed actiones non transeunt ante conditionem: restituitur quidem hereditas ante conditionem, *l. sed & si ante, hoc tit.* nec æquum esset cum posset deficere conditio. Igitur restituta hereditate filiæ impuberi, herede coacto adire filia non obligabitur æri alieno, antequam pubuerit. Quid igitur, si impubes moriatur? morte ejus extinguetur fideicommissum, quia mortua est pendente conditione, & non est, in quem transeant onera: an igitur sustinebit onera heres, qui compulsus adiit? an hærebit actionibus hereditariis? Sic videtur ipso jure. Sed per prætorem ex eo rescripto ei succurritur, ita ut perinde a creditoribus hereditariis bona veneant nomine testatoris, atque si nemo ei heres extitisset. Et similiter in proposito casu, si procurator voluntarius absentis fideicommissarii coegerit heredem adire, & restituere, nec fideicommissarius ratum habuerit, heredi succurritur, qui compulsus adiit eodem exemplo, ita ut bona veneant nomine testatoris, ac si ipse non adiisset. Hoc beneficium D. Pii est novum, ut ait l. 12. puta, ut hereditas adita habeatur pro non adita, & ex causa prætor restituet in integrum quemlibet etiam majorem 25. annis. Itaque ut subjicitur in princ. *l.* 13. quæ est conjuncta cum *l.* 11. hodie heres, qui suspectam hereditatem dicit, non potest causari, se non posse cogi adire ante conditionem, puta, ne in damno versetur, conditione forte postea defecta, quia, ut diximus, etiamsi deficiat conditio fideicommissi, ei succurritur per prætorem, ut pro eo habeatur, ac si non adiisset: hæc causatio non efficiet, ne compellatur adire cum nullum damnum ei futurum sit, etiamsi deficiat conditio. Unde ita concludit *l. seq. in princ. jam igitur*, id est, post rescriptum D. Pii, *non desideratur heredis præsentia*: ubi manifestissimum est, non esse intelligendum nomen *heredis*, sed *fideicommissarii*, quæ est conclusio prioris quæstionis: Nam potest procuratori ejus restitui cuilibet, quæ res heredi damno futura non est, qui compulsus est adire, etiamsi fideicommissarius ratum non habeat. Et similiter in §. *ult. l.* præcedentis, illo loco, *nec oporteat damno affici eum, qui rogatus adiit hereditatem*, ubi evidentissimum est legendum esse, *qui coactus adiit hereditatem*, ut infra, ait, succurri heredi, succurri ei qui compulsus adiit.

Diximus ante, heredem rogatum restituere hereditatem sub conditione, qui sibi eam suspectam dicit, & recusat adire, etiam ante conditionem compelli posse adire, & restituere, nec hodie quicquam vereri, ne in damno moretur, quia etsi deficit conditio fideicommissi, atque ita solus heres ipse, ut diximus hæreat in luto, hæreat actionibus ex Constitut. D. Pii ei succurritur rescissa aditione per prætorem, & bonis venditis nomine testatoris, non nomine heredis, qui pro eo est, qui non adiit beneficio restitutionis. Et posuimus speciem in herede instituto ex asse: diversum enim esse ostendit lex 12. *hoc tit.* in herede instituto ex parte: nam si heres institutus ex parte rogatus sit partem suam restituere sub conditione, & suspectam dicat hereditatem, ante conditionem non cogitur adire, & restituere, *l. non est cogendus, hoc tit.* quæ est ex eod. lib. Et quæ, ut inferius demonstrabitur, est accipienda de herede instituto ex parte, licet id non edicat palam. Cur vero heres ex parte ante conditionem non cogitur adire? quia etiamsi non adeat, nihil damni facit fideicommissarius, etiamsi recuset, vel repudiet: nihil refert adire hereditatem, cum portio ejus accrescat heredi cum onere fideicommissi, *l. si Titio, inf. de leg.* 2. Et ideo ad eum non pertinet beneficium restitutionis Divi Pii, quod quidem pertinet tantum ad eum, qui cogitur adire: & heres institutus ex parte, si forte sua sponte adierit, cum non posset compelli deficiente conditione fideicommissi, non restituitur adversus aditionem, sed omnino creditoribus hereditariis satisfacere cogitur, & bona veneunt ejus nomine, non testatoris: proscriptionis infamiam heres sustinet, non testator. Et hoc ita proponit Papin. in hac l. 12. & adjicit, hoc adeo verum esse, ut etiamsi pupillus sit institutus ex parte, qui sponte adierit tutore auctore, ut oportet: nam & hic pupillus non restitueretur adversus aditionem sponte factam tutore auctore: non restitueretur, scil. deficiente conditione fideicommissi, hoc est, ex hac causa, quod defecerit fideicommissi conditio, ne sc. injuria fiat creditoribus hereditariis, qui forte jam bona vendiderunt nomine pupilli, qui adierat sua sponte. Ex causa quidem pupillus restituetur adversus aditionem si res sit integra, si bona nondum sint vendita: seb bonis venditis nomine pupilli, ne pupillus quidem auditur postulans novum & extraordinarium beneficium restitutionis cum injuria creditorum, qui jam distraxerunt bona pupilli nomine, & distraxerunt jure optimo, cum pupillus adiisset tutore auctore. Et sic etiam ex contrario dicitur in *l. nun-*

quam

quam §.1. *hoc tit.* postulante fideicommissario, ne pupillum quidem, qui repudiavit tutore auctore ut oportet restitui in integrum adeundi causa, bonis jam venditis, & finitis negotiis hereditariis, quia hoc retractari non potest sine gravi injuria creditorum. Et ita vobis est explicata lex 12. & sic etiam mea sententia cum procurator nomine fideicommissarii petit restitui hereditatem ab herede, si mandatum fuerit incertum, & heres sua sponte adierit, postulante eo procuratore, cum posset non compelli adire propter incertum mandati, etiam oblata cautione potuit non cogi adire, cautione de rato, propter lubricum cautionis & fragilitatem, *l. qui ita* §. 1. *hoc tit.* fideicommissario ratum non habente, heres non restituetur in integrum, ut pro eo habeatur, ac si non adjisset, quia de se queri debet, & esse contentus cautione de rato. Et sic explicanda sunt verba *legis* 12. *sed cum ab herede*, hoc titulo.

Ad L. non est LIII. ad Senatusconsultum Trebel.

Non est cogendus heres suspectam adire hereditatem ab eo, cui libertas a legatario, hereditas ab herede relicta est, cum status hominis ex legato pendeat, & nemo se cogatur adstringere hereditariis actionibus propter legatum. Quid enim si inter moras non manumittente legatario servus decesserit? si autem vivo testatore legatarius decesserit: benigne respondetur, cogendum adire: cum in ipsius sit potestate, manumisso restituere hereditatem.

HIs cognitis facile cognoscemus ex eodem lib. & eadem re *l. non est cogendus* 33. *hoc tit.* Species legis hæc est: testator legavit Titio servum, & ab eodem Titio eidem servo reliquit fideicommissariam libertatem. Eidem quoque servo ab herede, ut ponit per fideicommissum reliquit hereditatem. Lex ait, non posse cogi heredem suspectam hereditatem adire, servi nomine scil. hac ratione, quia servo non potest restitui hereditas antequam factus sit liber, *l. si cum pure* §. 1. *hoc tit.* Et libertas ei relicta est non ab herede, a quo relicta est hereditas, sed a legatario: nemo autem propter legatum solum, ut valeat legatum, vel propter libertatem solam cogitur adire, ut ait *l. prox.* §. *ult.* quam exposuimus lib. 19. nemo, inquam, cogitur, vel propter legatum, vel propter libertatem adire, ne in damno moretur, forte mortuo servo antequam legatarius eum manumiserit. Et ita scribit Papin. in *h. l. non est cogendus:* cui scripto mirum in modum adversatur *l.* 11. §. *utrum, & l.* 13. *in princ. hujus tit.* Ex iis quæ diximus heri, intelleximus, heredem cogi adire, a quo relicta est servo hereditas fideicommissaria, & a legatario libertas, & remedium dedisse D. Pium, ut heres non versetur in damno, mortuo forte servo, ante aditionem fideicommissarii, vel ante manumissionem. Sed ut breviter respondeam, jam antea diximus *d.* §. *utrum legem.* 13. loqui de herede instituto ex asse & aliud esse in hered. instituto ex parte Papin. ostendit in *l.* 12. cum qua hæc debet conjungi omnino. Atque ita hæc etiam debet accipi de herede instituto ex parte, a quo sit relicta fideicommissaria hereditas servo, & servus alii legatus, & legatarius porro rogatus eum servum manumittere. Hic enim heres non cogitur adire antequam servus pervenerit ad libertatem. Uno tamen casu in hac l. Papin. ostendit, heredem ex parte institutum posse cogi adire, & restituere hereditatem, videlicet, si legatum servi defecerit vivo testatore mortuo legatario, quandoquidem legatum remanet apud heredem, si habuerit jus antiquum, si habuerit jus excludendi fisci, qui alias ex l. Papia vocatur ad legata, quando deficiunt vivo testatore, & dicuntur esse in causa caduci. Imo remanet illud legatum apud heredem, etiamsi heres non habeat jus antiquum propter fideicommissariam libertatem, quia leges Caducariæ non pertinent ad libertates, *l. generaliter* §. *si heres, de fideic. libert. l. si privatus* §. *ult. qui & a quibus man.* Ergo legatum illud servi remanet apud heredem, & remanet igitur cum onere fideicommissi, id est, cum onere præstandæ servo libertatis. Atque ita hoc casu, heres idem incipit esse debitor, qui libertatis & heredis. Ac merito nomine servi cogitur adire, & manumisso restituere hereditatem, ut demonstratum jam est in *l. præced.* §. *ult.* quæ, & hoc notandum, quod hæc lex consentiat, merito ei subjuncta est. Et hoc argumento confirmari etiam potest, hanc legem non esse accipiendam de herede instituto ex parte, cum & de eo fuerit lex præcedens. Confirmari denique id potest conjunctione *d. l.* 12. & vicinitate l. præcedentis, neque de eo quicquam ambigendum est.

Ad L. LV. ad Senatusconsultum Trebell.

Si patroni filius extrario restituerit ex Trebelliano hereditatem, operarum actio, quæ transferri non potuit, apud heredem manebit, nec ei nocebit exceptio, cum eadem prodesse non posset ei, qui fideicommissum accepit. Et generatim ita respondendum est, non summoveri heredem, neque liberari ex his causis, quæ non pertinent ad restitutionem.

§.1. *Imperator Titius Antoninus rescripsit in tempus directo data libertate, non esse repræsentandam hereditatis restitutionem, quando persona non est, cui restitui potest.*

§.2. *Qui fideicommissam hereditatem ex Trebelliano, cum suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alii restituere, totum restituere cogetur. Et erit in hac quoque restitutione Trebelliano locus. Quartam enim Falc. jure fideicommissarius retinere non potuit. Nec ad rem pertinet, quod nisi prior, ut adiretur hereditas, desiderasset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset. Cum enim semel adita est hereditas, omnis voluntas defuncti rata constituitur. Non est contrarium quod legata cetera non ultra dodrantem præstat: aliud est enim ex persona heredis conveniri, aliud proprio nomine defuncti precibus adstringi: secundum quæ potest dici, non esse priore tantum desiderante cogendum institutum adire, ubi nulla portio remansura sit apud eum: utique si confestim, vel post tempus cum fructibus rogatus est reddere: sed & si sine fructibus rogatus est reddere, non erit idonea quantitas ad inferendam adeundi necessitatem; nec ad rem pertinebit, si prior etiam libertatem accepit: ut enim pecuniam, ita nec libertatem ad cogendum institutum accepisse satis est. Quod si prior recusaverit, placuit ut recta via secundus possit postulare, ut heres adeat, & sibi restituat.*

§. 3. *Quid ergo, si non alii, sed ipsi heredi rogatus sit restituere? Quia non debet eidem, quandoque quarta reddi, quam perdidit, propter hujus portionis retentionem erit audiendus. Sed nec illud translatitie omittendum est, instituto, qui coactus est adire, fideicommissi petitionem denegandam esse. Cur enim non videatur indignus, ut qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? quod fortius probabitur, si post impletam conditionem coactus est adire: nam si pendente conditione durum erit idem probare cum & Falcidiam pœnitendo potuit inducere. Nec ignoro posse dici nullo modo fideicommissi petitionem denegandam eis, qui jura sepulchrorum adquiri insequuntur. Adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam derelinquit; voluit relinquere, ut nec Falcidiam exercere possit, nec præceptio, apud eum relinquatur, nec substitutio quoque secundarum tabularum ita facta: Quisquis mihi heres erit, filio meo heres esto, eidem daretur.*

§.4. *Cui Titiana hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, Mævianam hereditatem, quam Titius defunctus ex Trebelliano Sempronio restituere debuit, & ipse restituere poterit, sicut alius quilibet successor.*

§.5. *Actiones temporariæ Trebelliani solent esse evicta hereditate ab eo qui posteaquam fideicommissam restituit hereditatem, victus est: scilicet ante restitutionem lite cum eo contestata: potestas enim evictionis tollit intellectum restitutionis, indebito fideicommisso constituto. Plane si fideicommissum ab eo quoque, qui postea vicit, relictum est, quia possessor in ratione reddenda hereditatis partem, quam fideicommissario restituit, heredi reputat: defendi potest, actiones Trebelliani durare.*

PRima quæstio *l. si patroni*, est de operis libertorum, quæ necessario conjungenda est cum *l. si bona* 40. de

op. libert. quæ eſt ex eodem libro. Certum eſt, reſtituendo hereditatem ex Senatuſconſulto Trebelliano heredem transferre obligationes & actiones omnes in fideicommiſſarium, cui reſtituitur, quas ſcil. habuit tempore reſtitutæ hereditatis, & quibus fuit aſtrictus, hoc eſt, & activas, & paſſivas, ſive jure civili competerent, ſive jure prætorio: imo & cauſa naturalium obligationum tranſit ad fideicommiſſarium, *l. quamvis hoc tit.* Et ideo, ſi heres conveniatur in ſolidum a creditoribus hereditariis poſt reſtitutam hereditatem, poteſt ſe tueri & defendere exceptione reſtitutæ hereditatis, quia reſtitutio liberat heredem, ſi non ipſo jure, ſaltem per exceptionem: Et contra ſi poſt reſtitutionem heres, qui reſtituit, agat cum debitore hereditario, repellitur eadem exceptione reſtitutæ hereditatis, & transfuſarum per reſtitutionem, ſive translatarum actionum in fideicommiſſarium, *l. 1. §. quanquam, & l. ita tamen, §. qui ex Trebell. hoc tit.* Quæ exceptio etiam dicitur exceptio Trebelliani *l. 28. de judic.* ſicut actiones Trebell. quæ ad fideicommiſſarium tranſierunt per reſtitutionem hereditatis in *§. ult. hujus leg.* Quod autem dicimus, reſtituta hereditate omnes actiones fideicommiſſario, & in fideicommiſſarium competere, non habet locum in actione operarum, quæ heredi inſtituto filio patroni competit adverſus libertum paternum: Nam hæc actio non tranſit in fideicommiſſarium extraneum, cum non ſit patronus, & hæ operæ debeantur tantum reverentiæ patroni. Finge: libertus patrono debuit operas, primus filium heredem inſtituit, & rogavit fideicommiſſario reſtituere hereditatem: poſt certum tempus reſtituta hereditate, an actio operarum tranſit in fideicommiſſarium? minime, quia non eſt patronus: filius patroni eſt patronus, *l. cum patronum 10. de jure patron.* ei debentur operæ quaſi patrono, *l. ſciendum, de verb. ſign.* & reſtituta hereditate apud eum remanebit actio operarum, nec petenti operas obſtat exceptio Trebell. nec ut annotavit Accurſ. recte, has operas imputat in Falc. videlicet, ſi poſt mortem patroni deberi cœperit, ſi poſt mortem patroni ab ipſo filio inductæ fuerint, & imperatæ liberto patroni: quia etiam omiſſa hereditate paterna ei debentur, modo non ſit exheredatus: & in Falcidiam imputantur tantum, quæ jure hereditario capiuntur, id eſt, quæ quis non caperet, ſi heres non eſſet, vel ſi repudiaret hereditatem, aut ea ſe abſtineret. Ergo non imputabit, quæ capit jure patronatus. Recte autem dicimus, etiam reſtituta hereditate, filium patroni retinere actiones operarum, cum non poſſint tranſire in extraneum, qui non eſt patronus: hæ operæ ſunt officiales. Porro officium tantum conſtat inter libertum & patronum: filius ipſe eſt patronus, fideicommiſſarius Trebellianus non eſt patronus. Et eadem ratione extraneus heres inſtitutus a patrono, non eſt patronus: Et conſequenter ei non debentur operæ, quæ debitæ fuerunt defuncto, quia non jus hereditarium ſequuntur, ſed jus patronatus, atque commutantur *l. libert. C. de op. libert. l. pro herede §. ſi quis tamen, de acqu. hered.* Et eadem ratione filio exheredato non debentur operæ, quia non eſt patronus. Exheredatio non tantum jus ſui filio aufert, ſed etiam jus patroni in libertos paternos, *l. ſi operum, de op. libert.* Et hæc quidem, ut jam antea ſignificavi, accipienda ſunt de operis officialibus, hoc eſt, quas libertus, ut libertus patrono debet officii cauſa, non tantum jure civili, puta ex ſtipulatione, vel etiam jurejurando, quo ſolo caſu ex jurejurando actio eſt, ſed etiam eas debet patrono jure naturali, cujuſcunque ſint miniſterii, artificiive generis, quas modo libertus ipſe edere patrono poſſit, & exhibere: & debentur non quidem ſtatim, ut promiſit vel juravit, etiamſi pure promiſerit, ſed cum eas patronus indixerit, cum commodum erit patrono eas ſibi edi, jubente puta patrono. *Præſta mihi hodie illam operam ſtruendo parieti, data mihi hodie operam*, vel quid aliud: quas autem debet libertus, ut quilibet extraneus, hæ non in officio conſiſtunt *ce n' eſt pas pour luy faire honneur*, ſed quaſi in pecuniæ præſtatione. Et hæc tranſeunt ad quemcunque heredem, *l. 6. de op. libert.* Officiales tranſeunt ad filium heredem inſtitutum, non ad extraneum heredem inſtitutum, non ad fideicommiſſarium Trebellianum, ut oſtendit hæc l. Papiniani, ſed remanet apud filium heredem inſtitutum, & earum actio. Nec filio eas operas petenti obſtat exceptio Trebelliani, quod Papin. oſtendit elegantiſſima ratione, quæ ſic erat enarranda: cur filio heredi inſtituto, qui reſtituit hereditatem, agenti de operis adverſus libertum paternum, non obſtat exceptio Treb. ſicut ſi ageret alia de re? quia ſi noceret filio, prodeſſet fideicommiſſario extraneo, id eſt, extraneo competeret operarum perſecutio, quas non poſſet filius perſequi, *l. 1. §. 4. hoc tit.* Atqui extraneo operarum perſecutio competere non poteſt, cum non ſit patronus. Ergo perſequenti operas filio, non debet nocere exceptio. Eſt elegantiſſima ratio. Et inde generaliter definit Papin. ex omnibus his cauſis, quæ ad reſtitutionem non pertinent, id eſt, quæ in reſtitutionem fideicommiſſi non veniunt, quæ non ſequuntur fidecommiſſarium Treb. heredi agenti non nocere exceptionem Treb. unde ſequitur, ut pro rata Falcidiæ, pro rata quadrantis, quam retinet heres oneratus fideicommiſſo, agenti heredi non poſſit nocere exceptio Trebell. nec prodeſſe convento pro rata Falcidiæ, quia jura omnia ſive onera creditorum, aut actiones debitorum dividuntur inter heredem & fideicommiſſarium pro quadrante & dodrante. Idemque erit in fructibus medio tempore perceptis, qui in reſtitutionem non veniunt. Nam ſi eos perſequatur pro rata quadrantis heres poſt aditam hereditatem, non oberit exceptio Trebel. & etiam non proderit, ſi conveniantur eorum cauſa: puta reddendorum ſumptuum nomine quos colonus fecit in ſerendis fructibus aut legendis. Et conſequenter idem etiam erit in his, quæ heres alienavit, vel quæ deminuit ex hereditate; cum eſſet rogatus reſtituere, quod ſupereſſet: & generatim, ut ait in omnibus, quæ ad reſtitutionem non pertinent.

Diximus, filio heredi inſtituto etiam poſt reſtitutam hereditatem deberi operas a liberto patrono. Dixi extraneo heredi patroni non deberi operas. Videamus, quemadmodum hæ duæ ſententiæ accipiendæ ſint. Prior vera eſt, filio heredi inſtituto deberi operas, quas libertus patrono debuit, etiamſi reſtituerit hereditatem: imo etiamſi abſtinuerit ſe hereditate, modo non ſit exheredatus, *l. ſi operarum, de op. libert.* Quod ea lex ſignificat his verbis, *etiamſi heres non exiſtat*: aliud eſt, heredem exſiſtere, aliud exſtare: nam exſtare, conſtare eſt, & perſeverare, heredem eſſe, non nomine tantum, ſed re: filius heres exiſtit ſtatim, etiam invitus & ignorans, ſed non exſtat heres, ſi ſe abſtinuerit: nec tamen ideo minus petit operas. Et idem etiam eſt, ſi de operis lis a patre non fuerit conteſtata cum liberto, hoc eſt, filio debentur etiam futuræ operæ, quas ipſe indicet, nedum præteritæ quas pater indixit, (*nedum, id eſt*, multo magis) & de quibus litem conteſtatus eſt in *d. l. ſi operarum.* Sane præteritæ filio debentur, cum & debeantur heredi extraneo patroni, quoniam jam ceſſerunt, & ſunt in hereditate, in *l. 4. de op. libert.* Sed in filio hoc eſt præcipuum, ut ei debeantur etiam futuræ, quæ tamen non deberentur heredi extraneo: heredi extraneo novarum operarum indictio non eſt: præteritarum, quas indixit defunctus, & de quibus litem conteſtatus eſt, etiam heredi extraneo petitio eſt. Et ſecundum hæc, quæ ſunt certiſſima, jamdiu oſtendi, in *l. pro herede §. ſi quid tamen, de acq. her.* ſic eſſe legendum, *cum petitio earum etiam non heredibus competat, & maxime futurarum.* Nam hoc vult dicere §. filium patroni heredem inſtitutum petendo operas, non videri pro herede geſſiſſe, atque adeo petendo operas, cum ſe non immiſcuiſſe negotiis hereditariis, quia ſc. filiis patroni etiam non heredibus puta abſtinentibus ſe bonis paternis, datur petitio operarum, modo non ſint exheredati, & futurarum maxime, id eſt, quæ poſt mortem patroni deberi cœperunt. Poſſet dubitari, *an abſtinentibus ſe hereditate filiis, etiam eſſet petitio operarum præteritarum?* Sed idem eſt etiam in præteritis, ut dixi ante, minus dubitabatur de futuris. Ergo ita concludamus, filiis heredibus inſtitutis etiam abſtinentibus ſe, petitio eſt operarum, cum futurarum, tum præteritarum. Extraneis autem heredibus, qui adierunt hereditatem, eſt petitio præte-

rita-

ritarum tantum, quæ jam cœperant deberi defuncto, quæque ab ipſo defuncto indictæ fuerant, *l.4. de op. libert.* Et ſecundum hoc recte in *l.9.eod.tit.* operas futuras non alii deberi quam patrono, quia ſcil. præteritæ debentur etiam non patrono, puta heredi patroni extraneo, qui adiit. Et ſecundum hæc etiam eſt certiſſimum, in prima parte legis *ſi operarum*, tollendam eſſe negationem. Nam ut ſummatim illa lex exponatur, facit differentiam inter filium patroni heredem inſtitutum, & extraneum heredem inſtitutum. Nam filius patroni petit operas omnino etiamſi abſtinuerit ſe hereditate, etiamſi de eis non egerit pater, id eſt, non fuerit litem conteſtatus pater, antequam moreretur. Extraneus autem ita demum petit operas, ſi a defuncto fuerit lis conteſtata, conteſtatum judicium operarum, & pendente judicio mortuus fuerit. Nam translatio judicii datur extraneo heredi, id eſt, lis transfertur in extraneum heredem: lex *tam ex contractib. de judic.* ait translationem dari, quem locum juvenes quidam depravaverunt. Filio fam. poſt litem conteſtatam procuratorio nomine mortuo pendente lite aut etiam poſt condemnationem erit, *in eum, quem defend.* hoc eſt, in eum cujus nomine egit, *translatio, non tranſactio*, ut Flor. *datur* in eum, cujus nomine egit, datur translatio litis, ut ab eo peragatur lis vel ſi procurator fuerit condemnatus, datur in eum judicati actio. Et ita Græci *μεταβαίνειν δίκη*, id eſt, *transfertur judicium*, vel condemnatio in eum, quem defendit. Hæc ſunt certiſſima, ſed ut magis confirmentur, applicanda eſt *l. 40. de op. liber.* quæ eſt ex eodem libro.

Ad L. ſi bona XL. de Oper. libert.

Si bona patroni venierunt, operarum, quæ poſt venditionem præterierint, actio patrono dabitur, & ſi alere ſe poſſit, ante venditionem præteritarum non dabitur, quoniam ex antegeſto agit.

SPecies hæc eſt: bona patroni decoctoris vendiderunt creditores ejus: præteritæ operæ ante venditionem bonorum, quas patronus jam indixerat ſequuntur creditores patroni, vel emptorem bonorum, qui eſt pro ſucceſſore, non ſequuntur patronum. Cur? quia cujus bona venierunt, non poteſt agere ex antegeſto, ex eo, quod geſſit ante venditionem bonorum, *l. pen. de curat. bon. dand.* ad quam omnino eſt quaſi ſimilis adjungenda hæc, & ad hanc illa, nec ſine illa vix ullus hanc intelligit. Operæ autem præteritæ poſt venditionem bonorum, puta quas patronus indixit poſt venditionem bonorum debentur patrono etiamſi citra eas operas habeat unde ſe alat. Hoc ait Papin. in hac *l.40.* ſed eſt vitiata ab interpunctionibus, poſt verbum poſſit, reponendum eſt punctum. Sed exponamus illud: *operæ præteritæ poſt venditionem patrono debentur, etiamſi aliunde ſe alere poſſit.* Cur hoc ait? *etiamſi aliunde &c.* quia eſt ei relinquendum, quo ſe alat, ſi poſt venditionem cum eo agatur, ſicut agi poteſt, quia ſcilicet poſt venditionem tantum tenetur in id quod facere poteſt, *l. ult.C.de rev.his, quæ in fraudem cred.* in quantum facere poteſt, quod ratio ejus habenda eſt, ne egeat ſecundum regulam legis, *in condemnatione, de reg.jur.* Quid hoc eſt, *ne egeat*, id eſt, ne deſint ei alimenta, *l. 6. de ceſſio. bon.* Ergo hoc vult lex, quod etiamſi ei ſufficiant alimenta quotidiana, tamen habeat etiam operas, quæ poſt venditionem ceſſerunt, quas creditores habere non poſſunt.

Ad §. Imperator Titus Ant.

POnitur reſcriptum D.Pii, quo cavetur, ut ſi teſtator ſervo ſuo pure reliquerit hereditatem per fideicommiſſum ab herede ſcripto, & libertatem directam in tempus, puta, ut poſt biennium liber eſſet, non poſſe cogi heredem adire, antequam ſervo libertas competierit, non poſſe cogi adire ante biennium, quia non eſt cui hereditas reſtitui poſſit. Pendet hereditas ex libertate fideicommiſſarii, quod conjungendum eſt cum his, quæ ex eodem libro attulimus in *l.12.& l.non eſt cogendus,* A *h.t.* Quamquam in illis locis agitur de libertate fideicommiſſaria, hoc loco de directa: illis locis de libertate a legatario, hereditate ab herede relicta, hoc loco de utraque relicta ab herede. Et pertinet etiam valde ad hæc, quæ poſui latius *lib. 19. ad l. ſi res aliena, hoc tit.* Et veriſſima ſunt quæcunque ſcripſit Accurſ. in hunc §.

Ad §. qui fideicommiſſam.

TRanſeamus igitur ad §. *qui fideicommiſſam*, & eum totum exponamus, ſi placet. Et ſatis longus, & multa complectitur. Sciendum eſt, heredem, qui ſuſpectam & damnoſam hereditatem dicit, poſtulante fideicommiſſario ex Senatuſconſulto Pegaſ. cogi a prætore adire & reſtituere hereditatem totam non deducta Falcid. quia Falcidia utitur tantum is, qui ſponte adit: ſed B fideicommiſſario & in fideicommiſſarium, qui recipit hereditatem, dabuntur omnes actiones, perinde atque ſi reſtituta eſſet hereditas ex Senatuſconſulto Trebell. Quod etiam proponitur in initio hujus §. Verum ſciendum eſt præterea, & hunc quoque fideicommiſſarium, ſi rogatus ſit eandem hereditatem alii reſtituere, æque alii reſtituere hereditatem totam, quam recepit, non deducta Falcid. ita ut tranſeant omnes actiones ad ſecundum fideicommiſſarium, *l.1. §.de illo, h.t.* Heres non detrahit Falcid. ſua culpa, quia quantum in ſe fuit, hereditatem dereliquit, nec niſi coactus adiit *l.quia poterat, hoc tit.* Fideicommiſſarius autem, quod obtinet etiam in legatario, non detrahit Falc. nullus, inquam, fideicommiſſarius, ſive particularis, ſive univerſalis detrahit Falcidiam, quia lex Falcidia lata eſt ſolius heredis cauſa, *l.pater ad l.Fal.* C ut ne hereditatem derelinqueret, aut deſtitueret: qui non eſt heres non exercet Falcidiam. Ergo legatarius aut fideicommiſſarius qualiſcunque ſit non exercet Falcidiam, quod probatur ex *l. 1. §. denique, & §. ſeq.l.mulier, §. ult. hoc tit. l. lex Falc. §.ult. ad l. Falc. l. coheredi, §. quod ſi heredem, in fin. de vulg. ſubſtit.* Et veriſſimum hoc eſt, ſive uſus jam ſit heres Falcidia adverſus fideicommiſſarium, ut non poſſit rurſus & fideicommiſſarius uti Falcid. ſive heres non ſit uſus Falcid. quia nec tunc ea uteretur fideicommiſſarius, ut in ſpecie hujus §. ſi coactus adiit. Et ita apertiſſime definitur in hoc §. qui continet multa præclariſſima principia juris. Hoc primum eſt, quod dixi ſolum heredem exercere Falc. non fideicommiſſarium ullum, aut legatarium. Et reſpondet Papin. quibuſdam, quæ poſſent objici huic principio, ſeu D ſententiæ juris ſed poſſent etiam objici alia, quæ non memoravit Papin. quæ nos tamen proferemus & refellemus. Diceret primum forſitan aliquis in hac ſpecie, æquum eſſe, fideicommiſſarium exercere Falcidiam adverſus ſecundum fideicommiſſarium, quia, niſi ipſe prior coegiſſet heredem adire, intercidiſſet fideicommiſſum ſecundo loco datum, quia aditione non ſecuta omnis vis teſtamenti ſolvitur, & nihil teſtamento ſcriptum valet: aditio confirmat omnem ſcripturam teſtamenti. Et eleganter ait, quod eſt aliud principium, *cum ſemel adita eſt hereditas, omnis voluntas defuncti rata conſtituitur.* Sic ergo argumentatur prior fideicommiſſarius: Ego curavi, ut adiret heres, ego compuli, & ita ratam conſtitui voluntatem omnem defuncti, aut rata ut conſtitueretur, effeci per aditionem: ſervavi ergo tibi fideicom- E miſſum poſterius: cur non ex eo deducam quartam, ut tu habeas tantum dodrantem, qui nihil habuiſſet, niſi ego compuliſſem heredem ad adeundum? Papin. contemnit inſpectionem iſtam, & ait, hoc nihil ad rem pertinere, abſurdam eſſe argumentationem, id eſt, hujus rei rationem nullam haberi debere, nec ideo magis fideicommiſſario priori Falcidiam exercere licere adverſus poſteriorem: alioquin in caſibus, quibus ceſſet Falcid. ut in teſtamento militis, per hanc cauſam heres induceret Falcidiam, dicendo ſe adiiſſe & ita ſervaſſe legata aut fideicommiſſa, ne interciderent, qui poterat repudiare teſtamentum & hereditatem. Igitur hæc cauſa non eſt idonea ad inducendam Falcid. quibus caſibus non habet ea locum. Hoc nihil ad rem pertinet,

nec

nec declarat, cur nihil ad rem pertineat, quod ſatis quilibet id videatur per ſe capere poſſe. Ergo verum manet illud, fideicommiſſarium non exercere Falcid. Videtur contrarium eſſe huic ſententiæ rurſus, quod fideicommiſſarius legata ab herede data præſtat deducta Falcid. ſi eam non deduxit heres. Præſtat igitur tantum dodrantem legatarius. Quod etiam opponit Pap. hoc loco, & probatur *l. 3. §. 1. l. facta, §. ſi cum ſuſpecta, hoc tit.* Ceterum hoc ſane non eſt contrarium ſententiæ noſtræ, quia eo caſu hanc Falcid. deducit fideicommiſſarius ex perſona heredis, a quo relicta erant legata aut fideicommiſſa, & qui ea deducere potuit, alioquin ſecus, *l. cogi, §. Mecianus, & l. ex aſſe, hoc tit.* non enim eo caſu fideicommiſſarius deducit Falcidiam ex perſona ſua, & nomine proprio. Nam ex fideicommiſſis a ſe relictis, fideicommiſſarius non deducit Falcidiam. Et ſuperior ſententia eſt ſic accipienda, ut fideicommiſſarius non exerceat Falcidiam ex ſua perſona: nam ex perſona heredis poteſt. Non eſt etiam contrarium huic ſententiæ, quod fideicommiſſarius, qui paſſus eſt Falcidiam, hoc imputat ſuis fideicommiſſariis pro rata, & eo minus præſtat, *l. pen. §. ult. ad l. Falcid. l. factam. §. ſi Titius, hoc tit.* Quia ut reſpondeam, hæc imputatio non eſt deductio Falcidiæ, permiſſa ob id tantum, ne fideicommiſſarius obligetur in plus, quam acceperit, ne de ſuo fideicommiſſa præſtare cogatur. Non eſt etiam contrarium huic ſententiæ, quod ſi heres rogatus ſit hereditatem reſtituere Titio, & rurſus Titius rogatus ſit eam alii reſtituere, ſi Titio reſtituerit heres, non deducta Falcidia, eo ſcilic. animo, ut ipſe Titius potius eam deduceret, & ſibi haberet, Titius poteſt uti Falcidia adverſus ſequentem fideicommiſſarium, *l. 1. §. 1. h. t.* Hoc non eſt contrarium ſuperiori regulæ, quia, ut reſpondeam, hoc facit liberalitas heredis, qui Falc. quam omiſit donare voluit priori fideic. non poſteriori. Itaque ſit nobis ſemper illa ſententia, ut murus æneus. Et hæc, quæ dixi pertinent ad hanc partem *§. qui fideicommiſſariam hereditatem*, uſque huc adſtrinxi, perſequar reliqua. Intelleximus heredem rogatum reſtituere hereditatem Titio, qui eam alii reſtituere rogatus eſt, poſtulante Titio, ſi heres ſuſpectam hereditatem dicat, profiteatur ſibi non expedire eam hereditatem adire, compelli poſſe per prætorem, ut adeat, & reſtituat. Compelli igitur poteſt a priore fideicom. Hoc non eſt uſquequaque verum, ut eleganter docet: Nam hoc verum eſt quidem, ſi aliqua portio hereditatis ex fideicommiſſo apud Titium remanſura ſit, ut ſi non ſit rogatus alii reſtituere totum, ſed partem: quia portio hereditatis apud eum eſt remanſura, ei jus eſt cogendi heredem, ut adeat & reſtituat, ne eam portionem hereditatis amittat: nemo cogit adire heredem propter legatum, ut valeat teſtamentum: nemo cogit adire heredem propter fideicommiſſum pecuniarium, nec propter ullum aliud emolumentum: imo nec propter libertatem, ne pereat libertas, ſed propter hereditatem tantum fideicommiſſariam, aut partem hereditatis. Igitur ſi Titius prior fideicommiſſarius rogetur aliis reſtituere totam ſtatim, vel poſt tempus, cum fructibus. Sane quia nihil ejus intereſt, non poteſt cogere heredem adire: imo & ſi Titius rogetur alii reſtituere poſt tempus hereditatem totam ſine fructibus, quia apud illum nulla eſt remanſura portio hereditatis, cum totum reſtituere rogatus ſit, non poteſt compellere heredem ad adeundam hereditatem propter commodum fructuum medii temporis, quia nec propter legatum, nec propter libertatem, ſed propter partem hereditatis ſolam, quod eſt aliud certiſſimum principium juris, atque adeo propter partem hereditatis ſolam, ut nec is, cui relicta eſt per fideicommiſſum, poſſit heredem cogere adire niſi pars aliqua hereditatis apud eum ſit remanſura. Quod confirmatur etiam *l. ſi res, §. ult. & l. ſeq. hoc tit.* Ceterum, quo caſu prior fideicommiſſar. non poteſt cogere heredem adire, ſi recuſet fideicommiſſum, certiſſimum eſt, ſequentem fideicommiſſarium, apud quem fideicommiſſ. eſt remanſurum recta via, ac ſi non eſſet medius alius fideicommiſſarius, poſſe compellere heredem adire, & ſibi reſtituere, *l. cogi, §. ult. hoc tit.* Et hæc pertinent ad illa verba, ſecundum quæ uſque ad hæc verba, *ſibi reſtituat*. Et his proxime ſubjungitur quæſtio hæc: *an heres cogi poſſit adire, ſi fideicommiſſarius non alii ſed ipſimet heredi, rogatus ſit reſtituere ſub conditione aliqua?* Et reſpondetur, cogi poſſe, quia heres qui coactus adivit, perdit quartam, & hæc quarta, quam perdidit, remanet apud fideicommiſſarium, nec venit in reſtitutionem fideicommiſſi relicti eidem heredi. Igitur propter eam portionem audiendus eſt fideicommiſſarius, ſi poſtulet decretum, quo heres cogitur adire. Plus tentat Papin. nec heredem fideicommiſſarium teneri ex cauſa fideicommiſſi, hoc eſt, fideicommiſſarium retinere poſſe totum, quod recepit, quia ſcil. qui coactus adiit, non tantum perdit quartam, ſed etiam fideicommiſſum ejuſdem hereditatis: merito, quia ab initio ſprevit & dereliquit. Denique eo eſt indignus. Et ait Pap. hoc non eſſe omittendum translative, id eſt, ὑπερβατῶς ſive ſaltuatim, hoc eſt, hoc non eſſe diſſimulandum, quoniam eſt veriſſimum, fideicommiſſum hereditatis ejuſdem non deberi heredi compulſo eam adire. Sane veriſſimum eſt, ſi poſt conditionem fideicommiſſi coactus adierit, non ſi pendente conditione: etiamſi cogi poſſit adire, ſi ſuſpectam dicit etiam pendente conditione fideicommiſſi prioris, *l. 1. §. ult. l. 13. l. ſi cui priore, hoc tit.* tamen interim locus eſt pœnitentiæ, ut & Falcidiam, & fideicommiſſum ſibi ſervare poſſit, puta res eſt integra, cum nondum reſtituerit, adire quidem cogitur ante conditionem, qui ſuſpectam dicit, ſed ei non reſtituendam, lex *quod, §. qui nam compulſus, hoc tit.* quæ negat pœnitentiam admitti Falcidiæ ſervandæ cauſa, non eſt accipienda de eo, qui ante conditionem adivit, ſed de eo, qui adivit poſt conditionem. Concluſio igitur hæc ſit: heredem, qui coactus adivit, non tantum quartam amittere, ſed etiam fideicommiſſum ejuſdem hereditatis, quod ei teſtator reliquit a fideicommiſſario. Dicit Papinianus ad hanc concluſionem: ſe non ignorare, poſſe dici, eum non amittere fideicommiſſum, non amittere petitionem fideicommiſſi, ſed ſe eo non moveri, *non ignoro*, inquit, poſſe dici. Sed ſuppleamus, & non moveor eo. Qua ratione? quia etiamſi non eſſet heres inſtitutus, id fideicommiſſum haberet. Denique id fideicommiſſum non capit, ut heres, cum poſſit etiam relinqui non inſtituto vel exheredato, & qui coactus adierit, ea tantum amittit, quæ habiturus eſt ſi adierit, ea tantum amittit, quæ habiturus erat ut heres, qua ratione non amittit jura ſepulchrorum familiæ defuncti, etiamſi coactus adierit, & reſtituerit, *l. quia perinde. §. 1. h. t.* quia & exheredati ea jura habent, *l. 6. de rel. & ſumpt. fun.* non aufertur etiam heredi coacto mortis cauſa capio, *l. qui heredi, §. cum heres, de cond. & demonſtr.* qui eam capit, ut quilibet, non ut heres, & ex alienis bonis, non ex bonis defuncti, cujus judicium dereliquit, aut dereliquiſſet, niſi coactus fuiſſet: non auferuntur etiam heredi coacto fructus ex bonis percepti ante mortem, *l. ita tamen, §. 1. h. t.* quia nec hereditati accepti feruntur, ſed rebus ipſis, *l. in fideicommiſſ. hoc tit.* His exemplis poſſes dicere, etiam non auferri fideicommiſſum hereditatis, quibus tamen nihil movetur Papin. Et concludit, æquum eſſe, ut heres, qui compulſus adiit, amittat fideicommiſſum, quod eſt ex hereditate, quam dereliquit, ad quam non potuit, niſi per prætorem impelli: eidem etiam aufertur prælegatum. His non eſt contraria *l. filio, de leg. 1.* quia is coactus non adiit, ſed abſtinuit ſe, cum nollet ſuo periculo adire, qui coactus adit, adit alieno periculo, & ob id caret commodis omnibus, & aufertur eidem commodum ſubſtitutionis pupillaris, ſi modo ad bona pupilli per ſubſtitutionem ſit vocatus, quaſi heres patris hoc modo: *quiſquis mihi heres erit, idem filio meo heres eſto*, quia hæc formula vocatur ut heres, & his omnibus caret, ad quæ vocatur ut heres, qui compulſus adiit. Et ſimiliter aufertur ei jus adcreſcendi, quod obvenit etiam ut coheredi, *l. tamen, & l. ſi res, §. ult. h. t.* Et generaliter qui compulſus adiit, amittit omnia quæ ſunt ex hereditate quam dereliquit, & ea etiam quæ ſunt ex aliena hereditate puta pupilli, quæ non erat habiturus, ſi heres inſtitutus non fuiſſet. Et hoc eſt, quod in reliqua parte continetur.

tur. Illud tamen notandum, manifeste esse depravatum hunc locum, *eis qui jura*, dicendum, *eos, quos jura sepulchrorum sequuntur*, ut in *l. is qui, famil. ercisc.* Hesterno die ultimam quæst. §. *qui fideicommissa* debui concipere in hunc modum, *an heres cogi possit adire, si is, cui sub conditione rogatus est restituere hereditatem, non alii, sed ipsimet heredi eandem restituere rogatus sit?* Et ita velim vos emendare, ut scil. quod subjicitur de herede, qui coactus adiit post impletam conditionem, vel pendente, referatur ad conditionem adscriptam priori fideicommisso, & ita omnia erunt facillima. Et quod dixi illo loco, *nec ignoro posse dici*, videri legendum, *quos jura sepulchrorum sequuntur*: Videamus, an nulla facta mutatione interpretari possimus, *insequuntur*, hoc est, dicunt seu pergunt dicere, ut apud M. Catonem *insequenda*, id est, dicenda & oratione persequenda, notavit Gellius. Idemque Gellius & Festus in quodam loco Ennii, ex initio Odyss. Junii Andronici, *virum mihi Camæna inseque versutum*, id est, *dic*, quod ita Homerus ἄνδρα μοι ἔννεπε, &c. Sed nimis elegans forte illa versio Andronici. An igitur hoc loco qui jura sepulchrorum adquiri insequuntur, hoc est, qui etiamsi compulsi adjerint & restituerint, jura sepulchrorum sibi adquiri persequuntur, pergunt, pertendunt dicere, ut scil. qui hoc dicunt atque pertendunt, possint etiam dicere, sibi non esse denegandam petitionem fideicommissi. Et hæc sane mihi interpretatio placet valde. Nunc ad §. pen. hujus l. accedamus.

Ad §. Cui Titiana.

Cui Titiana hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, Mævianam hereditatem, quam Titius defunctus ex Trebelliano, Sempronio restituere debuit, & ipse restituere poterit, sicut alius quilibet successor.

NOtandum est, non tantum heredem rogatum restituere hereditatem, obligari fideicommisso, sed etiam heredem legitimum: nam & a legitimo herede fideicommissum hereditatis relinqui potest: & non tantum heredem, sed etiam bonorum possessorem, & alium quemlibet successorem, *l. 1. §. bonorum, l. recusare, §. 1. hoc tit.* Et non tantum heredem, qui rogatus est, obligari, sed etiam heredis heredem, aut bonorum possessorem, aut alium successorem hereditatis, ut scil. hereditatem, quam primus heres adivit, restituat fideicommissario, & transferat actiones ex SCto Trebell. *l. quamvis, §. 1. & l. si ejus pupilli, §. si quis, hoc tit.* Ergo heres heredis rogati restituere hereditatem, potest restituere eam hereditatem, & vero debet, si modo primus heres eam adjerit. Hoc necessario addendum est, ne sit contraria lex 13. §. 1. *in fin. hoc tit.* Nam si primus heres eam non adierit, non transmittitur ad heredem ejus. Ergo ut heres heredis obligetur fideicommisso hereditatis, necesse est, ut primus heres eam adjerit, nec dum restituerit: Nam restituet heres heredis. Plus dico ex hoc §. *pen.* etiam fideicommissarium, cui heres restituit hereditatem, debere & posse restituere fideicommissum hereditatis, quod defunctus debuit, & heres ejus. Finge: (hæc est species hujus §.) Titius a Mævio heres institutus est, & rogatus eam hereditatem Mævianam Sempronio restituere. Idem Titius Cajum sibi heredem instituit, rogavitque, ut hereditatem suam, in qua erat Mæviana, restitueret Claudio. Cajus Claudio ex causa fideicommissi Sempronii obligatur, ut ei restituat hereditatem Mævianam, quam Titius restituere debuit, & heres ejus: atque ita fideicommisso hereditatis, quod defunctus debuit, obligatur non tantum heres, sed etiam heres heredis, & alius quilibet successor: imo & is, cui heres bona defuncti restituit ex SCto Trebell. Et hoc tantum est, quod ait in §. *cui Titiana.*

Ad §. Ult.

§. *ult. Actiones temporariæ Trebelliani solent esse evicta hereditate ab eo, qui posteaquam fideicommissam restituit hereditatem victus est, scilicet ante restitutionem lite cum eo contestata. Potestas enim evictionis tollit* A *intellectum restitutionis, indebito fideicommisso constituto: plane si fideicommissum ab eo quoque, qui postea vicit, relictum est, quia possessor in ratione reddendæ hereditatis partem quam fideicommissario restituit, heredi reputat, defendi potest actiones Trebelliani durare.*

HIc §. ultimus vulgo pessime accipitur, qui melius tamen accipi erat dignissimus, & delenda est Glossa magna ad eum §. omnino: in eo ostenditur aliquando ab herede ad fideicommissarium, cui restituta est hereditas ex SCto Trebell. actiones quidem transire, sed non durare apud eum, & esse temporarias, hoc est, ad tempus apud eum remanere. Post tempus haberi pro non translatis in fideicommissarium. In hac specie, quæ proponitur in hoc §. *ult.* Cum herede scripto & rogato restituere hereditatem, antequam restitueret Titius, B quasi legitimus heres ab intestato, egit petitione hereditatis, & litem contestatus est dicens, nullum esse testamentum, in quo possessor hereditatis heres scriptus fuerat, scil. pendente eo judicio, necdum finito, heres fideicommissario restituit hereditatem. Post Titius vicit heredem scriptum, & hereditatem evicit, quia probavit, injustum aut irritum esse testamentum, in quo is, a quo petiit hereditatem, heres scriptus erat: ex quo apparuit, etiam indebitum fideicommissum fuisse: nam res judicata contra heredem scriptum, & contra testamentum etiam legatariis & fideicommissariis nocet, *l. 3. de pignor. & hypoth.* Et inde sequitur, non esse cum effectu restitutam hereditatem fideicommissario, id est, restitutionem pro non facta haberi, non esse in fideicommissarium cum effectu translatas actiones, non durare actio- C nes apud eum, cum indebitum fideicommissum restituatur evicta hereditate ab herede legitimo jure intestati. Posui ante restitutionem fideicommissi, cum herede scripto litem de hereditate fuisse contestatam, cum adhuc eam possidebat. Et hac ratione constat res ipsas, quas ex hereditate possidebat, tempore litis contestatæ venire in judicium & in condemnationem: post restitutionem hereditatis non potuit cum eo agi petitione hereditatis in solidum, quia non possidebat solidum: si deduxit Falcidiam, potuit agi pro quadrante tantum: si non deduxit non potuit cum eo agi petitione hereditatis. Hæc actio datur in possessorem, & pro modo ejus quod possidetur pro herede aut pro possessore, non potuit agi cum fideicommissario utili petitione hereditatis, quia loco heredis est, id est, quia quasi pro here- D de possidet, *l. etiam §. idem erit dicendum, & §. seq. l. item veniunt, §. licet, de petit. hered. l. 11. de inoffic. testam.* Non potuit, inquam, post restitutionem agi cum herede qui restituit, nisi dolo fecerit, sciens, in qua causa esset testamentum, restituendo hereditatem, hoc est, sciens injustum esse testamentum: irritum, aut ruptum, quia dolus pro possessione est, *d. l. 13. §. ult.* Si nihil dolo fecerit restituendo, omnino tenetur petitione hereditatis in solidum, nisi in hoc tantum quasi juris possessor, sive actionis, ut cedat petitori conditionem indebiti adversus fideicommissarium, quia indebitum fideicommissum est, *l. quod si in diem, §. pen. & ult. de pet. hered.* Hæc sunt certissima. At contra posset quis objicere *l. facta, §. si heres, hoc tit.* & ex eo §. efficere etiam post restitutionem hereditatis heredem scriptum teneri petitione hereditatis E in solidum. Nam ille §. ponit, heredem restituisse hereditatem primum; deinde post restitutionem controversiam hereditatis passum esse, puta herede legitimo petente hereditatem; ex causa injusti testamenti victum esse, aut ultro lite cessisse. Quo casu etiam ait ille §. durare actiones in fideicommissarium semel in eum translatas. Nemo est, quem non perturbet prima fronte plurimum ille §. & perturbet etiam semper, nisi accipiatur in suo & conveniente casu. Unde ita constituamus; quod est in eo §. suis quibusdam casibus propriis & convenientibus, verum est, puta si heres dolo fecerit. Dolo facit duobus modis. Primum, si post restitutionem hereditatis, se offerat petitioni hereditatis, quasi possessor, cum non sit possessor. Dolo facit, qui se offert petitioni,

non possessor, & tenetur in solidum, *l.etiam,* §.*non solum,*
& l.qui se liti obtulit,de pet.hered. Dolo etiam facit heres,
ut diximus, qui sciens causam testamenti, in utiliratem te-
stamenti, restituit hereditatem: nam & dolus præteritus
venit in petitionem hereditatis, *d.l.13.§.ult.& l.sed etsi le-*
ge,§.quod ait,eod.tit. l.sin autem, §. sed & is,de rei vind. Ex
his causis ob dolum suum si victus sit heres, aut lite
cesserit, præstabit æstimationem litis, hoc est pretium he-
reditatis: neque enim res ipsæ veniunt in petitionem he-
reditatis ex his causis. Ergo actiones remanent apud fi-
deicommissarium. E contrario ex hoc §. ultimo notandus
est unus casus valde elegans, quo si heres, cum quo
actum est petitione hereditatis, ab herede legitimo ante
restitutionem, ut est species ejus §. victus sit, post restitu-
tionem durare tamen actiones in personam fideicommis-
sarii, ut puta, si fideicommissum hereditatis non tantum
sit relictum ab herede scripto, sed etiam ab herede legiti-
mo, ab eo, qui evicit hereditatem, non tantum ex testa-
mento, sed etiam ab intestato, puta his verbis: *quisquis mi-*
hi testato, vel ab intestato heres erit, rogo ut illi restituas illam
hereditatem, ut *l. Titia, de inoffic. testam.* Nam hoc casu vi-
ctus possessor hereditatis, qui testamento scriptus erat,
quique tempore litis contestatæ possidebat hereditatem,
heredi legitimo, qui egit petitione hereditatis, & vicit, re-
putabit partem hereditatis, quam restituit fideicommis-
sario pendente judicio, puta dodrantem, quem & ipse he-
res legitimus cogeretur ei restituere, & ei restituet tan-
tum quadrantem, si retinuerit Falcidiam, atque ita actio-
nes Trebell. perdurabunt apud fideicommissarium. Quæ
est sententia hujus §. ultimi. Hic est finis libri 20. nam
quæ supersunt leges, sunt rejiciendæ in lib. 27.

JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIUS
In Lib. XXI. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXIV. de Statuliberis.

Servus, si heredi decem dederit, liber esse jussus est: sta-
tuliberum heres eum manumisit, ac postea defunctus est: he-
redis heredi pecunia danda non est: quod enim placuit heredis
heredi dari oportere, tunc memineris locum habere, cum prior
heres dominus accepturus pecuniam fuit, quæ causa facit
ambulatoriam, ut ita dixerim, conditionem. Duæ sunt enim
causæ, per quas in primi heredis persona conditio imple-
tur, dominii ratio, item personæ demonstratio. Prior causa
transit in omnem successorem, ad quem pervenerit statuli-
ber per dominii translati continuationem: sequens perso-
næ dumtaxat ejus, qui demonstratus est, adheret.

Ex Lib. XXI. quæst. tantum habemus *l.34.de statuli-*
ber. & in ea quæstiones duas, de prima primum
dicamus. Statuliber est, cui directo data est li-
bertas sub conditione. Finge: datam eam sub hac
conditione (*si heredi decem dederit*) hæc conditio impleri
potest non tantum in persona heredis, sed etiam ejus,
qui heredis heres extiterit: imo vero, si impleta non sit
in persona heredis, debet impleri in persona ejus, qui
heredi heres extitit, ut competat libertas, alioquin non
competet, quia pecunia, quæ est in conditione, in solu-
tione est, in præstatione est, non in obligatione, non in
petitione, *l.8.si quis omiss.cau.test.* Nam aufert eam statu-
liber, si velit, si nolit, non compelletur. Hoc est, quod
dico, eam pecuniam esse in præstatione, non in petitio-
ne: sed necesse est, ut competat libertas, *eam pecuniam*
præstare, hoc est, conditionem libertatis impleri, quæ im-
pletur, & hoc modo amplificatur, non tantum in per-
sona heredis, sed etiam in persona ejus, qui heredi he-
res extiterit: & generaliter in persona ejus, qui heredi
quoquomodo in dominium statuliberi successerit, ut in
persona emptoris, cui heres vendiderit: statuliberum,
& in persona hereditatis emptoris, & in persona legata-
A rii, cui heres statuliberum legaverit. Et similiter, in
persona donatarii, & in persona patris, vel domini he-
redis instituti, ad quem redit emolumentum heredita-
tis, & in persona ejus, cui statuliber noxæ deditus fue-
rit, ab herede, in persona ejus, cui statuliber adjudicatus
fuerit judicio familiæ erciscundæ, & in persona ejus, qui
statuliberum usuceperit. Et generaliter, in persona non
heredis tantum, sed etiam in persona cujuscunque novi
domini, qui fit l. 12. tabul. *l.6.non solum, & l.peculium, §.*
heredi,l.statuliber a ceteris,§.ult.h.t.l.si servus, §.ult.de furt.
Et notandum, hac in re esse differentiam inter legatum
& libertatem, inter legatarium & statuliberum: Nam si
legatarius jussus sit dare heredi hoc modo, *lego tibi fundum*
si heredi decem dederis, non implet conditionem dando
heredi heredis. Servus autem, si jussus sit esse liber sub
B conditione, *si heredi dederit decem*, fit liber & implet con-
ditionem dando heredi heredis. Et hæc est differentia,
quæ proponitur inter legatum & libertatem in *l. sub di-*
versis,§.ult.de condit.& demonstr. in cujus sensu exquiren-
do nihil habent vulgo certi, quod tradant interpretes:
ille §. eos in multas adduxit angustias, nec sciunt, cui
potius sensui hærere debeant. Hodie satis esset dicere,
quis sit certissimus sensus hujus §. Alii volunt hunc esse
sensum, ut si legatarius jussus sit dare decem heredi, &
statim legatum capere datis decem heredi, non possit he-
res deinde implere conditionem, quia defecit semel con-
ditio mortuo legatario ante numeratam pecuniam, quan-
doquidem ea conditio fuit injuncta personæ legatarii, ut
ipse dans alii ita perveniet ad legatum. Et sane hoc est
verissimum, sed longe alienum a sententia §. Alii volunt,
C hunc esse sensum §. hujus: si servo data sit libertas sub
conditione, *si legatario dederit decem*, eum non posse dan-
do heredi legatarii implere conditionem, & pervenire
ad libertatem sub ea conditione relictam. Quod etiamsi
sit aliqua ex parte verum, tamen non congruit menti au-
ctoris in *d.§.ult.* & non est usquequaque verum: Nam si
ita dixerit, *liber esto, si illi legatario centum dederit*, & ei
legatario sit legata alia res, non ipse servus, non potest
impleri conditio, nisi in persona ipsius legatarii, quia
omnimodo cohæret personæ legatarii, cum non fiat do-
minus servi per legatum: videtur aliter, si cui servus sit
legatus, & eidem servo relicta libertas, si legatario dederit
decem, qui implebit conditionem dando heredi legata-
rii, sicut dando heredi heredis similiter implet conditio-
nem, & dando heredi emptoris ex *l.6.§.non solum,h.t.* Et ita
D si statuliber jussus sit extraneo dare, qui non fiat domi-
nus servi, non potest dari heredi extranei, nisi servi domi-
nium extraneus adquisierit, ut si ab herede servum rede-
merit, vel si heredi heres extiterit, quod exigitur pruden-
tissime in *l. 6. §. nam & si quis, & l.si is cui dare,h.t.* Condi-
tio statulibertatis a domino transfertur in non dominum,
a non domino non transfertur in alium, sed personæ
omnino cohæret conditio, quæ adscripta est non domi-
no; heredi quoque, si sit adscripta, id est, si servus sit jus-
sus heredi dare decem, & liber esse, heredis personæ co-
hæret conditio, quæ demonstrata est, sed non tam, ut he-
redi, quam ut domino; & quatenus heredi, non transit in
heredem heredis, quatenus domino transit in heredem
heredis, si modo, & in eum dominium servi non transie-
rit: conditio transit in eum, in quem dominium statuli-
E beri transit, non in heredem heredis: atque ita semper
a domino hæc conditio ambulat ad dominum, non a do-
mino ad dominum, nec retro a non domino ad alium
quemquam. Et ita quod illi statuunt, statuliberum jussum
dare legatario, non posse dare heredi legatarii, non est
omnino verum: & ut sit verum, longe diffidet a mente
Jurisconsulti, quæ potius hæc fuit, ut notarunt quidam,
non quasi hic esset certus sensus, sed hæsitantes, cum tamen
res sit præclarissima, ut mox ostendam. Observandum est
eam leg. *sub diversis* esse ex lib. different. Modest. Et in ea
lege poni duas differentias inter legatum & libertatem.
Prior hæc est, ut si data sit libertas sub diversis conditioni-
bus disjunctim, *liber esto, si heredi decem dederis*, vel *si navis*
ex Asia venerit, aut similib. libertas, inquam, sic data, mo-

do

do ſint conditiones in poteſtate ſtatuliberi, competet, ſi vel leviorem conditionem impleverit: nam eligere poteſt eam, quæ ei levior videtur; favor libertatis hoc extorſit: ſed ſi legatum pecuniæ, vel rei ſit relictum ſub diverſis conditionibus disjunctim, legatarius non eliget leviorem conditionem, ſed neceſſe habebit parere noviſſimæ. Poſterior differentia hæc eſt, ut data libertas ſub conditione, *ſi heredi decem dederit*, competat, ſi dederit heredi heredis. Sed datum legatum ſub conditione, *ſi heredi decem dederit*, non pertinet ad legatarium, ſi dederit heredi heredis: Nec enim ea conditio poteſt impleri in perſona heredis heredis, ſicut nec in perſona patris, vel domini heredis: legatarius viſus eſt heredi dare, cum non dedit, *l. qui heredi*, §. 1. *de cond. & demonſtr.* & tamen ſtatuliber perveniet ad libertatem, ſi patri dederit heredis vel domini, *d. §. non ſolum*. Hæc eſt ſumma *d. §. ult.* Nec ei quicquam obſtat lex *ſi peculium*, §. *heredi*, *hoc tit.* nihil eſt, quod tam facile ſit: nam ait, *ſi hoc ſenſerit teſtator, etiam legatarius dando heredi heredis capiet legatum.* Fateor, ſi hoc ſenſerit teſtator, & ſi hoc probavit legatarius ſenſiſſe teſtatorem: alioquin non capiet legatum, niſi primo heredi dederit, cujus perſonæ adſcripta eſt conditio legati. Et in eo §. *heredi*, etiam certant interpretes de vero ſenſu, qui tamen apertus eſt, & idem §. *ult.* ita eſt proditus a Græcis 48. Baſil. quem librum tranſtulit Hervetus. Sed recte quidem ſecundum hunc ſenſum in ipſo contextu Baſil. dum ait, *capere legatum eum, qui dat heredi heredis, ſi hoc ſenſerit teſtator, ſicut libertatem capit indiſtincte.* Sed in eo πλατεία, hoc eſt, latiori interpretatione ille perperam eum tranſtulit, & emendandus eſt ita: *ſi hoc autem ſenſit teſtator ad heredem heredis tranſire conditionem, idem etiam obſervari in legatario, ut heredi heredis dando impleat conditionem*: quia ſcilicet hoc ſenſit teſtator: alioquin non tranſiret conditio legati in heredem heredis, & tranſiret tamen conditio libertatis. Nunc redeamus ad ſpeciem legis noſtræ. Data eſt libertas ſub conditione, *ſi heredi decem dederit*, heres ſtatuliberum manumiſit, & poſtea defunctus eſt. Quæritur, *an heredi heredis danda ſit pecunia conditionis implendæ gratia?* Et ait Papinian. non eſſe dandam, quod eſt veriſſimum, quia is ſervus intelligitur ſtatim liber ex teſtamento, ſtatim atque eum heres manumiſit ultro. Et hac ratione intelligetur eſſe libertus Orcinus, non libertus heredis manumiſſoris, quia heres manumittendo non potuit cauſam ſtatuliberi facere deteriorem, *l. prox. hoc tit. ſupra*. Atque ita ſibi facere liberum eum, qui nullius futurus erat libertus, niſi Orci. Denique manumiſſione extinguitur conditio ſtatulibertatis, quia heredi, qui manumiſit, danda non eſt pecunia, nec heredi heredis, ſed ei, qui manumiſit. Objicies, quod dicitur, heredi heredis dari oportere pecuniam in conditione poſitam, ut competat libertas, quod & ante nos affirmavimus. Huic objectioni Papinianus reſpondet, hoc eſſe verum ſcilicet, ut heredi heredis dari oporteat, cum primo heredi danda pecunia fuit, quæ cauſa facit, ut ambulet conditio ab herede ad heredem heredis, vel alium quemlibet ſucceſſorem. At hæc cauſa hic ceſſat, quia heredi, qui manumiſit, pecunia non fuit danda. Ergo nec heredi heredis danda eſt. Et omnino, ut concludit Papinianus, duæ ſunt cauſæ, propter quas conditio impletur in perſona primi heredis, quia dominus eſt, & hæc tranſit in quemlibet ſucceſſorem: & quia ejus perſona demonſtrata eſt, cui daretur pecunia: & hæc cauſa perſonam ejus non egreditur, nec tranſmittitur ad ſucceſſorem. Quæ cauſa cum ſola ſuperſit, hoc caſu, quandoquidem manumiſſione heres deſiit eſſe dominus, conſequens eſt, non poſſe dari pecuniam heredi heredis, vel alii ſucceſſori. In contextu autem illo loco, *tunc memineris*, in authentico Flor. eſt, *nec memineris*, legendum, *hoc memineris*.

Ad §. Imperator.

Imperator Antoninus reſcripſit, juſſum rationes reddere, & liberum eſſe, ſi heres cauſabitur accipere rationes, nihilominus liberum fore. Quod reſciptum ita accipi debet, ut ſi reliqua non trahat, liber ſit; quod ſi trahat, ita demum, ſi obtulit eam quantitatem, quæ refundi debuit ex fide veritatis: Non enim libertati ſufficit, heredem in mora fuiſſe, ſi non id fiat per ſtatuliberum, quod remota mora, libertati aditum daret. Quid enim, ſi ita manumiſſum, Dama, ſi in Hiſpaniam profectus anno proximo fructus coegerit, liber eſto, Romæ retineat heres, neque proficiſci patiatur? nunquid dicturi ſumus, ſtatim ante fructus coactos liberum fore? nam & cum Romæ ſtipulatio concipitur ita, centum in Hiſpania dare ſpondes? ineſſe tempus ſtipulationi, quo poſſit in Hiſpaniam pervenire, nec ante jure agi placuit. Sed ſi heres acceptis rationibus, & reliquis computatis donare ſe eas ſtatulibero non habenti, quod inferat, proſcribat, aut etiam litteris ad eum miſſis palam faciat, conditio libertatis impleta videbitur. Quid ergo, ſi neget ſe reliqua traxiſſe, atque ideo, quia per heredem ſteterit, ut accipiat rationes, liberum factum: heres autem neque ſe feciſſe moram, & reliqua debere ſtatuliberum contendat? apud eum, qui de libertate cognoſcat, an conditio ſit impleta, conſtabit: cujus officio continebitur de mora conſiderare, nec minus computare rationes, & ſi reliqua trahi compererit, non eſſe liberum pronunciare. Sed ſi nunquam negavit, ſe reliqua debere: cum autem conveniret heredem, & rationes offerre profeſſus ſit, refuſurum quidquid in reliquis eſſe conſtiterit, & ejus pecuniæ verum numerare paratum idoneum obtulit, & heres in mora fuit, ſententia pro libertate dicetur.

SEcunda quæſtio eſt faciliima: libertas relicta eſt ſervo diſpenſatori, aut villico ſub hac conditione, *ſi rationes actus ſui heredi reddiderit*. Reddere rationes, non eſt tantum diſpungere rationes, legere aut percontari, ſed etiam reddere reliqua, *l. cum ſervus, de condit. & demonſtr.* Quod in hoc titulo multi admodum loci demonſtrant: inter ceteros eſt unus in l. 12. *hoc tit.* vexatus ab Accurſio, qui nec quicquam profecit ob non intellectam ſpeciem, vel non bene poſitam. Species hæc eſt: ſcripſi quinque, aut ſex heredes, & ſervo dedi libertatem ſub conditione, *ſi reddiderit rationes primo, ſecundo, tertio, Titio, Cajo, Sempronio*, ſcilicet nominibus expreſſis, aliorum quidem nominibus prætermiſſis. Quæritur, ſi quid ſit in reliquis, *s'il y a des arrerages*, an ea reliqua ſint dividenda inter omnes heredes pro hereditariis portionibus? Videntur tantum pertinere ad eos, qui nominati ſunt pro virilibus portionibus, quia enumeratio perſonarum viriles ſemper partes facit, *l. nonnunquam, ad Treb. l. ſi heredes, in fi. de leg.* 1. Sed Juriſconſultus ait, reliqua eſſe ſolvenda omnibus pro hereditariis portionibus. Cur ita? nempe, quia hæc proculdubio fuit mens defuncti, ut illi tres heredes, quos nominavit, percontarentur, & diſpungerent rationes, & computarent reliqua, *qu'ils ouïſſent les comptes*, non etiam ut illi ſoli ferrent reliqua: nam mixta eſt hæc conditio, *d. l. cum ſervus*, & una pars conditionis pertinet tantum ad eos, quorum nomina ſunt expreſſa, altera pars ad omnes. Finge igitur: ſtatuliber juſſus eſt reddere rationes: heres cauſatur accipere rationes, hoc eſt, moras trahit & differt, quia per heredem ſtat, quo minus impleatur, conditio habetur pro impleta, & ſervus ſtatim fit liber. Et ita cautum eſſe ait reſcripto Antonini, quod tamen ita rectiſſime interpretatur Papinianus, ut ſervus ſtatim liber fiat, ob moram heredis in accipiendis rationibus, ſi modo ſervus reliqua non trahat, id eſt, ſi nihil in reliquis ſit, vel ſi quæ ſunt offerat, aut eorum nomine expromiſſorem idoneum & locupletem: alioquin, ſi ſint reliqua, nec ea offerat, non fiet liber, antequam ea ſolverit, aut eo nomine ſatisfecerit heredi: nec enim ſufficit mora heredis, ſed oportet etiam reliqua offerri, ſicut ſi juſſus ſit ſtatuliber heredi præſtare decem dierum operas, & nolit heres accipere, nolit eas ſibi edi operas, non fiet liber antequam dies illi prærerierint, qui inſunt conditioni: vel etiam, ſi juſſus ſit Capuam ire, & heres prohibuerit ire, retinuerit eum domi, non ante fiet liber, quam tempus præterierit, quod conditioni tacite ineſt, quo ſcilic. Capuam pervenire potuit, *l. ſi peculium, §. quædam, hoc tit. l. interdum*,

terdum, de verb.obligat.l.quoties, de oper.libert. vel ut ponit Papinian. si talis conditio fuerit adscripta statulibero, *si in Hispaniam profectus, anno proximo ex agris meis fructus cogerit*: Non ante fiet liber, quamquam extiterit tempus fructuum cogendorum. Et ita in specie proposita, etiamsi causetur heres rationem accipere, id est, si moretur, non ante fiet liber, quam reliqua solverit, vel obtulerit; quia conditioni reddendarum rationum hæc causa semper inest, ut par fiat ratio, par calculus, ut reliqua solvantur: nihil autem refert reliqua obtulerit statuliber, an heres ei donaverit. Quid est *donaverit?* donasse videtur heres reliqua, hoc est, remisisse, si acceptis rationibus & computatis reliquis, scripserit sua manu, se ei reliqua condonare & remittere, ut solebant semper a dominis rationes subscribi, reliquationes, pariationes: *l.Aufidius, de legat.3.l.ult.§.idem quæsiit, de cond.indeb.* Donasse etiam videtur, si per epistolam statulibero significaverit, se ei reliqua condonare: Hæc enim scriptura, sive subscriptio, vel hæc epistola habetur pro pactione, si ei modo assentiatur statuliber, si ei sit grata liberalitas heredis, *l.qui negotia, mand.l.15.de fund.dot.* Ex his causis statim eripitur in libertatem. Quod si incidat controversia aliqua inter heredem & statuliberum, si heres dicat esse reliqua, neget statuliber: si heres neget se moram fecisse, dicat statuliber, causam dirimet Prætor, qui de liberalibus causis cognoscit & statuet, vel eum liberum fuisse, vel non fuisse.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

In lib. XXII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Si legatario XXII. de Fideicomm. libert.

Si legatario fundi decem pretii nomine relicta sint in hoc, ut servum suum manumittat: quamvis fundi legatum agnoverit, si tamen legatum pecuniæ propter interventum Falcidiæ non agnoverit, cogendus est, & pecuniam accipere habita legis Falcidiæ ratione, & servo fideicommissariam libertatem præstare, cum semel fundi legatum adgnovit.

EX Lib. XXII. quæst. quatuor sunt tantum ll. quarum primam jam exposui ad *l.10.& 13.de jure codicill. lib.* 19. Igitur incipiam ab ea quæ est lex *si legatario 22.de fideicommiss.libert.* In qua nihil est difficilius, quam aptam & convenientem ponere speciem, quod nescio, an nostri præstiterint, & ubique meo quidem judicio, summa res est speciei positio: nam qui speciem tenet, reliqua facile comprehendit. Finge vero quidam legavit mihi fundum, legavit quoque mihi decem pro pretio servi mei, ut cum manumitterem: pretium servi mei erat decem: ego legatum fundi agnovi, legatum pecuniæ non agnovi: videor potuisse unum legatum repudiare, alterum amplecti, quia non unum legatum, sed duo legata sunt, legatum fundi, & legatum pecuniæ: unum legatum scindi non potest, id est, nec res, quæ legata est, discindi & deintegrari potest: nec actio legati, *l.cum filius, §.variis, de legat.2.* nisi scilicet propter fideicommissarios, ut didicimus lib. 20. & ex *l.Imperator, eod.tit.* Si duo sunt legata, possum unum velle, alterum nolle. Quid ni? *l. 5. eod.t.* sed excipitur unus casus, qui conprobatur in *d.l.*5. tum in hac *l. si legatario*, videlicet si unum legatum onus habeat, & hoc nolim: alterum onus non habeat, & hoc velim, ut in specie proposita, legatum pecuniæ; cui injunctum erat onus manumittendi servi non agnovi, legatum fundi, cui nullum erat onus, agnovi: quia enim legatum fundi agnovi, cogor etiam legatum pecuniæ agnoscere cum suo onere, ne intercidat fideicommissaria libertas relicta servo meo, repudiata pecunia: nisi forte (qua de re Prætor decerneret) servus ille meus sit de me male meritus, *l.41. de bon.libert.* Nam si temperem me legato relicto sub onere manumittendi servi mei, si abstineam me legato, iniquum est, me cogi non accepto legato, servum de me male meritum manumittere, & hoc impetrato beneficio prætoris, *d.l.* 41. Notandum est in specie proposita, quod non explicatur ab interpretibus, ideo me non agnovisse legatum pecuniæ, quod sufficiebat pretio servi manumittendi, quia, ut declarat Papin. locus erat legi Falcidiæ, & deminuta pecunia per legem Falcidiam, dodrans non sufficiebat pretio servi. Itaque mallem servum retinere, & dodrantem repudiare ob inverventum Falcidiæ, ut ait, sed non sum audiendus, quia agnovi legatum fundi; quod tamen æque minuetur lege Falc. quia, inquam, agnovi legatum fundi, cogor etiam agnoscere dodrantem pecuniæ, & servum manumittere, quamvis servus pluris sit, quam dodrans pecuniæ: agnoscendo legatum, quod est, sine onere, huic me oneri subjeci. Et sane mens testatoris hæc fuisse videtur, ut non subterfugeret onus, qui lucrum amplecteretur, ut non sperneret onerosum legatum, qui lucrum affectaret, ut non sentiret incommodum nisi alicujus delegationis gratia. Et hæc est mera ratio legis, nec quicquam difficultatis superest. Eadem ratio intervenit in specie *d.l.5.de leg.2.* Quidam legavit mihi pecuniam, legavit quoque Stichum, ut manumitterem: si agnovero legatum, quod est sine onere, cogar etiam agnoscere Stichum, & fideicommissariam ei præstare libertatem, quæ etiam libertas, ne intercidat ad interventum Falcidiæ, communicato Sticho inter me & heredem, Falcidia non deducetur ex Sticho, sed integra præstabitur pecunia, integer Stichus manumittendi causa, ex pecunia autem utriusque legati quarta deducetur, *d.*l. 5.

Ad §. penult. & ult.

§. 1. *A duobus heredibus, qui tres servos habebat, petit, ut duos ex his, quos voluissent, manumittant: altero heredum latitante, alter declarat, quos velim manumittere. Potest dici, fieri libertos, ut perinde libertas competat, ac si præsens solus manumittere potuisset. Quod si ex servis unus decesserit, sive justa ex causa absit heres, sive fari non possit, a quo pretium est, decernente prætore, duos, qui supersunt, fieri libertos conveniat.*

§. 2. *Cum his, qui fideicommissam libertatem præstare debet, justa ex causa abest, aut latitat, aut quidam præsentes sunt, alii ex justa causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt, aut ei, qui libertatem debuit, heres non extitit, aut suus heres hereditate se abstinuit, prætor pronuntiare debet, ex testamento L. Titii fideicommissam libertatem competere: Idque Senatusconsulto demonstratum est, quo Senatusconsulto comprehensum est, ne dubium & obscurum esset, cujus libertus fieret prætorem pronuntiare debere, qui ex justa causa, & qui detractandæ libertatis gratia absit.*

SEquentem §. *& ult.* simul explicabimus. Quidam tres tantum habebat servos, ut in frugalitate veterum, qui erant contenti tribus servis, ut de Catone scribit Valer. 4. & de Cæsare in Britannica expeditione Athenæus 6. cujus frugalitatis respectu constitutum opinor in *l.1.de opt.leg.* ut si cui sit relicta optio servorum, cum plures essent servi testatoris, is tantum possit tres eligere, non plures, hæc est frugalitas. Ita in specie §. hujus *a duobus*, frugi paterfamil. qui habebat tantum servos tres, duos heredes scripsit, & eos rogavit, ut ex iis tribus servis duos, quos eligerent, manumitterent: unus ex heredibus latitat. Quid est *latitare?* copiam sui non facere frustrandi fideicommissi gratia, in fraudem fideicommissariæ libertatis: alter præsens est, & elegit duos servos, ac manumittit latitante coherede, an valet electio? Electio valet & libertas, & plectitur coheres, qui latitat; quoniam manumissi præsentis tantum fiunt liberti, qui manumisit, non latitantis. Hic perdit libertos Senatusconsulto Rubriano: pars latitantis proficit coheredi: namque is solus patronus est, perinde atque si solus rogatus

tus

tus esset duos eligere & manumittere, *l. 1. l. si cum servum §. eorum, hoc tit.* Sed notandum est, Senatusconsultum Rubrianum multare tantum jure patronatus eos, qui latitant, vel qui evocati a prætore, venire nolunt, servi manumittendi gratia: non continetur Senatusconsulto Rubriano is, qui ex justa causa abest, non latitandi causa, non intervertendæ aut frustrandæ libertatis causa: non continetur etiam infans, qui rogatus est manumittere, qui nondum potest manumittere per ætatem, quia fari non potest, neque hic defectus suppleri potest tutoris auctoritate, *l. pupillus, de manum. vind.* Ad hos, qui fari non possunt, vel qui absunt ex justa causa, non pertinet Senatusconsultum Rubrianum, sed Dasumianum, de quo hoc tit. agitur, quo quidem cavetur, ut si eo, qui rogatus est servum manumittere, absente ex causa justa, vel infante prætor pronuntiaverit servo deberi libertatem, liber fiat, & libertus eorum: perinde atque si ab eis fuisset manumissus ex fideicommisso: his non eripitur jus libertatis, sicut latitantibus, *l. neque, l. non tantum, §. Senatusconsulto, hoc tit.* Et ideo bene in proposita specie, si unus tantum heres rogatus sit duos ex trib. servis manumittere, & absit justa ex causa, vel si infans sit, mortuo uno servo alii duo liberi fient, jure patronatus heredi conservato: mors unius declarat alios duos superstites debere manumitti: alioquin si vivant omnes, nullus interim fiet liber, quia non est qui eligat duos, ut in priori specie, & ita declaret, quos velit manumitti, cum unus tantum heres rogatus proponitur. Idemque erit, si duo heredes sint rogati, duos ex tribus manumittere, & ambo absint justa ex causa, vel fari non possint. Pendebit namque libertas, quoad unus ex servis mortem objerit: mortuo uno, alii duo fient liberi & liberti heredis, qui non latitat. Latitantis igitur dumtaxat pæna est amissio liberti, amissio juris patronatus. Et hoc satis declarat Papinian. in *§. pen.* Notandum etiam illud est, ex Senatusconsulto subveniri libertatibus fideicommissariis, si heres, qui debuit libertatem, sine successore decesserit ante præstitam libertatem, vel etiam si suus heres, qui debuit fideicommissariam libertatem abstinuerit se: quoniam heredem extitisse satis est, ut fideicommissaria libertas debeatur: existentia heredis sui sive ἀνάφανσις, nudum nomen heredis sinere, quoniam se abstinuit, confirmat libertatem, *l. sciendum, de manum. test.* confirmat substitutionem pupillarem, *l. si filius qui patri, de vulg. subst. l. filius, l. Julianus, in princ. de acq. hered.* & hæc est opinio vera. Imo confirmat omnia, quæ in testamento scripta sunt, *l. si post mortem, de leg.* 1. nec minus potest existentia sive ἀνάφανσις, quam aditio. Qua de causa & idem dicemus, si heres oneratus fideicommisso libertatis, qui adiit postea beneficio ætatis, quod sit minor 25. annis, restitutus sit in integrum abstinendi causa: Nam his omnibus casibus servi manumissi per fideicommissum ex decreto prætoris liberi fient, *l. cum quasi §. sed & si quis, cum duob. seq. hoc tit.* liberi fient, ut dixi his casibus. Quorum autem erunt liberti? Erit distinguendum: Si ab eo fuerit debita libertas, qui latitavit, erunt liberti Orcini, perinde ac si decreto essent manumissi ex testamento, non liberti ejus, qui rogatus est. Si autem ab eo fuerit debita libertas, qui sine successore decessit ante præstitam libertatem, credentur esse liberti ejus, perinde atque si ab eo fuissent manumissi ex fideicommisso, *d. l. cum quasi, §. si alter*, nisi post moram decesserit. Hoc enim casu pro Orcinis habebuntur, *l. Ancillam, C. eod. tit.* Quod si debita fuerit libertas ab eo, qui justa causa abest, vel ab infante, furioso & similibus personis, jam ante dixi, eos libertos fore ejus, a quo relicta est libertas, perinde atque si eos manumisisset ex fideicommissi causa. Et hoc ne sit obscurum, prætor qui decernet libertatem deberi: debet explicare causam, cur debeatur, non manumittente eo qui rogatus est, vel quia abest ex justa causa, vel quia fari non potest, vel quia latitat. Et ex eo apparebit aperte, cujus sit libertus ex decreto prætoris: decretum prætoris debet tollere dubitationem & ambiguitatem omnem.

A

Ad L. IV. si Ingenuus esse dicatur.

Oratio, quæ prohibet apud consules, aut præsides provinciarum, post quinquennium a die manumissionis in ingenuitate proclamare, nullam causam aut personam excipit.

ORatio principis solebat in senatu recitari, quæ & constitutio dicitur generali nomine, de ea re scilic. quæ placebat principi, cujus princeps instituendæ vel introducendæ auctor erat, & sequebatur fere semper Senatusconsultum congruens cum oratione principis. Qua de causa, quod hic ex oratione, ex Senatusconsulto dicitur esse in *l. 1. C. de ingen. manumis.* Quod & confirmat inscriptio *l. 3. hoc tit.* quæ est ex lib. Senatusconsultorum, & in qua Senatusconsulti verba aliqua B explicantur: sed quod Senatusconsulto huic fuerit nomen, cujusve principis oratio hæc fuerit, ignoratur. Nam illud cave credere, quod Accur. annotavit hoc loco esse orationem D. Marci, de qua in *l. 1. §. sed inter eum, tit. seq.* Nam illa oratio D. Marci longe alia de re est: ea cavetur, ut pro ingenuitate dicta sententia retractari possit. Hoc erat singulare in causis liberalibus, ut possent retractari, & in causis centumviralibus. Regulariter enim sententiam semel dictam, retractare non licet. Hoc ergo erat cautum oratione D. Marci, ut sententia dicta pro ingenuitate retractari posset vivo eo, qui ingenuus pronuntiatus esset, non etiam post mortem, etiamsi eo ipso anno mortem objiisset, quo scivisset, se ingenuum esse, vel ea ipsa die, aut altera, ut cœpta causa retractationis morte ejus extingueretur. C Qua de re nihil fuit in ea oratione, de qua Papinian. agit hoc loco. Oratione, qua de agitur hoc loco, qua cavetur, ut manumisso, atque ita per manumissionem facto libertino, liceat agnitis natalib. originem suam repetere, hoc est, ex libertinitate in ingenuitatem proclamare, intra quinquennium tamen a die manumissionis, relictis bonis restitutisque, quæ ex domo vel familia manumissoris, vel ex rebus ejus acquisivit ut libertus: post quinquennium non potest proclamare, etiamsi agnoverit, & probare liquido possit, natales suos ingenuos esse, ac proinde ingenuitati suæ manumissionem officere non debuisse, quod ostendit *l. de bonis, ff. de liber. cau. l. 3. hoc. tit. l. 1. de ing. manum.* Proclamare, est asserere se ingenuitati liberali causa, non nostris auctorib. tantum, sed aliis etiam. Senec. 1. *controv. proclama* D *ingenuum te esse*, quæ proclamatio actio quædam est, quæ proprio nomine dicitur præjudicium, seu præjudicialis actio, *l. ul. hoc tit.* Et inde locus Ciceronis de M. Gellio apud Plutar. cum M. Gellius vulgo non existimaretur esse ingenuus, sed libertinus, & tamen gereret se pro ingenuo, & in senatu recitasset literas clara & alta voce, *nolite mirari*, inquit Cicero: *nam & unus ex his est, qui proclamant*, quod ignorantia verbi juris Alexander non assequitur. Idque fatetur ingenue, *non satis hoc assequor*, inquit, *nisi proclamator est præco, aut filius præconis*, quæ officia sordida & parum digna ingenuis habebantur. Sed imo proclamasse dicitur, qui habitus pro libertino se adseruit ingenuitati. Ex ea autem oratione, cujus hunc potes facere titulum *de agnoscendis, adserendis, restituendis natalib. ingenuis intra quinquennium a die* E *manumissionis*; hæc est recta paraphrasis hujus præjudicii, cujus initium formulæ est, *si ingenuus esse dicitur*, ex ea, inquam, oratione de ea re cognitio erat consulum in urbe & proconsulum in provinciis, ut indicat Pli. in epist. *ad Trajanum de adsertione ingenuorum*. Qua de causa hoc loco Papin. ait, hanc orationem vetare manumissos post quinquennium proclamare apud consules, aut provinciarum præsides, id est, proconsules, non præsides quoscunque. Cognitio hac de re erat consulum, aut proconsulum intra quinquennium: post quinquennium cognitio erat solius principis ex magna causa, puta post quinquennium repertis instrumentis certissimis, & probationibus natalium, *l. 2. §. ult. hoc tit.* Hodie ex Constit. Justin. ex causa etiam post quinquennium;

cognitio erit magistratuum supradictorum, nec erit ne- A cesse adire principem, *l. ult. C. ubi causa status*. Et adjicit Papin. in hac l. quod non assequuntur interpretes, ea oratione nullam causam excipi, nullam conditionem personarum. Quid hoc est, *nullam causam*? nullam personam? nullam conditionem excipi? nempe ad interpellandam jurisdictionem consulum vel proconsulum, qui hac de re cognoscunt: nihil efficere privilegium, vel casus vel personæ, nihil efficere privilegium civitatis cujusque, vel corporis, hoc est universitatis cujusdam, nihil efficere privilegium officii, in quo quisque est, nihil conditionem personæ, nihil sexum muliebrem, nihil rusticitatem personæ. Nam & libertinus universitatis cujuscunque, & universitas quæque, hos habebit judices, nec poterit revocare forum, id est, non poterit uti privilegio fori, *il ne demandera point d'estre renuoye de-* B *vant son juge*, ut dicitur similiter *in l. neque, §. ult. de fideic. liber.* non interpellari jurisdictionem prætoris fideicommissarii ob privilegium civitatis, vel corporis, vel muneris, aut officii. Nam in hac re, de qua agimus, etiamsi sit senator, vel miles, vel officialis quilibet adversus quem fit proclamatio, vel qui proclamat, hos habebit judices, nec revocabit forum, sive domum. Et hanc esse sententiam liquido demonstrat *d. l. ult. C. ubi causa status agi*. Ex ea l. quo casu olim erat cognitio solius principis hac de re post quinquennium, hodie est cognitio magistratuum & judicum ordinariorum, quorum etiam est cognitio ex hac oratione intra quinquennium. Et adjicitur nominatim, cognitionem esse magistratuum, sublata præscriptione, aut revocatione fori: etiam clarissimam personam, puta senatorem subire cognitionem C consulum aut proconsulum hac de re, qui alias revocaret forum, & uteretur privilegio fori sui. Notandum ad hoc, quod ait Papinian. in hac oratione, *nullam causam aut personam excipi*, quasi quoties lex nihil excipit, nec nos excipere debeamus. Hoc enim significat, quoniam oratio nihil excipit, ex eo conjecturam capi, quasi sententia principis hæc sit, ut nulla causa aut persona exciperetur, sicut dicitur in vulgatissima *l. de pretio, de Public. in rem act.* ut si sit locus Publicianæ actioni, non est necesse, ut emptor, qui bona fide emit rem alienam a non domino, & solverit pretium, quia nihil in edicto exprimitur de pretio soluto, unde conjectura capitur quasi hæc sententia fuerit Papiniani, ut non exigeretur solutio pretii: datur Publiciana ei, qui rem alienam emit a non domino bona fide, atque adeo etiam cui ea res D tradita est bona fide accipienti, si necdum eam usuceperit: nam si usuceperit, habet civilem vindicationem & directam, cum sit dominus per usucapionem: si nondum usuceperit, amissa possessione habet tamen prætoriam vindicationem, id est, Publicianam, in qua fingitur usucepisse propter bonam fidem, qui nondum usucepit, & quasi usuceperit, indulgetur ei vindicatio a prætore. Exigimus traditionem rei omnino, ut diximus, ut possessio in eum transierit, quæ transit etiam pretio non soluto: dominium non transit, nisi pretio soluto, *l. quod vendidi, de cont. emp.* ut vero competat Publiciana, satis est possessionem transiisse, nec exigitur ut emptor, cui res tradita est, solverit pretium: non exigimus, quod prætor in suo edicto non exprimit. Nec male illo loco interpretes, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere E debere: Nam & ita Hermogenes lib. de statu, *lex*, inquit, *non distinguit, sed simpliciter loquitur & indistincte*. Unde significat, nec nos distinguere debere, nihil horum distinxit lex, sed simpliciter locuta est, inquit. Qua tamen sententia non debemus abuti, nisi in his causis, in quibus a scripto recedere non licet, in quibus jus scriptum factumque sequimur, ut in testamentis, cum nulla est verborum ambiguitas, res judicatur ex scripto, nec quæritur, quæ fuerit voluntas, non admittitur quæstio voluntatis, *l. ille aut ille, l. non aliter, de leg. 3.* Puta cum non est evidens contraria voluntas defuncti. Idem de legibus judicium est, ut si lex non distinguat, nec nos debeamus distinguere, sed scripto stare, nisi aliud suadeat mens legis, & sententia, quæ potior est omni scripto.

Ad L. Heres XLIII. de Usurp. & usucap.

Heres ejus, qui bona fide rem emit, usu non capiet, sciens alienam, si modo ipsi possessio tradita sit. Continuatione vero non impedietur heredis scientia.

§. 1. Patrem usu non capturum; quod filius emit, propter suam, vel filii scientiam, certum est.

SUmma legis hæc est, ut constituat in ea re, quam tractat tantum, differentiam esse inter heredem & patrem: De herede dicamus primum. Si defuncto res aliena sit vendita, & tradita a non domino, bona fide ementi & accipienti, usucapio, quæ a defuncto cepit, nec dum impleta est, non interpellatur heredis scientia, id est, ob malam fidem heredis, si heres sciat esse alienam, *l. pro emptore, §. si defunctus, tit. seq.* Nec mirum, cum nec interpelletur usucapio scientia postea superveniente, id est, post traditionem, *l. bonæ fidei, §. in contrarium, de acq. rer. dom.* Satis est initium possessionis esse sine vitio, satis est emisse & accepisse bona fide: superveniens scientia non interpellat usucapionem. Sed si a defuncto res sit empta bona fide, tradita autem heredi scienti rem esse alienam, usucapio non procedit, quia in emptione, & tempore actus, & traditionis tempore, bonam fidem intervenire oportet, *d. l. bonæ fidei, l. sed etsi res, §. ult. & l. seq. de Pub. in rem act.* E contrario, si defunctus rem emerit, & acceperit mala fide, vel si emerit tantum mala fide, usucapio non procedit, etiamsi heres putaverit rem venditoris fuisse. Nam heres est successor malæ fidei defuncti, & bonæ fidei: & est successor vitiorum & virtutum defuncti. Et hac in re heres differt a patre, ut subjicitur in 2. parte hujus *l.* Nam quod filiusfam. emit & accepit bona fide, continuo acquisivit patri: igitur possessionem saltem ejus rei, pater non usucapiet, si scierit rem esse alienam, quamvis filius eam emerit, & acceperit bona fide: si modo hæc scierit pater eo tempore, quo filius emit aut accepit, quia ipse pater videtur emisse aut accepisse. Heres autem non videtur emisse, quod antequam heres esset, defunctus emit. Sed si post emptionem & traditionem factam filio ementi & accipienti bona fide, pater cognoverit rem esse alienam, usucapio non intepellatur, quia uterque pater & filius fuit bonæ fidei, utroque tempore emptionis & traditionis, nam & ipsius filii scientia postea superveniens non interpellaret usucapionem, ut ante diximus: & contra nunc si filius emit aut accepit mala fide, usucapio non procedit, etiamsi pater ignoraverit rem esse alienam, cui initium fuit vitiosum: nam hoc casu nihil distat heres a patre. Denique ita concludamus: bona fides defuncti heredi prodest, mala fides nocet: bona fides filii, patri non prodest, scienti rem esse alienam: mala fides filii patri nocet, etiam ignoranti rem esse alienam, quia interpellatur usucapio, vel impeditur non tantum propter scientiam patris, sed propter malam fidem filii, propter scientiam filii. Et quod hic dicitur in patre & filio, idem juris est in servo & domino, *l. pro emptore, §. Celsus, & seq. ff. pro empt.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXIII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXXIII. de Legat. 2.

Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit, & ego Pamphilam emam, eaque apud me sit enixa, ratione summa responsum est, non ex lucrativa causa partum intelligi meum factum: ideoque petendum ex testamento; tanquam

quam istum emissem: ut scilic. pretii contributione facta consequar tantum, quanti puerum, deducta matris æstimatione constitisse mihi judex in causa legati datus æstimaverit.

SEQUITUR *l.* 73. *de leg.* 2. quæ datur prima ex lib. 23. *quæst.* quæ quidem pertinet ad regulam illam vulgarem: duas causas lucrativas in eandem personam, & in eandem rem concurrere non posse; causam lucrativam & causam onerosam concurrere posse, §. *si res aliena, Inst. de leg. l. omnes, & duabus sequent. de oblig. & actionib.* Causa lucrativa est, si nihil ob eam causam possessori abest: onerosa est, si quid abest: ut causa legati vel donationis est lucrativa, causa emptionis est onerosa, quia pretium abest possessori rei. Igitur si rem habere cœpi ex causa legati, eandem ex causa donationis, vel ex alia legati causa petere non possum; quia, ut dixi, duæ causæ lucrativæ in eandem speciem & eundem hominem concurrere non possunt. Sed si rem habere cœpi ex causa legati, eandem petere possum ex causa emptionis, & contra, si eam habere cœpi ex causa emptionis, eandem petere possum ex causa legati. Nunc finge: quidam mihi legavit quod ex Pamphila nasceretur, quod legatum valet, §. *ea quoque res, Inst. de legat.* Ego vero, ante quam pareret Pamphila, Pamphilam prægnantem emi, eaque apud me enixa est puerum: videor puerum habere ex causa onerosa, id est, ex causa emptionis, quia emendo mulierem prægnantem, & partum emisse videor, & ob id evicto partu mihi competit actio ex empto in id quod interest. Et ita Julianus respondit in *l. non quæcunque* 82. §. *Julianus, de legat.* 1. *l. venditor, de evictionib.* de quo Juliani responso Papinianus sensit, meo quidem judicio hoc loco, dum ait, *summa ratione responsum esse, non ex causa lucrativa partum intelligi meum factum*: verna, id est, qui domi est conceptus & natus meus est ex causa lucrativa, sed qui natus est ex ancilla, quam emi prægnantem, non intelligitur esse meus factus ex causa lucrativa, sicut verna, sed ex causa onerosa, id est, emptionis: denique comparatitius servus est, non verna. Posui me emisse ancillam prægnantem, & ita poni debet: Nam si emi vacuo utero, ac postea conceperit & peperit apud me, ut jam dixi, vernæ causa lucrativa est, & evicto eo partu mihi non competit actio ex empto in id, quod interest. Id quod interest persæpe est pretium rei emptæ, & quod rei emptione continetur atque accedit, & in omnibus causis onerosis, id quod interest non excedit, non egreditur pretium rei, *l.* 3. §. *condemnatio, de tabul. exhib. l. pen. quibus ex causis in poss. eatur, l. si vendidero, §. ult. de furt. l. si sterilis §. cum per vend.* in illo loco, *pretium tritici, de action. emp.* Idem etiam ostendit *l.* 1. *C. de his qui a non dom. manum.* maxime si in ea deleatur disjunctio, *vel*, quæ etiam exulat a Basil. & ab aliis exemplaribus, ut recte Thalelæus in legem, *nota*, inquit, *pretium rei vocari, quod mox vocatur, quanti interest.* Et etiam in eadem specie, res dicitur computari in pretium rei, *l.* 15. §. *ult. de rei vind.* & in id quod interest, *l. de eo*, §. *si post, ad exhib.* Igitur sæpe id quod interest, pretium rei, non egreditur, ut in proposito, si agatur de evictione, pretio rei emptæ accedit: quæ res emptione rei continetur, ut emptione ancillæ prægnantis continetur partus, ac proinde de eo evicto recte agitur ex empto in id quod interest, de quo non ageretur, si ancilla non prægnans empta esset. Et quod notandum, exemplo partus, distinctionem, quam in partu facimus, trahere etiam debes ad hereditatem servo vendito debitam, si evincatur: Nam si emi servum ab alio heredem institutum, & jussu meo adierit hereditatem, evicta hereditate mihi competit actio ex empto in id quod interest, id est, in pretium hereditatis, quod etiam emptioni inesse videtur: emptus est servus; empta etiam intelligitur hereditas, quæ ei servo jam delata erat, & ob id evicta hereditate agam in id quod interest, *d. l. venditor.* Sed si ponas post emptionem servi servum fuisse heredem institutum, evicta hereditate mihi non competit actio ex empto in id quod interest, quia ea hereditas est extra causam

A emptionis & venditionis, quod maxime notandum est, ne quem alioquin in fraudem impellat *d. lex venditor*, non intellecta hoc modo, & non adhibita ad eam superiori distinctione. Dixi, empta ancilla prægnante, videri etiam emptum partum, qui post editus est, & id eo agi de evictione evicto partu, de qua non egeretur, si partus non contineretur emptione. Obstat huic sententiæ *l. si prægnans de evict.* prægnans ancilla vendita est & tradita, quæ peperit apud emptorem, deinde evictus est partus. Quæritur, an venditor teneatur de evictione. Et ait, non teneri evictione sed, quod non ignoravit Accurs. *d. lex* non intelligitur de actione ex empto, quæ in ea specie evicto partu competit in id quod interest, ut diximus ante, sed intelligitur de actione ex stipulatione duplæ, quæ quandoque interponitur evictionis nomine in emptione & venditione: evicto partu, ex stipulatu agi non potest evictionis nomine. Et illam *l. si prægnans*, debere intelligi de stipulatione duplæ, ut lex, quæ eam sequitur, indicat, quæ proponit similem speciem simileque responsum, & in stipulatione duplæ nominatim. Vacca empta est, quæ jam erat fœta & gravida: natus est vitulus apud emptorem, ait, evicto vitulo, non posse agi ex stipulatione duplæ, quia neque vacca evicta est, inquit, quæ principaliter in stipulationem venit, neque ususfructus vaccæ: Nam vitulus est quidem in fructu, sicut agnus & hœdus in pecudum fructu: vitulus est fructus vaccæ, non ususfructus: Nam fructus est nomen ambiguum: vel enim significat corpus ipsum fructuum, vel jus utendi fruendi: specialiter namque ususfructus sæpe dicitur fructus: frumentum, vinum, oleum, est fructus fundi,

C non est fructus, id est, non est jus, non est ususfructus. Si evinceretur ususfructus vaccæ, committeretur stipulatio duplæ: cum evincitur vitulus, non evincitur ususfructus; & ideo cessat actio ex stipulatu in duplum, sed non cessat actio ex empto in simplum in id quod interest. Et ita sane multæ sunt leges in illo tit. *de evictionibus* & multæ quæstiones, quæ facta distinctione harum actionum nihil inter se discrepant, quod demonstrabo breviter quibusdam exemplis: si res vendita & tradita minor, aut deterior, aut melior effecta sit, deinde sit evicta: in *l. ex mille* 64. *ff. de eviction.* scriptum est neque minui obligationem evictionis, neque augeri, & ita esse ait jure, id est stricto jure, ipso jure: qua de causa lex illa accipienda est de actione stricta ex stipulatione duplæ, ut non minuatur obligatio re deminuta, non augeatur re

D aucta: alioquin obstaret valde lex *si cum vend.* §. *ult. & l. evicta re, eodem*, cum quibus congruit lex *Titius* §. *ult. & l.* 16. *de action. emp.* ut, si quantitas evictionis minuatur deminuta re vendita, augeatur aucta re vendita, quod est verissimum in actione ex empto, non in actione ex stipulatu. Et ita etiam ut constat ex lege *bonitatis, eod. tit. de eviction.* adhibita interpretatione Accursii, fundo vendito & evicta parte, certa fit æstimatio bonitatis ejus partis, quæ fuit venditionis tempore, quod congruit cum superiore differentia, in actione ex stipulatu. Nam in actione ex empto fit accessio bonitatis, quæ fuit evictionis tempore. Eadem differentia servatur in specie legis *nave, eod. tit.* Nave vendita & evictis tabulis quibusdam, evictis transtris, & similibus, an potest agi de evictione quasi parte evicta? minime: quia tabulæ non sunt

E pars navis: remi non sunt pars navis: transtra, antennæ non sunt pars navis, nec nave empta, emptæ videntur tabulæ. Idemque procedit domo empta, si evincantur cæmenta, vel columnæ, vel tigna quædam: quia hæc non intelliguntur esse empta, nec sunt pars domus emptæ: partes domus sunt duæ tantum, solum & superficies. Et ita est proditum in d. l. *nave.* Sed id est intelligendum de actione ex stipulatu, ut cesset evictis tabulis, tignis, evicta columna: Nam actio ex empto non cessat, *l. eum qui, de usurp. & usucap.* Nondum exposuimus quod ait lex *si prægnans:* Si prægnans ancilla venierit, evicto partu venditor non tenetur de evictione, ex stipulatu scilicet. Cur ita? quia partus venditus non est. Hoc non pugnat cum eo quod diximus, eum, qui mercatur mulierem prægnantem, &

par-

partum mercari, sive emere videri: nam aliud est, esse, aliud, videre. Actio ex stipulatu de evictione est stricta: si strictum jus spectes, partus non est venditus, sed ancilla prægnans, & ob id evicto partu non committitur stipulatio, quia partus non est venditus, sed quin intelligatur non esse venditus, hoc nunquam dixi. Imo intelligitur esse venditus, & hac ratione venit in actionem ex empto: in actionem ex empto non venit quod non est emptum, vel consequenter, vel accessorie. Partus sane est potius accessio ancillæ venditæ: & ideo si strictum jus accipias, sane partus non est venditus, sed accessio venditæ ancillæ: sicut in *l. 4. de penu. leg.* dicitur, penu legata vasa penuaria non esse legata, nec tamen ideo minus dicam intelligi esse legata, sive strictius re accepta, sane vasa non sunt legata, sed sunt accessiones potius penus legatæ. Et ita partus ancillæ, quæ veniit prægnans, est potius accessio ancillæ, & accessionum nomine, si evincantur, competit semper actio ex empto, *l. evicta re vendita, de evict.* non actio ex stipulatione duplæ, *l. ex empto, §. si quis rem vendiderit, de act. emp.* Nunc facile erit claudere & absolvere speciem simul ac definitionem propositam in hac lege: *Titius mihi legavit quod nasceretur ex ancilla: emi ancillam prægnantem, ea si pepererit apud me, at deinde evictus mihi est partus, an agam actione ex testamento legati nomine, ut mihi præstetur partus: nam partum jam habeo?* Ait, agi posse. Ergo partum non habeo ex causa lucrativa, quasi vernam, sed ex causa emptionis, quia fuit accessio matris jure comparatæ, matris emptæ. Ergo etsi ipse partus emptus non sit, tamen accessionis jure emptus esse intelligitur, sicut ancilla quam precario quis rogavit, *l. 10. de precar.* Ergo partum habere cœpi ex causa emptionis, non ex causa lucrativa. Nunc igitur mihi licebit eum consequi ex causa lucrativa: nam hic nullus est concursus duorum lucrorum. Proinde agam cum herede, ut mihi præstet pretium partus, & judex datus legati causa deducet in contributionem, id est, in computationem pretii utriusque matris & partus, & deducto pretio matris, condemnabit mihi heredem in pretium partus. Notandum est, quod ait, *de judice dato in causa legati*: dabatur judex in causa legati, non in causa fideicommissi. De fideicommissis cognoscebat magistratus extra ordinem, id est, prætor fideicommissarius: de legato jure ordinario dabatur judex specialis: fideicommissa sunt extraordinarii juris, *l. pecunia, §. 1. de verb. sig.* Qua de causa fideicommissa proprie dominium non transferunt, sed possessionem, quam tamen prætor tuetur pro dominio, *l. qui usumfructum, si ususfr. petat. l. si quis usumfructum, de usuf. l. 42. de usur.* Non dabatur ergo judex vel arbiter in causa fideicommissi. Et arbiter alter accipitur in *l. 2. C. de usur. & fr. rei leg.* pro eo qui dandus est probandis fidejussoribus datis a fideicommissario, & aliter arbiter accipitur pro eo, qui exequitur restitutionem fideicommissi, quam prætor fieri jussit, ut in *l. si quando, §. ult. de leg. 1. l. Stichus 12. de leg. 3. l. pen. de confess.*

Ad L. Peregre XLIV. de adquir. vel amit. possess.

Peregre profecturus pecuniam in terra custodiæ causa condiderat: cum reversus locum thesauri in memoria non repeteret, an desiisset pecuniam possidere, vel si postea cognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quæsitum est. Dixi quoniam custodiæ causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei qui condidisset non videri peremtum, nec infirmitatem memoriæ damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros, per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. Et nihil interest pecuniam in meo, an in alieno condidissem, cum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. Itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum supra terram, an infra terram possideam, nihil intersit.

Sequitur ut exponamus quæstionem legis *peregre, de adquir. poss.* tit. est, *de acquir. vel amit. possess.* hæc lex pertinet ad posteriorem partem, de *amit. poss.* an amisi *possessionem thesauri, si immemor sum loci, quo illum defodi*. Hæc est quæstio legis. Thesaurus proprie dicitur, vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, ut jam dominum vel possessorem habeat nullum: quod est notissimum omnib. ex *l. nunquam, §. 1. de adq. rer. dom.* vel ut Cassiodorus definit *6. variarum. Thesaurus, est depositiva pecunia, quæ longa vetustate competentes dominos amisit*, & brevius Græci: *ἡ ἀμνημόνευτος τῶν χρημάτων ἐπίθεσις, immemorialis pecuniæ depositio.* Et hujus thesauri dominium aut possessio nullius est, sed potest adquiri, & plerunque adquiritur ei, qui eum invenerit: dominium adquirit qui invenerit, possessionem jure gentium adquirit, & quasi divino munere, ut ait *l. 1. C. de thesaur. lib. 10.* fortunæ dono, ut ait *l. si is qui, de adquir. rer. dom.* Secundum Stoicos, qui & Deum dixere *fortunam*, & casum fortuitum, *vim divinam*, a quibus nostri auctores imbuti sunt. Sed hoc loco non ita thesaurum accipimus. Hoc loco thesaurus dicitur improprie, pecunia a domino præsidii vel custodiæ gratia seposita & recondita, cujus idem manet dominus, & possessor, qui condidit, adeo ut ea subrepta ei competat actio furti, aut vi bonorum raptorum, & condictio furtiva, & rei vindicatio, & actio ad exhibendum, *d. l. nunquam, & l. thesaurus, in fi. ad exhib.* Nec quicquam interest in suo quis suam pecuniam condiderit, an in alieno: Nam etsi in alieno loco condiderit, ejus dominium retinet & possessionem. Et ita thesaurus accipiebatur in comœdia Luscii, in qua quasi Jurisconsultus aut juris non ignarus Terentius eum merito reprehendit, quod induxerit possessorem causam dicere, quare suus sit thesaurus, quem dicebat a se defossum per tumultum hostilem, prius quam petitorem, sc. qui dicebat se esse heredem ejus, qui thesaurum defoderat. Nam ordo juris est, ut causam dicat petitor priusquam possessor, & ut possessori non detur actio in rem, nisi de servitutib. *§. æque, de actionib.* Et ille inducebat prius causam agere possessorem quam petitorem, cum possessori nulla competat actio in rem. Sed hoc omittamus. Quæritur in hac l. an ejus thesauri possessor esse desinat, qui custodit, si peregre profecturus condiderit, & reversus locum, quo condidit, memoria non repetat, non recognoscat? Utitur Papinianus verbo, *immemoriæ*, quod vix invenimus apud alios auctores, sed ut *immemorem*, cur non & *immemoriam*, ut Græci *ἀμνημονίαν*. Et rursus quæritur, an si postea locum agnoverit, denuo amissam possessionem recipiat? Si priori quæstione finita & hæc finietur simul: Hanc vero ita finit Papinianus, ut sentiat eum non amisisse possessionem suæ pecuniæ, etiamsi locum, quo eam condidit, non recognoscat: imbecillitatem memoriæ non adferre damnum possessioni. Et utitur comparatione servi: Nam etsi per momenta servum meum non video, quod & de animali quolibet dici potest, & nescio ubi sit, tamen non amitto ejus possessionem: ita thesaurum meum, aurum meum, sive id sit in meo, sive in alio loco, sive supra terram, sive infra terram, in superficie terræ, in imis aut perimis, dum id non video, aut non recordor plane quo loco illud reliquerim, non desino possidere. Excipitur tamen unus casus, si alius eum thesaurum effoderit & invaserit: invasio enim mihi aufert possessionem. Invasio exigitur, id est, occupatio & contrectatio, alterius incubatio. Finge: In alieno solo pecuniam meam condidi: hoc enim si sciat dominus soli, non ideo ipse incipit, non ego desino possidere: scientia illa non fecit eum possessorem: sed si eam pecuniam loco moverit, attrectaverit, & sibi habere cœperit, tum ipse eam incipit possidere, ego possessionem amitto, *l. 3. §. Neratius, hoc tit. l. thesaurus, ad exhib.* si eam non loco moverit, etiamsi sciat locum, quo est condita, non est ea pecunia sub custodia ejus, ergo non possidetur ab eo. Et enim certissima juris definitio: *Res mobiles eatenus possideri, quatenus sub custodia nostra sunt, quatenus eas*

appre-

apprehendere poſſumus, ut ecce pecus meum, quod aberravit, deſino poſſidere, *d. l.3. §.Nerva, hoc tit.* licet non deſinam eſſe dominus, bovis aberrantis deſino eſſe poſſeſſor, non deſino eſſe dominus *l.1.§.abigei, de abigeis*, & bovis ejus furtum fit, ſi quis eum intercipiat aberrantem. Et ſimiliter feras beſtias, quæ ſunt in ſylva mea deſino poſſidere, quoniam ſunt in naturali libertate, nec aliter eas poſſidere intelligor, quam ſi incluſerim vivariis, *en un parc*, eas autem, quæ vagantur in ſylvis noſtris, non poſſidemus, quamquam earum domini ſimus: ſic etiam piſces, quos in piſcina colligimus, hos poſſidemus, qui ſunt in ſtagno noſtro, hos non poſſidemus, licet domini ſimus, *d. l.3. §.item feras*. Et ita lapidem aut vas noſtrum, quod ita excidit aut demerſum eſt in mare aut in flumen ut non inveniatur, deſinimus poſſidere, non deſinimus eſſe domini, *l. Pomponius refert, in princ. hoc tit.* Et generaliter rem mobilem quam ita perdidimus, ut ignoremus ubi ſit, deſinimus poſſidere, *l.ſi id quod, in princ.h.tit.* quia non eſt ſub cuſtodia noſtra: diſſimiliter atque ſi ſit ſub cuſtodia noſtra, ſi cuſtodia noſtra cuſtodiatur, ſi ſit in præſentia noſtra, ſi non abſit a nobis, ſi cuſtodiæ nomine ſubjecta ſit, licet non ſit inventu facilis: hanc enim rem non deſinimus poſſidere, niſi ab alio poſſideri cœperit. Illa autem eſt extra cuſtodiam noſtram, deſinimus poſſidere, licet ab alio poſſideri non cœperit, *d. §.Nerva*. His conſequens eſt: theſaurum non deſinimus poſſidere, licet locum fundi ignoremus, quo defoſſus eſt, cum ſi diligenter inquiratur, inveniri poſſit, etiamſi locum fundi ignoremus, id eſt, non recognoſcamus: Scimus enim eſſe a nobis, vel ab eo, cui heredes exſtitimus, defoſſum in illo fundo, ſed locum neſcimus, vel recognoſcimus. Nec tamen propterea eſt inventu difficilis vel impoſſibilis: diligens inquiſitio inveniet theſaurum. Alioquin non poſſideretur, ſi eſſet inventu difficilis aut impoſſibilis: Et ita quidem proponitur in hoc loco. Definitio illa quam tradidi, eſt de rebus mobilibus, *res mobiles eatenus poſſideri, quatenus ſub cuſtodia noſtra ſunt*. Et in cuſtodia noſtra videtur eſſe theſaurus, quem defodimus in fundo noſtro, licet primum non memineris, quia ſi diligentiam adhibueris, invenies locum. Rerum mobilium appellatione continentur etiam moventes, quæ per ſe moventur, ut bruta & homines, ſicut e contra moventium appellatione continentur etiam mobiles, quæ motus principium ſumunt extrinſecus, *l.moventium, de verbor.ſignificat.* Igitur & definitio pertinet etiam ad ſemoventia. Non quidem ad omnia: Nam excipiuntur ab ea definitione homines, quia etiamſi ſervi non ſint ſub cuſtodia noſtra, etiamſi eorum cuſtodiam neglexerimus & omiſerimus, a nobis poſſidentur: imo & fugitivi ſervi a nobis poſſidentur, dummodo alius eos non apprehenderit, vel ipſi non gerant ſe pro liberis parati ſubire liberale judicium. Cur excipiuntur ſervi? quia ſcilicet, hi quorum cuſtodiam negleximus animum habent ad nos revertendi, *l.ſi rem mobilem 47.hoc tit.* Ex propoſito hominis poſſeſſi poſſeſſio domino conſervatur. Fugitivos quoque poſſideri utilitatis ratio poſtulat, qui non habent animum revertendi, ne ſit in poteſtate ſervorum fugiendo dominis intervertere poſſeſſionem ſui, qui nec alterius rei poſſeſſionem ſui domino ſubvertere poſſunt, *l.rem quæ, l.Pomponius, in princ. hoc tit. l.non ſolum, §. ſi rem pignori, tit. ſeq.* Denique ut eſt in *d.l.ſi rem*, illa definitio juris tantum locum habet in his, quæ ratione vel anima carent. Ratione, ut pecus, anima, ut vas: Quæ anima carent, & ratione carent: ſed contra, quæ ratione carent, non continuo ſunt corpora exanima. Et ob id *d.l.ſi rem*, ait, ratione vel anima: ſed velim etiam ab illa regula excipi animalia quædam, quæ ratione vacant, ea ſcilicet, quæ ex conſuetudine abire a nobis & redire ſolent, ut gallinas vel anſeres, vel, ſi & hæc ſunt tanti, paſſeres, vel cardueles manſuetos factos, & columbas, & apes, & cervos quoque manſuefactos: Nam etiamſi per momenta quædam exeant cuſtodia noſtra & avolent, nihilominus a nobis poſſidentur, retineturque non tantum eorum dominium, ſed & poſſeſſio quandiu habent animum revertendi, *d.l.3. §.item feras, hoc tit.* Et ut hominis, ita & eorum animantium propoſito revertendi poſſeſſio conſervatur domino. Denique propoſito rei poſſeſſæ, quæ propoſiti eſt capax, poſſeſſio domino conſervatur, nedum propoſito domini. Sed hoc proprium eſt in hominibus; ut & hi non deſinant a nobis poſſideri, licet non habeant animum revertendi, ut fugitivi quos veteres dixere *cervos a celeritate*, ut Feſtus ſcribit, cum tamen cetera quæcunque animalia deſinant a nobis poſſideri, ſi amiſerint animum revertendi, id eſt, ſi deſierint reverti. Et hæc tantum ad hanc quæſtionem erant adnotanda.

Ad §. quæſitum.

Quæſitum eſt, cur ex peculii cauſa per ſervum ignorantibus poſſeſſio quæreretur? Dixi, utilitatis cauſa jure ſingulari receptum, ne cogerentur domini per momenta ſpecies & cauſas peculiorum inquirere: nec tamen eo pertinere ſpeciem iſtam, ut animo videatur adquiri poſſeſſio: Nam ſi non ex cauſa peculiari quæratur aliquid, ſcientiam quidem domini eſſe neceſſariam, ſed corpore ſervi quæri poſſeſſionem.

SUperiori recitatione explicavi quæſtionem primam *legis peregre, de acquir. poſſ.* Ex qua intelleximus, *poſſeſſionem rei non amitti propter infirmitatem memoriæ*, puta ſi memoria non teneam locum, quo rem aliquam poſuerim, modo ſi quo in prædio, qua in domo, vel quo in fundo eam poſuerim, non ignorem, & eam non invaſerit alius: ignorantiam loci ſolius rei, non auferre poſſeſſionem rei. Quod ſi ignorem penitus ubi ſit, id eſt, ſi neque locum ſcio, neque prædium, amitto poſſeſſionem, in quo ea res locum occupat quendam, *l.ſi id quod, in prin. hoc tit.* Item ſi poſſeſſionem ejus rei alius invaſerit, tametſi hoc ignorem, etiam amitto poſſeſſionem rei mobilis, *l.ſi rem, in fi. hoc tit.* Quod & in re immobili procedit, ſi quam poſſidebam per ſervum vel colonum, deſertam ab eo & proditam alius invaſerit me ignorante, ut in *§. ult. hoc tit.* Denique his caſibus ignoranti poſſeſſio tollitur, nec ſolo animo retinetur. Regulariter ignorans non amittit poſſeſſionem, & regulariter quoque ignorans non adquirit poſſeſſionem, præterquam uno caſu, qui explicatur in *§. quæſitum, h. l.* Quem nunc explicare aggredior, videlicet, ſi quid ſervus meus, cui peculium conceſſi, ex cauſa peculiari, & nomine peculiari, paravit & tenet me ignorante. Ejus enim rei poſſeſſio mihi etiam ignoranti adquiritur. Hoc jus Papinianus ait in hoc §. eſſe jus ſingulare, quia ſcilicet, eſt contrarium regulis juris: Regulariter enim ſcienti adquiritur poſſeſſio. In ea enim adquirenda non tantum corpus exigitur, quo rei incumbamus & inſiſtamus, ſed etiam exigitur animus, id eſt affectio, ſeu voluntas, *l.ea quæ, tit. prox.* & ut Græci loquuntur in *h.tit.* λογισμὸς, διάθεσις, προαίρεσις. Ignorans autem non poteſt habere animum poſſidendi: ergo ignoranti regulariter non adquiritur poſſeſſio, & multo minus procedit aut competit uſucapio: facilius enim poſſeſſio competit quam uſucapio. Exempli gratia: per procuratorem meum etiam ignorans poſſeſſionem adquiro, non tamen ejus rei, quam poſſideo ignorans per procuratorem uſucapio mihi competit, *l.poſſeſſio quoque, §.ult. hoc tit.* Cui igitur aut per quem poſſeſſio non adquiritur, ei multo minus datur occaſio uſucapionis. Ideo autem per procuratorem meum mihi ignoranti adquiritur poſſeſſio: cui ſcilicet mandavi, ut rem emeret mihi & acciperet, quia ſciens, animo meo videor poſſidere, quod procurator meus mandatu meo tenet meo nomine, licet ignorem, quo tempore id tenere cœperit. Hæc ignorantia adquiſitioni poſſeſſionis nihil obeſt, & videor nihilominus ſciens, ſciente animo nanciſci poſſeſſionem per procuratorem. Mandatum pro ſcientia eſt. Id autem jus quod diximus, ut ex cauſa peculiari per ſervum ignoranti adquiratur poſſeſſio, *jus ſingulare eſt*, ut ait Papinianus, non tam, quod ignorans poſſideat eam rem, quam ſervus peculiariter tenet: nam & ignorantes poſſidemus

per

per procuratorem: ſed hoc jus ſingulare eſt in rebus peculiarib. non tam , quod ignorans dominus poſſideat, quam quod uſucapiat etiam ignorans . Quod non ita eſt in procuratore & domino, *l. Labeo, tit. ſeq. l. pro emptore*, §. *Celſus., pro empt. l. pen. de captiv. & poſtlim. reverſ.* Et inde rectiſſime *lex ſi emptam rem, de uſurpat.* ut ignorantes uſucapiamus in peculiaribus tantum rebus eſſe receptum ; quod fit non tantum per ſervum, ſed etiam per filiumfamil. qui peculiari nomine rem nanciſcitur alienam, *l.* 1. §. *item adquirimus, hoc tit. l. ſi ſervo, tit. ſeq.* Ex eo jure ſingulari, ut ignorantes per ſervum aut filium ex cauſa peculii poſſideamus & uſucapiamus, multa ſequuntur. Sequitur ex eo primum, ut infantes & furioſi per ſervum aut filiumfamilias poſſideant & uſucapiant ex cauſa peculiari : hi enim ſunt ignorantium loco. Et generaliter, quibus ex cauſis ignorantes adquirunt, & furioſi adquirunt, infanteſque & pupilli, §. *ſui autem, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt.* Infanti, de quo ſcribit *d.* §. *item adquirimus*, adjungo etiam pupillum majorem infante: Nam & is ignorantis loco eſt, & fere plerunque, non tamen ſemper, licet infanti adjungere pupillum, id eſt, omnem ætatem pupillarem, ut *in* §. *teſtam. Inſtit. de hered. qual.* infanti Theop. recte adjungit pupillum. Item ex eo jure ſingulari ſequitur, ut ſi ſervus hereditarius (dicitur autem hereditarius quandiu jacet hereditas, & nec dum ullus extitit heres:) ſi is, inquam, peculiari nomine rem aliquam poſſidere cœperit, ut uſucapio pertineat ad heredem qui poſtea adierit, quia etiam ignoranti procedit. Qua de re tractabitur hoc eodem lib. ad *l. juſto*, §. *nondum, tit. ſeq.* Item ex eo ſequitur, ut ad eum, qui captus eſt ab hoſtibus, uſucapio pertineat eorum, quæ ſervus poſt captivitatem peculii nomine comprehenderit. Qua de re tractabitur in *d. l. juſto*, §. *ult.* Intelligimus quale ſit jus illud ſingulare, & quæ ex illo ſequantur. Videamus quæ ſit hujus juris ratio. Cur per ſervum ignorantes adquirimus poſſeſſionem ejus rei, quam peculii nomine paravit & tenet? Et ratio hæc redditur in *d. l.* 1. §. *item adquirimus*, quod noſtra voluntate intelligatur ſervus poſſidere, cum ei peculium permiſerimus : quod etiam infans permittere videtur, ſi a patre ejus vel tutore ſervo permiſſum fuerit. Igitur & in infante domino ea ratio locum habet, & in furioſo, ſane ſi peculium permiſerit, antequam furere cœpit. Sed in procuratore eadem ratio locum non habet, qui rem tenet noſtro nomine, quia ei non permiſimus patrimonium, ſicut ſervo permittimus peculium, ſed procuratori permiſimus adminiſtrationem tantum & geſtionem. Atque ideo noſtra voluntate intelligitur uſucapere, & non intelligitur poſſidere, quod ad uſucapionis cauſam attinet, niſi ſciamus eam rem accepiſſe, & tenere noſtro nomine. Idem dici poteſt de ratione, quam attulit Papin. in *h. l.* §. *quæſitum*, quem ſic inchoat, ut quærat rationem juris ſingularis. Et ait (quæ ratio eandem vim habet, quam ſuperior) utilitatis cauſa eſſe receptum, ut in rebus peculiaribus ſervorum, aut filiorum noſtrorum ignorantes poſſideamus, atque etiam uſucapiamus: loquitur de poſſeſſione effectrice uſucapionis, non de poſſeſſione inani, quæ non præbet occaſionem uſucapionis: utilitatis, inquam, cauſa hoc eſſe receptum, ne alioquin per ſingula momenta cogamus ſciſcitari & inquirere ſpecies & cauſas peculiorum: ſpecies, id eſt, res, corpora, jura, quæ ſunt in peculio, cauſas, id eſt, titulos quibus tenentur, puta emptionis titulo, an legati, an donationis, an permutationis, quæ perquiſitio eſſet perquam moleſta dominis & negotioſa: ideoque utilitas civium poſtulat, ne iſta perquiſitione onerentur domini, qui peculium ſervis conceſſerunt, atque adeo ut omiſſa hujuſmodi inquiſitione eis etiam ignaris rerum peculiarium procedat tum poſſeſſio, tum uſucapio. Hæc ratio locum non habet in procuratore. Videamus cur non poſſit hæc ratio aptari ad procuratorem: quia cum minus permittatur procuratori, cui alieni tantum negotii adminiſtratio mandatur, quam ſervo, cui peculium conceditur quaſi proprium ipſius

A ſervi patrimonium, adeo ut ſervus ſervi, qui eſt in peculio id eſt, ſervi vicarii dicatur dominus, ac ſimiliter dominus totius peculii ſibi conceſſi: & per hanc rationem finita ſit poteſtas procuratoris, ſervi peculiaris determinata & finita non ſit, quod ſit dominus, circa procuratoris geſta admodum per ſingula momenta curioſus & diligens, quod tamen non eſt neceſſe, ſi ſervo permiſerit peculium quaſi patrimonium, quæ permiſſio plenior eſt mandato, ſive procuratione. Id, inquam, eſt neceſſe, ut diligenter inquirat quid ſervus in peculio gerat, qua ratione rem peculiarem augeat vel minuat, ac denique tractet, niſi ſc. admiſerimus, etiam ignoranti poſſeſſionem per eum ſervum acquiſitam præbere occaſionem uſucapionis, quod utilitatis ratio poſtulat, id eſt utilitas ſervorum ſingulorum, ut per eos res ſuas expediant quos habent in po- B teſtate, nec deſtringantur inquiſitione aſſidui peculii, ſicut ratio quoque utilitatis poſtulat, & hoc indulſit, ut per procuratorem nobis etiam ignorantibus, quo tempore rem accepiſſent, ſaltem poſſeſſio competat, licet non uſucapio, *l. 3. C. de acq. poſ.* Nunc quod maxime notandum eſt ex hoc jure ſingulari, quod jam ſatis expoſui, poſſet quis forte argumentari in hunc modum: ſi jus ſingulare hoc eſt, ut ex cauſa peculiari per ſervum ignoranti poſſeſſio adquiratur, id eſt, ut ex ea cauſa ſine animo noſtro poſſeſſio nobis adquiratur: Ergo jus commune hoc eſt, ut animo adquiratur poſſeſſio, quod eſt falſum. Nec enim animus ſufficit, ſed & corpus exigitur, id eſt, apprehenſio rei, nec animus ſufficit per ſe, nec corpus per ſe, *l.* 1. *in princ. l. quemadmodum h. t. l. licet*, *C. eod.* Huic objectioni elegantiſſime reſpondet Papin. in hoc §. C & ait, id non eſſe verum, extra cauſam peculiarem, extra hunc caſum ſingularem, ſane ſi quid ſervus tenet extra cauſam peculiarem, puta nomine domini, non nomine peculii, quia nec forte peculium habet, aut ſi habet, id nomine domini tenet, domino poſſeſſio non adquiritur ſolo animo domini, poſtquam ſcivit rem ſervo fuiſſe traditam, ſed & corpore ſervi. Sciendum enim eſt nos non adquirere poſſeſſionem animo alieno, niſi ex cauſa peculiari, corpore autem nos adquirere poſſeſſionem quacunque ex cauſa, tam noſtro, quam alieno, ut corpore ſervi, & filiifamilias, coloni, inquilini, procuratoris, *l. quod meo*, *l.* 3. §. *ſaltus, hoc tit.* Et Paulus 5. *Senten. tit.* 2. ceterum animo tantum noſtro adquirimus poſſeſſionem. Et recte Papinianus ait, *neceſſariam eſſe ſcientiam domini, ut poſſeſſio adquiratur domino per ſervum, qui rem nomine domini tenet* D *non peculiari*: quia etſi corpore ſervi poteſt dominus acquirere poſſeſſionem, non poteſt etiam animo ſervi acquirere poſſeſſionem niſi ex cauſa peculiari. Hæc eſt certiſſima definitio. Neque ei obſtat *l. nunquam*, §. *ſi ſervus, de uſurp. & uſucap.* dum ait dominum ignorantem poſſidere per ſervum quicquid nomine domini poſſidet, ac ſi poſſeſſionem acquirat ut corpore, ita animo ſervi, abſque animo domini ſive ſcientia. Sed ille §. omnino intelligendus eſt de illo ſervo, qui rem tenet nomine domini, ex juſſu domini, quando dominus juſſit ſervum eam accipere ab extraneo, hanc enim rem utique dominus intelligitur poſſidere animo ſuo, ſicut & rem quam procurator tenet, quia mandato ejus eam tenet. Et hæc eſt differentia ultima inter dominium & poſſeſſionem. Dominium ignoranti domino acquiritur per ſervum, *l. etiam invitis,* E *tit. præced.* Poſſeſsio & ſcienti & volenti per ſervum acquiritur, *d. l. ea, quæ tit. præced.* niſi juſſerit aut mandaverit: & huic quem juſsit aut mandavit, poſſeſsio tantum competit, non uſucapio, niſi ex cauſa peculiari, ex qua & poſſeſsio ignoranti procedit & uſucapio, quia plenior eſt permiſsio peculii, quod attigi jam ſupra, quam juſſum aut mandatum. Ad ſummam igitur, poſſeſsio nuda procedit, non uſucapio: ita fit, ut quod poſsideo, non intelligar poſsidere, quod ad uſucapionem attinet, ſicut e contrario fit nonnunquam, ut debitor, qui pignus non poſsidet, quod tradidit creditori, intelligatur poſsidere, quod ad illam tantum cauſam, id eſt quod ad uſucapionem attinet, *l. ſervi nomine, tit. ſeq. & l.* 1. §. *per ſervum corporaliter, h. t.* Hæc eſt vera ſententia h. §. *quæſitum*.

Ad

Ad §. Quibus explicitis, & L.XLV. eod.

Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quæratur, multum interesse dicam, per nosmetipsos, an per alios possideremus: nam ejus quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus ne possideremus. Ejus vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus, §. ult. Illa quoque possessionis amittendæ separatio est: nam saltus hybernos & æstivos, quorum possessio retinetur animo.

L. XLV. *Licet neque servum neque colonum ibi habeamus.*

NE sensus sit inanis, uno tenore & spiritu legenda est lex sequens, quæ est ejusdem Papin. ex 2. *definit.* conjungenda huic §. verba sunt, *licet neque servum neque colonum ibi habeamus.* Quod initio h. legis memini me dicere, eam totam pertinere ad illam partem tituli, quæ est de amittenda possessione, id non muto, etiamsi in §. præced. Papin. tractaverit tantum de adquirenda possessione: Nam hoc ideo fecit, ut collata ratione acquirendæ, cum ratione amittendæ possessionis, apparet separatas & diversas esse rationes, idque his verbis a quibus incipit, qui sequitur §. *ult.* satis ostendit, *quibus explicitis,&c.* demonstrata sc. ratione adquirendæ possessionis, videndum esse ait, an eadem sit ratio amittendæ ejus qui fuit præcipuus finis Papin. & ait, quibus *explicitis*, ut in *l.5.de præscr. verb.explicitus est articulus ille do ut des*: & *l. 1. ad Treb. explicito tractatu,&c.* Et male a quibusdam rejicitur verbum *explicit*, quod solet annotari in fine *librorum*. D. Hieron. in epist.ad Marcell. *Solemus nos*, inquit, *completis opusculis ad distin. alterius sequentis operis medium interponere, explicit, aut feliciter, aut aliud ejusmodi.* Porro explicitum illud jam est, *possessionem nobis adquiri animo & corpore, non animo solo, non corpore solo.* Neque verum est, quod Labeo dicebat, *quarundam rerum nos possessionem acquirere animo solo, l.quarundam, h.t.* Nulla enim res est, cujus possessionem possis adipisci, nisi concurrat corpus & animus .i. apprehensio rei & affectio possidendæ rei, sed acquiritur quidem possessio animo tantum nostro, & corpore nostro, vel alieno. Ex causa peculiari solo etiam animo alieno: nam animo meo non possideo, quod servus acquisivit ex causa peculiari, etiamsi peculii ei potestatem permiserim, si nescio rem, quam adquisivit, aut causam ex qua adquisivit: si ei specialiter jussissem, aut mandassem rem emi & accipi, videor post traditionem ei factam eam possidere animo meo, etiamsi tempus ignoraverim, quo emisset & accepisset, quia specialiter de certa re jussi sive mandavi. At quoties generaliter periculum permisi servo, si nescio ex causa peculii, quam rem acquisierit servus, eam non possideo animo meo, sed receptum est ex hac causa, ut eam intelligar possidere animo alieno, puta servi, vel filiifam. ut ait *l.3.§.servus, h.t.* Et nunc videndum est an etiam in amittenda possessione hoc requiratur, ut sc. animo & corpore discedam possessione rei. Et sane Paulus videtur nullam differentiam constituere hac in re inter acquisitionem & amissionem possessionis, *l.quemadmodum h.t.* Nam inquit Paulus, *quemadmodum nulla possessio acquiri potest nisi animo & corpore, ita nulla amittitur*, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Ergo & in amittenda possessione utrumque exigitur. Sed non defuere stulti, qui existimantes id esse incredibile, aut prorsus falsum, ei legi præscripserunt negationem hoc modo, *non quemadmodum*, qui sunt solo silentio & contemptu digni. Sed hæc res liquido ita explicari potest. Ea definitio legis *quemadmodum*, plerunque reperitur falsa, nisi temperetur verbo *fere*, quod etiam huic definitioni addidisse constat Paulum ex *l.fere, de reg.jur. c'est a dire le plus souvent, ou presque le plus souvent*: sententia igitur hæc sit, ut *fere quemadmodum, &c.* Possessio non acquiritur nisi animo & corpore, ita non amittitur nisi animo & corpore. Hoc est verum *fere*, non *perpetuo*, non *semper*, non *usquequaque*. Primum enim ut possessio non acquiritur corpore, nisi accedat etiam animus acquirendæ ejus, ita sane non amittitur corpore, puta, *si fundo discedam nullo relicto in possessione*, nisi & animus meus possessione recedat, nisi deserendæ possessonis animus mihi fuerit, nisi ea mente, ut ait *§.ult. hujus leg.* inde digrediar, ut id non possideam, alioquin solo animo retineo possessionem. Et ita rectissime eam definitionem accipiunt *Bulgarus, Placentinus, & Joannes, & Græci interpretes uno consensu.* Et idem omnino dicendum est, *si possideam corpore alieno, puta coloni*: Nam si colonus decesserit fundo, id est, si deseruerit fundum, vel si vita decesserit, ego non desino possidere, quamdiu ejus possessionis retinendæ animum habeo, & eum alius non invaserit: nam invasio alterius facit ut abeat mihi animus possidendi. Quid est possidere animo? an quodcunque animo complexus fuerit, imaginatus fueris, possidere? Minime, alioquin quid quis non possideret? Sed animo possidere, est id possidere animo nostro, sive affectione, cui possidendo nihil impedimento est: Nam si alius invasit possessionem, quæ fuit mea, non possum animo non deponere animum possidendi, qui cerno alium possidentem. Ergo si colonus, cujus corpore possidebam, fundo digressus fuerit ea mente, ut non possideret amplius, ego non amitto eam possessionem, si ejus retinendæ animum habeam, & si invasio alterius eum mihi animum non eripuit, quod est secundum Proculianos, quorum sententia constit. Justiniani comprobata est, *l.cum quis, de dolo, l.ult. C.de acq. poss.* Sabinianorum aliud erat judicium, ut ostendi ad Africanum ex *l.si de eo, §.1. & l.colonus, hoc t.* illud valde notandum est, quod si possessionem desertam a colono, quam corpore coloni possidebam, alius invaserit, etiam ignorans amitto possessionem, quam corpore alieno possidebam: solo igitur corpore amitto quod possidebam, quia nondum deposui animum possidendi, qui sum ignorans invasionis, quod ostendit *§.ult.hac l.& l.1. §. quod servus, de vi & vi arm.* Hoc casu igitur solo corpore nunquam acquiro, item solo corpore amitto possessionem, ignorans scilicet, rei mobilis si rem deposui apud alium, vel commodavi alii, & is constituerit possidere sibi, nec mihi reddere, confestim amitto possessionem, etiam ignorans, quia desinit esse sub custodia mea, interversa possessione ab alio, *l.si rem hoc t.* Item ut appareat magis quantum distet amissio possessionis ab adquisitione, non certis casibus tantum, sed generaliter possessio amittitur solo animo: ut si quid possideo meo animo & corpore, & nunc nolo possidere mihi, sed forsan alii, desino possidere, etiamsi corpus meum fundo non abscedat, *l.3.§.in amittenda, hoc t.* Et hæc est altera differentia inter dominium & possessionem. Ante attuli aliam, quia dominium non amittitur solo animo, ut si dicam, me nolle rem meam esse, non ideo desino esse dominus, nisi tradam alteri, *l.si quis vi, §.1. h. t. l. jus agnationis, de pact.* Possessio amittitur solo animo semper, quæ tamen non amittitur solo corpore, nisi certis & paucissimis casibus. Et ut explicitius dicam, sed & proprie aliquid adjungam, eam quoque possessionem amitti nudo animo, quæ solo animo retinebatur, non corpore meo, vel alieno, & hæc non amittitur nisi animus accesserit. Aliquando, ut dixi supra, sine animo corpore solo amittitur; sed hæc quæ solo animo retinetur, solo quoque animo amittitur, adeo ut si alius ingressus sit eam possessionem, & hoc ignorem, nondum amittam possessionem. Invasio ignorantem non spoliat possessione, quæ solo animo retinebatur; quod ostendit *§.ult. h. l. & l. 3. §. in amittenda, h.t.* addatur etiam *l.si id quod, §.ult. hoc t.* quod solo animo possideo, inquit, etiam si alius occupaverit possessionem, eo usque possideo, quod reversum me is, qui occupavit, repellat: quia repulso deficit animus possidendi: vel etiam quoad suspicer, me posse repelli ab eo, qui ingressus est possessionem me absente, quia & hoc casu suspicione labascit animus, neque vero antequam deposuerim animum possidendi, possessionem amitto, licet eam occupaverit alter me ignorante. Et rectissime in *l.quamvis, hoc t.* ex eodem lib. Papiniani.

Ad L. Quamvis, D. eod.

Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quæri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur.

UTitur in hac specie comparatione obligationis, qua etiam utitur *d.l.fere*. Obligatio eodem modo solvitur, quo acquiritur: acquiritur consensu ementis & vendentis, solvitur etiam consensu. Acquiritur verbis ex stipulatione, solvitur etiam verbis, nec alio genere quam verbis. Quod contractum est verbis, non solvitur consensu nudo: & ita quæ solo animo retinetur possessio, non amittitur nisi solo animo: quia nihil ignoranti invasione alterius aufertur. Et mens Papin. hæc est in hac *l.& in l.peregre, §.quæsitum*, usque ad fin. & in sequentib. & fuit, ut ostenderet, differentiam esse summam inter adquirendam & amittendam possessionem, quam vocat in *§.ult.* separationem, & differentiam in *l. quamvis, ad Trebell.* ut Græcis διαίρεσις, & διαμερισμός. Exemplum autem ejus possessionis, quæ solo animo retinetur sine corpore nostro vel alieno, Papin. ponit in saltib. æstivis & hibernis, quoniam hos parte anni relinquimus, nullis quandoque servis aut colonis ibi relictis, nec possidemus tamen minus animo, sine corpore ullius. Saltus sunt sylvæ, & pastiones, in quibus pecora hieme in hibernis, æstate in æstivis sunt, *l.qui saltum, de leg.3.* Nam & pecorum hiberna & æstiva dicuntur, *d.l.qui saltum*, & Varroni, Virgilio, Papiniano. Hos igitur saltus parte anni relinquimus, ut ait *l.3. saltus, h.t.* quoniam in hibernis pecora hiematum mittimus, in æstivis æstivatum umbræ causa, justa illud Horatii, *Pecusve ante sidus fervidum Lucana mutet pascua*, saltib. accedunt etiam causæ, custodiæ finium, aut fructuum causa, paratæ saltuariis: hi sunt, qui custodiunt fines saltuum, & fructus, qui in saltib. sunt, quos constat cedere instrumento prædii, si servi sunt vel adscripti prædio, *l.8.& l.quæsitum, §.saltuarium, de inst. vel inst.leg.* & separantur a colonis in *l.cum quæreretur, §.prædiis, de leg.3.* quoniam non colunt fundum, sed tuentur tantum aut custodiunt glandium fundi, aut sylvæ pastionisve gramen. Virg. *cui late custodia credita campi*, id est saltuarius. Ideoque rectissime in *l.seq.licet*, inquit, *neque servum, neque colonum* ibi (in saltibus) *habeamus*, saltus scil. possidemus nudo animo, servum vocat *saltuarium*, & recte separat a colono: nam saltuarius non est colonus, nec legato colonorum continetur, *d. §.prædiis*. Sunt tamen in saltibus interdum coloni: nam possunt etiam in saltibus esse fundi: qui colantur, qui arentur: potest esse particula in sylvis, quæ aretur pastorum aut custodum gratia, & ut elegantissime dixit Ælius Gallus JC. apud Festum, ea res non perimit nomen saltus, sicut si in fundo, qui est in agro culto, particula quædam sylvæ sit, ea res non perimit nomen agri culti. Ager cultus opponitur saltui. Et ita in *l.creditor, de act. emp.* ponitur in saltu fuisse fundus, qui coleretur, nam generaliter saltus ipse potest fundus dici. Et in *l.si servus, de pigner.act.* grandem saltum fuisse, quem creditor excoluerit magno sumptu. Sed ut equidem arbitror, illo loco, verius est, nos non debere accipere saltum pro *sylva*, & pastione, pro agro compascuo, pro pascuis, sed pro ampla possessione, quæ aretur & excolatur omnis. Nam ex Siculo Flacco, *de liminibus agrorum*, & Varrone *de re rustica*, constat etiam dici saltum, *latifundum*, sive *latam possessionem*, quæ includat multas centurias, puta 25. ut ait Siculus. Non omittam etiam illud, ut restituam locum Festi unum, nondum restitutum, etiam saltum dici nemus, ut Festus explicat in definitione nemoris, a verbo Græco νέμος, quod comprobaverat Festus auctoritate Homeri. Sed locus est perquam mutilus. Ex vestigiis, quæ remanserunt, intelligimus restituendum esse locum, hoc modo; vocabuli auctor est Homer. Iliad. XI. ἐν νέμεϊ σκιερῷ, id est, *in nemore umbroso*. Verum non tantum Papinianus hoc loco, sed alii auctores passim, quoties volunt adferre exemplum possessionis, quæ solo animo retinetur, utuntur exemplo saltus hiberni vel æstivi: recte exemplo: nam idem dici potest de omnibus prædiis, de omnibus rebus vel mobilibus vel immobilibus, ut earum possessionem, quam nacti sumus animo & corpore, post retineamus solo animo sine corpore ullo. Sed frequentius utuntur exemplo saltus, quod hæc prædia manifestum sit relinqui altera parte anni. Sed hoc idem dicendum de omnib. rebus, *l.1, §. quod vulgo dicitur, de vi & vi arm. l.clam, l.ul.h.t. l.licet, C.eod.*

Ad L.XLIV. de Usurp. & usucap.

Justo errore ductus Titium filium meum, & in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non jure intervenisset: eum ex re mea quærere mihi non existimo: non enim constitutum est, in hoc, quod in homine libero, qui bona fide servit: placuit ibi enim propter assiduam & quotidianam comparationem servorum ita constitui, publice interfuit: nam frequenter ignorantia liberos emimus: non autem tam facilis, frequens, adoptio vel adrogatio filiorum est.

EX lib.13. Quæst. restant tantum leges tres, quæ omnes sunt de usucapione, & earum præcipua est *l. justo errore, de usurp.* cujus initium explicabimus. Certissimum est, per liberum hominem, quem bona fide possidemus, nobis acquiri ex re nostra, & ex ejus operis, non ex re aliena, nec ex aliis causis: nam postquam apparuerit, liberum eum esse, retinebimus tantum ea, quæ ex re nostra paravit, quamdiu eum bona fide possidemus, vel ex suis operis, parsimonia, ex sua industria: nam operæ videntur quodammodo esse ex re nostra, quia jure nobis eas exhibere debet, quoniam a nobis bona fide possidetur, *l.qui bona, de adq.rer. dom.* Ergo hæc tantum retinebimus, cetera ei restituemus. Et quod proponitur hoc uno tantum loco, & aliqua ex parte in *l.per eum, sup.t.prox.* videlicet quod diximus, per liberum hominem nobis acquiri ex re nostra, si eum possidemus bona fide, locum tantum habet in libero homine, quem quasi servum bona fide possidemus ex causa emptionis, vel donationis, vel qua alia justa causa existimantes, eum nos a domino accepisse: hic acquirit nobis ex re nostra, quoad appareat liberum esse: Nam si liberum hominem possedi, quasi filiumfam. vel quasi filium meum, qui esset in mea potestate bona fide, puta ex causa adrogationis vel adoptionis, quæ jure facta forte non est, quod exemplis demonstrabo, per eum nulla ex causa, ne ex re quidem nostra nobis acquiritur, sed adoptione injusta pronuntiata, omnia iterum restituentur, quæ acquisivit: rem meam mihi retineo, quod ex re mea paravit, ei restituam. Hoc notandum: Nam quibus est amica disputatio privata vel publica, possunt certe primo congressu valde turbare affirmantem, per liberum hominem bona fide possessum ex re nostra nobis acquiri: Nam hoc est falsum in libero homine, qui possidetur quasi filius familias, nec unquam nobis istud excidere debet, sed hoc uno tamen loco proponitur ex *d.l.per eum*. Igitur, quod proponitur initio legis est tantum differentia, ut ait Bart. & Accurs. inter servum putativum & filium putativum. Per servum putativum acquirimus ex re nostra, quæ quodammodo nostra esse videntur, per filium putativum nulla ex re acquirimus: mallem dicere Græce, quam Latine putativum, νομιζόμενον. Quæ est ratio differentiæ? Est acutissimus Papin. in reddendis rationibus: cur per servum acquirimus ex re nostra, non per eum, quem quasi filiumfamil. possidemus. Servorum comparatio erat assidua & quotidiana: nullius fere rei olim erat commercium frequentius, quia nec etiam ullius rei quæstus uberior, quam habere plures servos, qui acquirunt nobis quidquid acquirunt. Magnæ hæ divitiæ sunt, quorum opera possis tibi exstruere brevi tempore ædificium, aut te liberare periculo. Ergo, inquit Papinian. propter frequentissimam comparationem servorum, in qua possit etiam accidere, ut tibi obtrudatur liber pro servo, publice interfuit ita con-

conſtitui, ut per liberum hominem, quem ignoranter quaſi ſervum comparaviſſemus, nobis acquiratur, ſaltem ex re noſtra: & ita propter frequentem mutationem, & aſſiduum pecuniæ uſum, nec alia ratione, multa ſunt ſingularia recepta circa pecuniam mutuam, *l.ſingularia*, *de reb. cred.* propter utilitatem inquam, promiſcui uſus, *l.ſi quis mancipis*, *§.ſi impubes*, *de inſt.act.*& in hac *l.conſtitutum*, id eſt, conſenſu receptum, ut per liberum hominem nobis bona fide emptum, nobis acquiratur ex ſua opera & ex re noſtra. Non ita frequens filiorum adoptio vel adrogatio. Poſſumus vel hodie etiam in Gallia filium adoptare vel adrogare, ſed vix quiſque adoptat, nec alia ratione rex ſibi regnum Neapolitanum vendicat, quam adoptionis jure. Non eſt frequens filiorum adoptio, quia nec ita facilis factu, non licet temere plures adoptare, omnis adoptio fit cauſa cognita, vel auctoritate Principis, vel Imperio magiſtratus. Olim auctoritate populi lege curiata non licebat plures adoptare, *l.15. §.ult. de adopt.* Si velit aliquis unum aut alterum adoptare, poteſt ſolatii ergo, tres vel plures vix poteſt *d.l.15.* non licet feminis adoptare, *§.feminæ. Inſtit.eod.* quin & feminas adoptare non licet, niſi ex reſcripto, *l.nam & de adopt.* non licet minori majorem adoptare, *d.l.15.* Adoptio locum habet in his, in quibus natura poteſt: non poteſt natura eſſe major filius minori, non licet etiam temere adoptare ei, qui magis procreationi liberorum ſtudere debet, vel poteſt, ſexagenario licet adoptare, minori ſexagenario vix licet, *d.l.15.* Non eſt igitur facilis adoptio liberorum, atque adeo infrequens eſt. Seneca in controverſ. *adoptionem eſſe remedium fortunæ*. M.Tullius pro domo ſua: *cauſa adoptandi quæri ſolet, cum is, qui natura liberos aſſequi non poteſt, adoptat.* Ac præterea adoptio fit ſolemniter, & eſt legis actio, ut ait Th. *d. t. de adopt. l.poſt mortem*, *§.ult.eod. l.1. & 4.C.eod.* Nihil horum obſervatur in comparatione ſervorum: Nam & femina comparat ſervum, & ancilla comparatur, nec inſpicimus rem quam comparamus, nec cetera multa: ſervorum enim uſus eſt neceſſarius. At adoptivæ prolis, id eſt, adoptionis, non eſt neceſſarius uſus, ſed magis voluptuarius, ut ſint quaſi ſenectuti ſolatio, vel orbitati. Ex his intelligitur ratio differentiæ, quæ eſt elegantiſſima: Nam frequens uſus exigit, ut recipiamus ſingularia contra jus: & contra jus eſt, ut liber homo nobis acquirat, & tamen acquirit, ſi quaſi ſervus fuerit bona fide comparatus. Dices: hoc intelligo, ſed quæſo quid hoc ad titulum hunc pertinet? Nec enim hic ulla fit mentio uſucap. vel uſurpationis, quæ interruptio eſt uſucapionis: ideo nec ſunt referenda ad titul. *de uſurp. & uſucap.* Hoc ſc.dicimus, ut intelligamus nos non poſſe uſucapere, quæ acquiſivit liber homo, quem quaſi filium poſſidemus lapſi juſto errore, id eſt, juſta ignorantia, ſcil. facti, non juris: Nam ſola ignorantia juris impediet uſucapionem, *l.4. ff. de jur.& fac.ignor.* ſed ignorantia facti non item. Puta exiſtimabamus eum, quem adoptabamus eſſe minorem ætate, dum ſcilicet hoc ipſe fingebat, ut in *l.apud*, *§.quid enim*, *de doli except.* Decipimur ſæpe in cognoſcenda ætate hominum, & facile credimus affirmanti, ſe hujus vel illius ætatis eſſe: hæc eſt ignorantia facti, quam attulit dolus adoptati, vel exiſtimantis patrem eſſe, a quo puer dabatur in adoptionem, cum non eſſet pater: hæc eſt ignorantia facti etiam, quæ juſtiſſima eſt, quem enim is error non caperet? Igitur hic error non impediet ſolus uſucapionem, ſed obſtat uſucapioni alia res, quod per eum, quem adoptavimus non jure, cum exiſtimaremus nos adoptaſſe jure, ducti ignorantia probabili facti, quod inquam, per eum nec poſſeſſio quidem nobis acquiritur: rerum ſcilicet quas interim acquiſiit, *l.per eum, ti.prox.ſup.* Et uſucapio ſine poſſeſſione non procedit. Ergo quod acquirit, non acquirit nobis ſtatim, neque id fieri noſtrum poteſt ex cauſa uſucapionis, cum poſſeſſio ad nos non pertineat: nec mirum, cum nec ipſe filius proprie poſſideatur, ſed magis quaſi poſſideatur, qua de cauſa non poteſt vindicari, niſi cauſa adjecta ex jure Quiritium, quo jure pater videtur eſſe dominus filii, cum habeat in eo jus vitæ neciſque eo jure, *l.1.§.per hanc de rei vindic.* Sed ſi filius meus ſit apud alium, vel apud eum ipſum filium, ut ſe gerat pro homine ſui juris, petitus præjudicio adverſus filium ipſum, vel adverſus extraneum interdicto de liberis exhibendis, vel extraordinarie prætoris interventu, *d.§.per hanc*, non poterit quaſi res ſua vindicari, niſi ex jure illo antiquo Quiritium ex XII.Tabul. quod deſiit eſſe in uſu, ut pleraque alia temporibus auctorum noſtrorum erant abrogata ex 12.tab. Et tamen certum eſt, ſubrepto filio meo filiifamil. nomine, mihi eſſe actionem furti, quaſi interverſa poſſeſſione rei meæ, aut certe melius quaſi poſſeſſione, quaſi res mea ſit, *l.2. de interdict.* Dicimus interdictum de filio exhibendo eſſe quaſi proprietatis: cujus rei quaſi dominium dicimus eſſe, neceſſe eſt ut ſit quaſi poſſeſſio: cujus abſolute dominium, & abſolute poſſeſſio. Et furti actionem competere patri oſtenditur in *l.eum, qui §.ſi filiusfam.de furt.* non in pretium filii certum, quia liberi hominis pretium non eſt, ſed in id, quod intereſt, veluti in lucrum acquiſitionis, ut Græci rectiſsime interpretantur. Qua de cauſa mater non agit furti ſubrepti filii nomine, *l.mater, eod.t.* quia matri nihil acquirit filius & neuter quidem agit condictione furti, quæ ſoli domino datur, & pater non eſt dominus. Sunt caſus innumeri, quibus hæ duæ actiones furti & condictionis furtivæ non concurrunt. Si per eum, quem exiſtimamus factum filium noſtrum adoptione, cum non ſit factus, jure poſſeſſio nobis non acquiratur, cum non ipſe a nobis proprie poſſideatur: Quæ res de his, quæ liber homo bona fide poſſeſſus quaſi ſervus acquiſivit ex re noſtra, an ea poſſumus uſucapere? Ex hoc quoque dicemus, nos non poſſe uſucapere, quia ſtatim noſtra fiunt ipſo jure: In *l.4. §.lana, hoc t.* oves ſunt furtivæ, lana detonſa eſt apud bonæ fidei poſſeſſorem, non poteſt uſucapi lana, quia ſtatim fit poſſeſſoris bonæ fidei, cum lana ſit in fructu, *l.in pecudum, de uſuris: pleno jure*, inquit, *ſit bonæ fidei poſſeſſoris*, ut intelligatur non poſſe intervenire uſucapionem, quæ tribuit plenum jus *l.17.de rei vindic.* Fructuum plenum jus tribuitur bonæ fidei poſſeſſori, ſtatim atque fructus percipit. Sed videtur *d.§.lana* exigere conſumptionem fructuum, dum quod dixit in lana, idem eſſe ait in agnis, ſi conſumpti ſint, quia conſumptio dominum effecit eum, qui bona fide quod accepiſſet, conſumpſit. Exſtantes autem fructus non fiunt poſſeſſoris, ſed poſſunt vindicari a domino. Conſumptio igitur pleniſsimum jus tribuit, *l. quæſitum, in fi.de acquir.rer.dom. §.ſi quis a non domino, Inſt.de rer.diviſ.* Ergo, quæ liber homo quaſi ſervus bona fide poſſeſſus paravit ex re noſtra, non uſucapimus, quia ſtatim noſtra facta ſunt pleno jure, & quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri non poteſt. Cetera etiam, quæ is extra rem noſtram acquiſivit, non uſucapimus, quia nec ceterorum poſſeſſio nobis acquiritur, ſine qua uſucapio non conſiſtit, cum nec ei acquiratur: neque enim poteſt poſſidere ſibi ſcilicet, qui ab alio poſſidetur, *l.54. in fin.de acquir.rer.dom*,

---

Ad §. primum.

Conſtat, ſi rem alienam ſcienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habet, traditionis tempus inſpiciendum, remque meam fieri.

ITa vero in §. 1.hujus l.licet non fiat mentio uſucapionis, tamen quod eſt ſcriptum in eo continenter, eſt referendum ad uſucapionem. In hac ſpecie, qui rem alienam ſciens a non domino mala fide emit, deinde eam accipit tradente venditore, cum jam dominus ratum habuiſſet, aut domino ratum habente ſatis eſt, ſi dominus ratum habuerit tempore traditionis, licet non tempore venditionis, quia ex tempore venditionis videtur ratum habuiſſe, quia ratihabitio retro agitur, *l. ſi fundus, §.1. de pignor.* quod eſt ex conſtitutione Juſtin. Ex ſententia Sabinianorum eſt receptum, ut in omnibus ratihabitio retrotrahatur, & mandato comparetur: neque enim conſtabat olim in omnibus ratihabitionem retrotrahi, ſicut etiam conditionem hodie non in omnibus retrotrahi conſtat.

stat. Igitur res videtur mea statim atque vendita est, A quia tradita est eo tempore, quo dominus ratum habuit. Et nihil est præterea in §.1. Sed debemus subjicere, quod est in §.2.

Ad §. Etsi possess. & L.III. & pen. D. pro legato.

§.2. *Etsi possessionis, non contractus initium, quo ad usucapionem pertinet, inspici placet: nonnunquam tamen evenit, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus: Veluti circa partum ejus mulieris, quam bona fide cœpit possidere. Non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem priusquam eniteretur, esse cognovit. Idem in servo postliminio reverso dictum est.*

EXplicabimus nunc §. *etsi possessionis*, sed ei adjungemus etiam explicationem *l.3. & l.pen. D. pro leg.* quæ B sunt ejusdem libri Papiniani. Certum est in usucapione bonam fidem possessoris exigi, malæ fidei possessorem non usucapere. Et regulariter quidem, in omnibus causis sive contractibus bona fides exigitur, non initio contractus, sed initio adeptæ possessionis, quia & a possessione usucapio incipit. Excipitur tantum emptio & venditio, in qua bona fides exigitur & contractus & traditionis tempore, *l. prox. sup. h. l.7. §. ult. de Publ. in rem act.* Neque huic exceptioni quicquam obstat *l. si aliena re, in prin. h. t.* quæ tamen prima specie videtur significare, in emptione venditione traditionis, id est, possessionis duntaxat tempus spectari oportere. Sed verissimum est, quod etiam voluit Accurs. ejus legis hanc mentem esse, ut non tantum emptionis, sed etiam traditionis initium inspiciatur, ex sententia Sabinianorum, ut ait: nam Proculiani initium C tantum emptionis spectabant, id est, sufficere existimabant, si bona fide emisset, etiam si rem traditam postea bona fide non accepisset, quod ex eorum Proculianorum sententia videtur referri in *l. qui fundum, §. qui bona fide, tit. seq.* videlicet si in eo §. legas, ut est in Florentinis, *similis*, non *dissimilis*. Sed forsitan, ut vulgo rectius legitur, *dissimilis*, quoniam ea lex est Juliani, qui ex Sabinianis fuit, & utroque tempore exigit bonam fidem, *d. l.7. §. ult. de Publ. in rem act.* & ita in *l. cum quis, §. de peculio, de solut.* alias notavi, non, *simile*, sed melius *dissimile* legi, quod Accurs. notaverat eo loci. Utut sit, obtinuit Sabin. sententia, ut bonam fidem in emptione & venditione exigamus ab emptore, non tantum emptionis tempore, sed etiam traditionis, cum tamen in aliis contractib. sufficiat intervenire bonam fidem traditionis tempore. Quia D igitur etiam emptionis initium spectari placet, ex eo apparet, non aliter procedere usucapionem pro emptore, vel pro soluto, quasi resoluta in causa emptionis, nisi revera emptio intervenerit, nec sufficere ex causa emptionis traditionem fieri bona fide accipienti, si nulla emptio præcesserit, si nullum tempus emptionis fuerit, si non fuerit duplex tempus, & utroque bona fides: & tamen in aliis contractibus usucapio pro soluto procedit, si quis rem sibi solutam quasi debitam bona fide acceperit, licet nulla præcesserit obligatio, nullum debitum, quia in aliis caussis præterquam in emptione & venditione, possessionis, solutionis, traditionis, solius initium intuemur, *l. si is, qui pro emptore, §. ult. l. pen. h. t. l.2. ti. seq.* Idemque est si præcesserit obligatio, ut, sed exempli gratia, si sciens stipulatus sum rem alienam a non domino, quam sciebam E non esse meam. Nam si tempore solutionis, quo mihi res promissa solvitur, in ea opinione sum jam, ut existimem, eam rem esse promissoris, non alterius, usucapio pro soluto procedit, quia bonam fidem intervenire solutionis tempore satis est, nec exigitur, ut & stipulationis tempore intervenerit. At in emptione venditione non tantum accipi, sed etiam emi rem bona fide oportet, & consequenter in aliis causis præterquam in emptione venditione, falsa causa non officit usucapioni, si modo res sit tradita & bona fide accepta, ut si ex falsa causa judicati, ex falsa causa stipulationis, vel legati, vel noxæ deditionis, res soluta & tradita sit bona fide accipienti. Nam etsi falsa sit causa traditionis, usucapio procedit, *l.5. de Publ. in rem act.*

At, ut jam dixi, falsa causa emptionis obstat usucapioni, etiam si quis rem ex ea causa accipiat bona fide. Videtur tamen Papin. hac in re in hoc eodem lib. comparare, aut parem facere causam legati, causæ emptionis in *l.3. pro leg. Non magis*, inquit, *quam si quis emptum existimet, quod non emerit*, pro legato potest usucapi, adhibita *l.2. eod.* ubi negatur procedere usucapionem, si rem possideam quasi legatam, quæ non erat legata, vel quasi emptam, quæ non erat empta. Eandem igitur esse conditionem legati & emptionis, cum distinctione aliqua nobis explicandum est hoc modo: ut si res tradita non sit ab herede ex causa legati, vel a venditore ex causa venditionis, fateamur nullum esse discrimen inter legatum & emptionem, vel alias possessionis causas: nulla ex causa usucapionem procedere, quando traditio non intervenit, *l. Celsus, h. t.* errorem falsæ causæ non parere usucapionem, nisi errorem traditio secuta sit, *§. error, Inst. eod. t.* Sed si ex aliis causis quibuscunque res sit tradita bona fide accipienti, quasi rem debitam sibi ex causa, ex qua tradebatur, quamvis falsæ sint causæ, usucapio procedit, *l.3. & 4. §. ult. inf. pro suo, l.1. pro donato, l. Proculus, de jur. dot.* Sed si res tradita sit ex causa emptionis, quæ falsa est, sane usucapio non procedit, *d. l.2. t. seq.* nisi scil. sit magna præsumptio emptionis, & erroris justa, magna, probabilis causa, ut in specie legis, *quod vulgo tit. seq. & l. ult. pro suo.* Si mandavi servo meo, aut procuratori rem emendam, nec emerit, sed quacunque alia ratione eam rem nactus sit, mala forte fide, atque ita mihi persuaserit se emisse, & mihi tradiderit rem, usucapio procedit. Nam hic error est tolerabilis. Idemque est, si idem mihi persuaserit servus, aut procurator ejus, cui ego heres exstiti, cuique defunctus dederat in mandatis, ut rem emeret: idque ita ponitur in *dd. ll.* Alioquin, quod traditum est ex falsa causa emptionis, non potest usucapi. Etiam illud adjungamus, quod est in *l. pen. pro leg.* quamvis res legata non sit tradita ab herede legatarii; sed legatarius ejus rei possessionem ingressus sit *sine vitio*, ut ait, id est, non vi, non clam, sed prætore auctore, vel herede sciente & tacente procedere usucapionem pro legato, si legata sit res aliena, idque est notissimum.

Sed revertamur unde abjimus. Quæro, cur in emptione venditione exigimus, ut & emptionis & traditionis initium habeat bonam fidem, & tamen in aliis contractibus veluti in stipulationibus, quæ sunt pandectæ contractuum: nullus enim contractus non cadit in stipulationem, sicut Grammatici dicunt adverbia esse pandectas omnium partium orationis: cur, inquam, in stipulationibus initium duntaxat traditionis spectamus? cur exigimus tantum bonam fidem initio possessionis adeptæ, & traditionis? Laborant aliquantulum interpretes in reddenda ratione differentiæ, sed mihi videtur satis reddi in *d. l. si is, qui pro emptore, §. ult.* quia scilicet salva fide & illæsa sciens non possum emere rem alienam a non domino & pudorem mihi hæc emptio injicere debet, si scio rem alienam. Stipulari autem rem alienam unicuique concessum est absque rubore, ut scil. promissor mihi præstet æstimationem ejus rei, vel redimat eam rem a domino, si possit, & præstet: nec enim rem ab eo stipulor quasi a domino, sicut emo rem quasi a domino. Igitur ex alienæ rei scientia non oneratur verecundia stipulatoris, aut fides. Et summa est igitur ratio separandæ emptionis a ceteris negotiis, quæ omnia suo ambitu stipulatio comprehendit. Porro in omnibus contractibus nullo excepto, bona fides exigitur possessionis tempore, quod ad usucapionem attinet. Sed addamus non tantum tempore adeptæ possessionis, sed etiam tempore recuperatæ possessionis, non tantum initio primæ possessionis, sed etiam initio secundæ bonam fidem exigi, *d. l. si is, qui pro emptore, §. pen. hoc t. l. qui fundum, §. qui bona, tit. seq.* Finge: ego bona fide rem emi & accepi: deinde amissa possessione eam recuperavi eo tempore, quo sciebam eam alienam esse. Non possum eam usucapere, quia initium redintegratæ possessionis est vitiosum, vel rursus: Finge: ego vendidi rem alienam,

quam

quam bona fide poſſidebam: & cum ea res eſſet in cauſa A redhibitionis propter morbum aut vitium aliquod, quod ei latenter inerat, ea res mihi redhibita ab emptore, jam ſcienti rem eſſe alienam: non poſſum eam uſucapere, quia initium ſecundæ poſſeſſionis vitioſum eſt, nec ſatis eſt bonam fidem interveniſſe in prima poſſeſſione. Et finge iterum: ego fundum poſſideo bona fide, & ex eo dejicior per vim, poſt recupero poſſeſſionem remedio interdicti unde vi, ſciens jam fundum eſſe alienum, non uſucapiam, quia poſſeſſio quam recuperavi, vitioſa eſt. Concludamus igitur, bonam fidem exigi, non tantum initio adeptæ, ſed etiam initio recuperatæ, redintegratæ poſſeſſionis quod ad uſucapionem attinet. Sed excipiamus ab hac definitione duos caſus, qui proponuntur in hac lege, quib. initio recuperatæ poſſeſſ. bona fides non exigitur, & ſatis eſt ſi intervenerit B initio primæ. Primus caſus eſt: ancillam prægnantem emi, aut alia ex cauſa bona fide poſſidere cœpi, poſt cognovi eam eſſe alienam, antequam pareret, deinde pariens enixa eſt puerum: an puerum poſſum uſucapere, licet eo tempore, quo editus eſt, ſciverim matrem ancillam alienam eſſe? Maxime, quia non videtur quaſi initio ſecundæ poſſeſſionis bona fides deſiderari: nam videntur eſſe duæ poſſeſſiones pueri: una temporis, quo fuit in utero, altera temporis, quo exiit utero, ſed fingitur (& hæc eſt ratio) una tantum fuiſſe poſſeſſio pueri, & continua nec interrupta. Fingitur ab initio comparatæ ancillæ natus, ut in plerisque cauſis etiam quæ non pertinent ad commodum ejus qui eſt in utero: qui eſt in utero habetur pro nato, & enumerantur multæ cauſæ, maxime in *l. pen. de ſtatu hom.* Et ad C unam cauſam quæ ibi refertur de uſucapione partus, velim ex hoc §. etiam hanc addi, his verbis: *ſi liber, & ſi ancilla prægnans bona fide empta ſit, quamvis mox ſcierit emptor ancillam alienam eſſe, id, quod natum erit, uſucapietur, l. juſto, §. etſi poſſeſſionis, de uſuc.* Ei ideo poſui ancillam non fuiſſe furtivam, quia ſi ea fuerit furtiva, bona fides exigitur, ut partus uſucapio procedat etiam editionis tempore, *l. 4. §. ſi antequam, l. non ſolum, in princ. hoc tit.* Secundus caſus eſt: ſervum bona fide emi, is captus eſt ab hoſtibus, captivitate interrumpitur poſſeſſio: deinde, priuſquam reverteretur poſtliminio cognovi ſervum alienum eſſe, non ideo minus potero eum uſucapere, quamvis ejus recuperati tempore ſcierim alienum eum eſſe, quia ſcilicet poſtliminium fingit unam poſſeſſionem ejus ſervi fuiſſe, & continuam nec interruptam: D poſtliminium retro fingit eum caſum non accidiſſe, fingit ſervum nunquam abiiſſe poteſtate domini, aut poſſeſſoris. Itaque utroque caſu fuit una poſſeſſio, quamvis videantur duæ fuiſſe, & inter eas media interruptio, ut ſatis ſit initium primæ poſſeſſionis caruiſſe vitio, nec quicquam nocebit uſucapioni ſuperveniens mala fides.

Ad §. Nondum aditæ.

§. 3. *Nondum aditæ hereditatis tempus uſucapioni datum eſt, ſive ſervus hereditarius aliquid comparaverit, ſive defunctus uſucapere cœperat. Sed hæc jure ſingulari recepta ſunt.*

EXplicemus §. *nondum*, in quo ponuntur duo caſus ſingulares, quibus jacentis necdum aditæ hereditatis tempus ad uſucapionem heredi procedit. Priore caſu ad inchoandam eam, ſi ſervus hereditarius aliquid comparaverit, E poſteriore ad continuandam & complendam eam, ſi defunctus aliquid poſſidere cœperit & uſucapere. Et hæc duo eſſe in uſucapione ſingularia recepta, quib. ſcilicet ſine poſſeſſione, aut ſine poſſeſſionis continuatione, videtur contingere uſucapio contra regulas juris, & definitionem uſucapionis. Quid eſt uſucapio? Adeptio dominii per continuationem poſſeſſionis certi temporis, lege definiti: quia ſcilicet hereditas jacens, poſſeſſionem non habet, *l. 1. §. Scævola, ſi quis teſt. lib. eſſe.* Eſt enim poſſeſſio facti & animi, hereditas autem res incorporalis & non eſt factum, vel animus ſine corpore; denique non eſt poſſeſſio ſine corpore. *Nondum*, inquit, *aditæ hereditatis tempus uſucapioni datum eſt, &c.* Et quod ad priorem caſum attinet, ex eo, quod diximus hoc eod. lib. & *l. peregre, §. quæſitum, tit. prox. ſup.* jure ſingulari, utilitatis ratione eſſe receptum, ut ex peculiari cauſa ſola per ſervum dominus ignorans, vel per filiumfam. pater ignorans poſſideat & uſucapiat, per ſervum ſcilicet, quem ipſe dominus poſſidet, non per fugitivum, quem non poſſidet, non per eum quem alius poſſidet, *l. homo liber, in fi. de acquir. rerum dom.* Jure communi ſcientem tantum poſſidere, & uſucapere. Ex eo, inquam, jure ſingulari ſequitur, ut ſi ſervus hereditarius, jacente, nedum adita hereditate, peculiari nomine aliquid comparaverit, ejus poſſeſſio & uſucapio hereditati quæratur, quia quod ignoranti homini quæritur, & jacenti hereditati quæri poteſt, quæ ignorantis, abſentis, dormientis, mortui loco eſt. Et hoc probatur apertiſſime in *l. 1. §. item acquirimus, ſup. tit. prox. l. pen. inf. de cap. & poſtlim. l. qui a ſervo hereditario, de oblig. & act.* ubi Accurſ. male etiam extra cauſam peculiarem, id eſt, ex cauſa dominica non peculiari, nomine domini non ſuo nomine; (idem eſt ſuo nomine & peculiari nomine) ſcribit ſervum ignoranti domino poſſeſſionem acquirere. Hoc eſt falſum, ut oſtendi & probavi *d. l. peregre, §. quæſitum,* niſi ſervus habeat juſſum domini. Et quod ait *l. ſi me in vacuam, §. ult. ſup. tit. prox.* ſervum meum mihi ignoranti acquirere poſſeſſionem, ſic eſt accipiendum, nempe ex cauſa peculiari vel ex juſſu meo, cauſa mea, ſicut procurator meus vel ſervus alienus ex mandato quoque meo, cauſa mea, mihi acquirit poſſeſſionem etiam ignoranti, quam meo nomine adipiſcitur. Et altera lex, qua nititur Accurſius, id eſt, *l. quod ſervus, eod. tit.* aperte loquitur de cauſa peculiari tantum, ut ex ea ſcilicet ignoranti domino acquirat poſſeſſionem, ſecundum hoc, quod Papinianus ait in hoc §. nondum hereditatis aditæ tempus uſucapioni datum eſſe, ſi ſervus hereditarius aliquid comparaverit. Sic accipiendum, *ſi peculiari nomine comparaverit*, non *ſi alieno nomine*. Verum huic ſententiæ officit vehementer lex *ſeq. §. ult.* ubi negat, ante aditam hereditatem procedere uſucapionem ejus rei, quam ſervus hereditarius comparavit peculiari nomine, *quemadmodum etenim uſucapiatur*, inquit, *quod ante defunctus non poſſedit*. Denique concludit, uſucapionis primordium eſſe tempus aditæ hereditatis. Manifeſto igitur ille §. pugnat cum ſuperiori definitione. Et ſi quid aliud quæſieris diligenter, quod reſpondeas liquido, fruſtra fueris diligens. Nec enim invenies aliud, quam hoc unum, verum id quidem eſſe, quod proditum eſt in hoc *§. ult.* jure civili, jure communi, ſed jus ſingulare, conſenſu jus receptum, mortem ſuadere, admittere aliud. Nam quæ Accurſ. ſcribit ægroti ſomnia videntur, ut hoc loco fingit, eum ſervum poſſidere cœpiſſe ante mortem domini, contra manifeſta verba Papin. qui ſervum hereditarium comparaſſe rem ait, ſervus autem hereditarius non eſt ante mortem teſtatoris, ſed poſt mortem, ante aditam hereditatem, interim ſcilicet dum jacet & vacat hereditas. Et ita ſemper in jure accipitur ſervus hereditarius, ut cum dicitur, per ſervum hereditarium heredi non poſſe acquiri rem hereditariam, vel hereditatem ipſam, *l. per hereditariam, de acqui. rer. dom.* Et cum dicitur heredi ex aſſe ſcripto adſcriptam conditionem hanc, ſi ſervum hereditarium non alienaverit, impoſſibilis eſt conditio, *l. quarta. §. pen. de conditionib. inſtitut.* Et in multis aliis locis, ſi quis dixerit, ſervum hereditarium eſſe ante mortem teſtatoris, vel poſt aditam hereditatem, id ridiculum & delirum eſſe videtur, quod tamen ſcripſit Æmilius Ferretus, *l. 1. §. veteres, ſup. tit. prox.* Et longe lapſus eſt a vero. Is homo in contemnendis & reprehendendis doctoribus, ponit faſtus multum, in tradenda veritate ſtudii nihil, & ob eam rem ejus ſcripta plane ſunt juris ſtudioſis inutilia. Igitur, ut in *l. ſeq.* ita in hoc §. *nondum*, ponendum eſt, ſervum hereditarium poſt mortem teſtatoris ante aditam hereditatem comparaſſe aliquid peculiari nomine. Nam ſi poſueris, comparaſſe ante mortem teſtatoris, ipſe teſtator id poſſediſſe intelligitur, atque ita non erit hic prior caſus de ſervo hereditario

rio

rio diversus a posteriori, quo etiam placet hereditatis jacentis tempus ad usucapionem heredi procedere, *sive defunctus*, inquit, *usucapere cœperat*: non erunt duo casus, sed unus, & aliquid possederit: palam facit duos casus his verbis, *sive servus, sive defunctus usucœperit*, *&c.* Et quidem jam satis diximus de priori sententia. Posterioris hæc est, ut cœpta usucapio a defuncto necdum impleta jacente hereditate & possessione vacua (nam hereditas jacens, ut dixi supra, possessorem non habet) nihilominus procedat, procurrat, perficiatur, peragatur, impleatur jure singulari, quamvis non sit continuata possessio, sed vacet jacente hereditate, in *l. nunquam*, §. *vacuum*, *l. cœptum*, *hoc tit.* ubi constitutum est, cæptam usucapionem a defuncto posse & ante aditam hereditatem impleri, constitutum est, id est, receptum est jure singulari, ut initio hujus legis constitutum me interpretari memini. Idem *l. qui cum*, §. *ult. tit. seq.* & *l. cum miles*, *sup. quib. ex causis major*. Denique morte mea non interrumpitur usucapio, quæ a me cœpit initium, sicut morte coloni mei per quem possidebam, etiamsi mortuum eum esse ignorem non interrumpitur usucapio, *l. si de eo fundo*, §. 1. *sup. tit. prox.* Igitur his duobus casibus, qui notantur breviter in hoc §. & ut breviter, ita eleganter, hereditas jacens intelligitur, id est, fingitur possidere, ut ait *d. l. qui servo, de obligat. & action.* Fingitur, inquam, quia cœptæ possessionis res incorporea & inanima non est capax. Atque ita priori casu inchoatur usucapio, posteriore continuatur & impletur usucapio jacente hereditate, videlicet, *si medium illud tempus jacentis hereditatis vacuum fuerit*, id est, si eo tempore alius non sit possessionem ingressus, *l. Pomponius*, §. *quæsitum*, *sup. tit. prox.* nam si post mortem testatoris, qui possidere cœperat, non prior heres possederit, sed alius quidam, possessio testatoris interrupta est, nec continuatur in herede, *l. possessio*, *hoc tit.* *Possessio*, inquit, *testatoris ita demum heredi procedit, vel accedit, si medio tempore a nullo fuerit possessa*, sed si medio tempore vacarit, continuatur in herede, nec intelligitur morte testatoris interrupta fuisse, & non ea tantum continuatur, quæ morti testatoris injuncta fuit, id est, quæ duravit usque ad supremum exitum vitæ testatoris, sed etiam, quæ unquam testatoris fuit, quæ aliquando testatoris fuit, licet proxima morti ejus non fuit, si modo medius possessor non intervenerit. Et hæc est sententia *legis Pomponius*, §. *non autem tit. prox. sup.* ubi Florentiæ recte legitur, *unquam*, vulgo perperam, *nunquam*, expressa falsa sententia: Nam hoc vult in hoc §. non tantum possessionem testatoris heredi procedere, quæ morti fuit injuncta, sed etiam eam, quæ unquam testatoris fuit, etiamsi non fuerit morti conjuncta: si dixeris, quæ nunquam testatoris fuit, falsum dixeris. Et ita *l. inter omnes*, *in pr. de furt.* si res furto subrepta extincta sit, si servus furto subreptus mortuus sit, nihilominus competere actionem furti, *non quia nunc res abest, sed quia unquam*, inquit, *beneficio furis abfuit*, *par son moyen*, ubi etiam vulgo perperam, *nonnumquam*. Hi vero duo casus sunt vobis valde notandi quibus jure singulari recipitur, ut usucapio procedat sine possessione, aut sine continuatione possessionis si verum fatemur. Et his exemplis uti oportet ad definitionem juris singularis, quod ponitur in *l. jus singulare*, *de legibus*, ut jus singulare sit, quod contra tenorem rationis contra regulam juris, *παρὰ τὴν ἀκρίβειαν*, *παρὰ κανόνας*, id est, *contra exactam diligentiam contra canones propter utilitatem aliquam*, introductum est. Nullum, quod est mirum, ibi Accursius affert exemplum idoneum, cum sit luculentissimum in *d. l. peregre*, §. *quæsitum*, & in hoc §. & in *l. singularia recepta*, id est *jure singulari*, *ff. de rebus credit.* Et potest etiam ex Theophilo sumi exemplum ex condictione furtiva, quæ datur domino *παρὰ κάνονας*, quia regulariter dominus non condicit rem suam, sed utilitas publica, odiumque furum, admisit condictionem, & eam concedit dominis adversus fures.

Ad §. Filiusfamilias.

§. 4. *Filiusfamilias emptor alienæ rei, cum patremfamilias se factum ignoret, cœpit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quæsitam nec possidere possit? idem dicendum erit, etsi ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi præsumptione credat.*

EXplicemus nunc ceteros §§. Et primo loco §. *filiusfamilias*, in quo ponitur casus, quod qui putat se non possidere quod possidet, nihilominus possidet & usucapit. Aut certe sunt duæ hujus §. partes. Priori parte, is qui putat se non possidere, nihilominus intelligitur possidere, & usucapit. Posteriori, qui putat se ex una causa possidere, nihilominus ex alia causa intelligitur possidere & usucapere. Posterioris partis verba sunt, *idem, &c.* Finge: filiusf. ex causa peculiari emit rem alienam, & quo tempore jam erat paterfamilias factus morte patris, quem ipse vivere existimabat, eam rem sibi traditam accepit. Emit autem & accepit bona fide, ignorans rem esse alienam. Quæritur, an ei usucapio procedat pro emptore, vel pro soluto, vel pro suo, non ex causa emptionis? Qui tres tituli concurrunt. Ratio dubitandi hæc est, quia filiusf. erravit in conditione sua, nempe existimavit se esse filiumfam. atque ideo eam rem, quam emit & accepit, existimavit se non possidere, sed patrem, quia peculium aut rem peculiarem, aut rem ex peculii causa quæsitam & partam, non possidet filius sed pater, non servus sed dominus, *l. quod servus*, & *l. possessio*, §. 1. *t. prox. sup.* Qui igitur existimat, se esse filiumf. existimat se non esse possessorem ejus rei, quam tenet. Porro in eo errore erat ille, ignorans mortem patris: hæc ignorantia, hic error, facit dubitationem, rationem dubitandi, *τὸ αἴτιον τῆς ἀμφισβητήσεως*, ut ait *Aristot. l. 1. Polit. c. 3.* Sed hic error, error est facti, non juris: ignorantia scilicet mortis paternæ, & error facti non obstat usucapioni, si initio emptionis & possessionis bonam fidem habuerit. Error juris impediet usucapionem, ut si quis juris ignarus putaret sibi non licere possidere, quod licet, ut in *l. si fur*, §. 1. *hoc t.* quod explicavimus latius, lib. 19. ad *l. 7. de juris & facti ignor.* Et ideo rectissime Accursius notavit, in hac specie fuisse errorem facti, non juris. Alioquin esset summum dissidium inter hunc §. & *d. l. si fur*, §. 1. Idem vero procedit, ut ostenditur in posteriori parte hujus §. si idem filiusf. non levi argumento ductus, putet quidem se possidere, sed ex alia causa, qua possessionem adeptus est, & obtinet, ut qui putat se possidere ex causa hereditaria, qui rem habet ex causa emptionis, non ex causa hereditaria. Finge: filiusf. ex causa peculiari emit rem alienam bona fide, & cum ignoraret se patremfamilias factum morte patris, eam rem sibi traditam accepit bona fide: existimavit igitur, ejus rei possessionem patris esse, non suam, quæ tamen erat sua mortuo jam patre ante traditionem rei. Deinde cognita morte patris, tempore autem mortis non satis bene cognito, cum patri heres exstitisset, credidit se ex hereditate patris eam rem habere, non ex emptione, a se emptam scil. & acceptam pervenisse ad patrem, mox a patre ad se rediisse jure hereditario: erravit in titulo possessionis, *non levi*, inquit, *præsumptione ductus*, cui scil. non erat bene cognitum tempus mortis patris: præsumptio plus est quam putatio, seu existimatio: & hoc loco, *credat*, inquit, non putet, existimet, aut arbitretur. D. Hieronym. adversus Ruffinum: *de auctoribus, sic nosse te dicis, ut putes potius quam præsumas.* At nihilominus concluditur, etiam hoc casu procedere usucapionem pro emptore: atque ita, qui putat se non possidere pro emptore, nihilominus possidet & usucapit pro emptore: Et consequenter priori parte hujus §. ponenda ita videtur species in posteriori. Sed Accursius longe aliam ponit speciem: patrem rem alienam emisse bona fide, nondum accepisse, eo tamen mortuo forte fortuna eam rem in hereditate inventam fuisse, &

filium

filium ſtatim exiſtimaſſe, eam patri traditam fuiſſe ex A
cauſa emptionis, quæ tamen ei tradita nunquam fuerat: uſucapio pro emptore filio procedit, quod admittit, quia licet poſſeſſio a venditore non ſit tradita, eam filius ingreſſus eſt ſine vitio, argumento *l. pen. inf. pro leg.* Nam & e contrario, ſi res non ſit empta, ſed tradita ex cauſa emptionis, quæ non præceſſit, & non leve ſit argumentum emptionis, uſucapio pro emptore procedit, *l. quod vulgus tit. ſeq. l. ult. pro ſuo*, quod etiam dixi *ſup.* in §. *etſi poſſeſſionis*: ego admitterem quidem ſpeciem Accurſii, & rationem definiendæ ejus, ſed ſpeciem quam poſuimus, dico eſſe conſequentiorem priori parti hujus §.

Ad §. non mutat.

§. 5. *Non mutat uſucapio ſuperveniens pro emptore,* B
vel pro herede, quo minus pignoris perſecutio ſalva ſit: Ut enim uſusfructus uſucapi poteſt, ita perſecutio pignoris, quæ nulla ſocietate dominii conjungitur, ſed ſola conventione conſtituitur, uſucapione rei non perimitur.

SEntentia hujus §. hæc eſt: Uſucapione rei dominium mutari: pignus vel uſumfructum non mutari, non perimi. Uſucapio eſt adeptio dominii, non ſolutio pignoris, non liberatio uſusfructus. Finge: uſucapta eſt res Titii, quæ erat creditori ejus pignori obligata, cum ſua cauſa uſucapta eſt, non libera, ſed uti erat, pignerata: dominium Titius amittit, creditor pignus non amittit, imo etiam adverſus eum, qui uſucepit rem, habet actionem pignoris, id eſt, hypothecariam, *l.* 1. §. *cum prædium*, *ſup. de pignor. l. uſucapia*, *C. eod.* Et hæc redditur ratio in *d.* §. *cum prædium*, & in hoc §. ab C
eo auctore: quia quæſtio pignoris ab intentione dominii ſeparata eſt, ut ait hoc loco, nulla ſocietate intentione dominii conjungitur: ergo dominio amiſſo, non conſequitur & pignus eſſe amiſſum: quod adeo verum eſt, ut etiam victo debitore in quæſtione dominii, non perimatur actio pignoris, ſive actio hypothecaria, *l.* 3. *ſup. de pign.* Dominium, ut magis diſcrimen intelligatur, ex poſſeſſione incipit, *l.* 2. *in princ. tit. prox. ſup.* Pignus ex ſola conventione ſine poſſeſſione conſiſtit, ut ait hoc loco, *& l.* 1. *de pigner. act.* Et hoc quod dicitur, uſucapione rei pignus non perimi, item dominium eſſe non obligationem pignoris, locum habet non tantum in pignore conventionali, ſed etiam in prætorio pignore, quod miſſio in poſſeſſionem conſtituit. Neutrum uſucapione rei perimitur, *l. miſſio*, *tit. ſeq. l.* 2. *pro herede.* D
Idem etiam procedit in uſufructu. Finge: uſucapta eſt res Titii, id eſt, cujus dominium ſive proprietas nuda erat Titii, uſusfructus erat Sempronii: nihil commune habet proprietas cum uſufructu, id eſt, cum ſervitute uſusfructus, ac proinde uſucapta proprietate, amittit quidem eam Titius, uſumfructum non amittit Sempronius. Hoc etiam oſtenditur in *l. locum* §. 2. *ſup. de uſufr.* Summa igitur hujus §. hæc eſt: Uſucapione rem alienam noſtram fieri, ſed non optimo jure, id eſt, non optima conditione, non optimo maximo jure, id eſt, liberam, ſolutam, immunem non fieri, ſed uſucapi cum ſua cauſa, cum qualitate ſua & conditione: uſucapio res, non uſucapio etiam pignus vel uſumfructum: pignus, id eſt, liberationem pignoris, uſumfructum, id eſt, liberationem uſusfructus, id eſt, libertatem, quia E
& uſusfructus non utendo amittitur certo tempore. Et ut Paulus definit. 1. *Sentent.* Quæ non utendo amittuntur, eorum libertas uſucapi non poteſt. Pignus autem amittitur ipſo jure, ſola conventione, ſicut ſola conventione conſtituitur: eodem ſcilicet modo ſolvitur, quo quæritur, vel etiam ſolvitur per præſcriptionem ſilentio longi aut longiſſimi temporis ſecundum diſtinctionem traditam in tit. *de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum*: non ſolvitur uſucapione rei. Jus etiam pignoris non poteſt quæri uſucapione, nec jus uſusfructus, ſicut nec jus ſervitutis cujuſcunque, nec jus hereditatis, quia hæ res incorporales ſunt, & incorporales res nec poſſeſſionem recipiunt, nec uſucapionem, *l. ſervus, qui bona fide*, §. 1. *de acq. rer. dom.* §

Ad §. eum qui.

Eum qui poſteaquam uſucapere cœpit, in furorem incidit, utilitate ſuadente relictum eſt, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni cauſa implere uſucapionem.

SEquitur alius §. *eum qui*; diximus jam *ſup.* in §. *nondum*, jure ſingulari utilitatis cauſa eſſe receptum, ut cœpta uſucapio morte poſſeſſoris non interrumpatur: eodem jure ſingulari utilitatis ratione, hoc loco oſtenditur etiam eſſe receptum, vel, ut eſt Florentiæ ſcriptum, *relictum*, non male, puta a prudentibus, ut alibi dicitur proditum, vel traditum per manus, *l.* 9. *de jure cod.* 15. *quæſt.* ut ſcilicet furore poſſeſſoris, qui ſupervenit poſt cœptam uſucapionem, non interrumpatur uſucapio. Quod etiam probat *l.* 4. §. *furioſus*, *hoc tit. & l. nunquam* §. *ſi ſervus*, *& ſeq. hoc tit.* Et ratio utilitatis hæc redditur, *ne languor animi etiam bonis damnum afferat*: furor eſt languor animi, id eſt, morbus: ut languor corporis, id eſt, morbus, *l. inter*, §. *non omnia*, *mand.* Horat. *aquoſus languor*, id eſt, hydrops. *Seneca* 10. *epiſtol. in corporibus languorum ſigna præcurrunt, quædam enim ſegnitia nervis ineſt, & ſine labore oſcitatio*, quod congruit cum illo Hippocratis aphoriſmo κόποι αὐτόματοι, &c. Et idem medici morbos grandes ajunt, non eſſe curandos, ſed dimittendos naturæ, ne medela languorem exaſperet, ut refert Hieronymus in epiſt. *de erroribus Origenis*. Videtur autem deſiiſſe poſſidere furioſus, cui animus languet, quod etiam de dormiente dici poteſt, ut in *d. l. nunquam*, §. *ſi ſervus*: cui aliquo ſopore animus languet quodammodo. Sed utilitas ſuadet ne ſopore, quemadmodum fit furore, etiam interrumpatur uſucapio, quæ nec (quod longe plus eſt) morte interrumpitur: mortui neque eſt corpus, neque animus: furioſi, vel dormientis eſt corpus & animus, ſed languidus. Et ſi dixeris, eos deſiiſſe animo poſſidere, dicam, imo potius, non poſſe eos animo deſinere poſſidere, quorum animus ſopitus eſt, vel ſede ſua motus, *l. ſi is qui animo*, *ſup. tit. prox.* Et *animum* dico, non *animam*: anima eſt cauſa vitæ, ut Cornelius Fronto ait, animus eſt, quo ſapimus, cogitamus, intelligimus, volumus, nolumus, quæ & mens dicitur. Anima eſt, *qua vivimus*. Et eleganter Accius Poeta; *Sapimus animo, fruimur anima ſive animo: anima eſt debilis, anima eſt communis cum brutis, non animus.* Juvenalis: *illis tantum animas, nobis animum quoque.* Et idem quoque omnino, ne quis arbitretur non eſſe Chriſtiani D. Auguſtinus *in princip.* 15. *de Trinitate*: *dormientis animus ſopitur, non anima: furioſi animus ſive mens quodammodo extinguitur, anima manet, animus augetur vel minuitur pro ætate.* Lactantius 7. Inſtit. *Anima in ſtatu ſuo ſemper eſt, etiam poſtquam corpore exivit.* Et ſi Epicurus non faceret idem animum & animam, ut facit, recte diceret, *exſtingui pariter cum corpore, & una creſcere ſentimus pariterque ſeneſcere mentem*, ait Lucretius.

Ad §. ult.

Si, cum apud hoſtes dominus, aut pater agat, ſervus aut filius emat, an & tenere incipiat? ſi quidem ex cauſa peculii poſſedit, uſucapionem inchoari, nec impedimento domini captivitatem eſſe, cujus ſcientia non eſſet in civitate neceſſaria: ſi vero non ex cauſa peculii comparetur, uſu non capi, nec jure poſtliminii quæſitum intelligi; cum prius eſſet, ut quod uſucaptum diceretur, poſſeſſum foret: ſin autem pater ibi deceſſerit: quia tempora captivitatis ex die, quo capitur morti jungerentur, poteſt dici filium & poſſediſſe ſibi, & uſucepiſſe intelligi.

IN §. *ult. hujus l.* & hæc quæſtio proponitur: ſi patre vel domino capto ab hoſtibus, filius aut ſervus aliquid emat, an traditione ſequente, id etiam tenere incipiat, quod filius aut ſervus tenet naturaliter, pater aut dominus creditur poſſidere, *l. quod ſervus*, *ſup. tit. prox.* Hoc ergo quæritur, an pater vel domiuus, per eum ſervum vel filium

rem

rem emptam & acceptam bona fide, possidere & usucapere incipiat? Hæc est quæstio Papiniani. Et distinguit Papinianus: Aut filius vel servus eam rem ex causa peculiari comparavit, aut non, atque ita scribit: *si cum apud hostes dominus aut pater agat, servus vel filius emat, an & tenere incipiat?* Sequitur distinctio: *si quidem ex causa peculii, &c.* Priusquam hanc distinctionem exponam, scire vos velim aut memoria repetere, duas esse fictiones, quarum in jure, quotiens de bonis captivorum agitur, frequens est usus: una est fictio postliminii, quæ jure gentium comparata est: altera est fictio legis Corneliæ, quæ jure civili comparata est: fictio postliminii efficit, ut si captivus redeat ab hostibus, retro credatur in civitate fuisse, & recipiat pristina jura, recipiat, inquam, ea quæ sunt juris, non ea quæ sunt facti: possessio est facti: quod igitur verum est, in sua vita eum desiisse possidere per captivitatem, postliminium non efficit, ut non desierit possidere, ut possidere factum est, ita desinere possidere factum est, non facere, facere est: nam & qui non facit, hoc facit, ut nolit facere: privatio actionis, actio est: & ob id non male Stoici, omne peccatum esse actionem, quamvis quædam peccata in non faciendo consistant: non potest igitur ullum jus, ulla constitutio juris, ulla fictio facta facere infecta: ut quod quis possedit, non potest facere ne possederit, vel quod non possedit, non potest facere ut possederit: & possidere, & desinere possidere facti est, & quod facti est, nulla fictio infectum reddere potest, *l. in bello*, *§. facti*, *de capt. & postlim. l. denique, ex quib. caus. major.* Jura restaurari & redintegrari possunt: ita postliminium jura redintegrat, sed non facit ut qui desiit possidere, non desierit possidere, id est, interruptam possessionem non restituit, ita scilicet, ut non videatur medio tempore fuisse interrupta: fictio autem legis Corneliæ efficit, ut si captivus mortuus sit apud hostes, retro credatur mortuus eo ipso die, quo captus est, nec unquam pervenisse in potestatem hostium. Quæ fictio etiam legis Corneliæ, non efficit, ut qui desierit possidere, non desierit, sed ut ab eo intelligatur continuata possessio in hereditate, ac per hoc in heredem postea factum aditione, & ob eam rem ab omnibus judicatur plenior esse fictio legis Corneliæ, quam fictio postliminii. Hæ sunt ut proposui duæ fictiones, quarum est frequens usus in jure, quoties disceptatur de bonis captivorum, & plenior legis Corneliæ, quod ex sequentibus magis apparebit. Ergo in proposita quæstione Papin. ita distinguit: aut patre vel domino capto ab hostibus filius vel servus rem comparavit ex causa peculiari, aut non. Si patre agente apud hostes filius vel servus rem comparavit non ex causa peculiari, reverso patre vel domino, jure postliminii non intelligitur ei processisse usucapio, quæ non cœpit ante captivitatem, cum & quæ cœpit ante captivitatem interrupta sit, nec postliminio recipiatur, ut inferius demonstrabitur. Patre autem ibi mortuo, quia ex lege Cornelia mortuus ex eo tempore fuisse intelligitur, ex quo captus est, filio, licet patri heres non existit, usucapio procedit, quia ex eo tempore sui juris fuisse, & sibi acquisivisse intelligitur, *l. in bello, §. si quis, de capt. & postlim. revers.* Domino autem ibi mortuo usucapio heredi ejus procedit, in cujus dominium etiam servus transit. Et hoc quidem est certissimum, cum filius vel servus rem non ex causa peculiari comparavit. Sed quid si ex causa peculii? quod est alterum membrum distinctionis: Est major quæstio: Si quid filius vel servus patre vel domino agente apud hostes comparavit ex causa peculiari, non nomine patris vel domini, ex qua causa constat ignorantiam vel mortem patris aut domini non impedire usucapionem, dicam etiam captivitatem non impedire aut retardare usucapionem, sed statim usucapionem capere primordium, & patri vel domino reverso ab hostibus prodesse jure postliminii, aut heredi ejus eo ibi mortuo, quod ostenditur in *l. ait prætor, §. plane, ex quib. caus. major. & l. in bello, §. facti, l. bona, §. quæ peculiari, l. pen. de capt. & postlim. & l. si is qui pro emptore, hoc t.* Et multo magis dicam usucapionem procedere, si quid captivus ante captivitatem per servum ex causa peculiari

A possidere cœpisset, remanente eo servo in possessione, *d. §. facti.* Et hæc omnia esse ex Juliani sententia, quæ obtinuit, constat ex *d. §. facti*, & ex *d. §. quæ peculiari*, & ex *d. l. si is qui pro emptore.* Marcellus dissentiebat: consentiebat etiam in quibusdam hac in re Julianus & Marcellus. Primum enim Julianus distinguebat hoc modo: aut per semetipsum possidebat, qui ad hostes captivitate pervenit, aut per subjectam juri suo personam, veluti filium aut servum. Si per semetipsum, possessio & usucapio captivitate interrumpitur, quia qui ab alio possidetur, nihil possidere potest, *l. homo liber, in fine, de acquir. rer. domin. l. qui in servit. de regul. juris.* Captivus possidetur ab hostibus, quia servus est hostium. Si interrumpitur captivitate, ergo etiamsi postliminio reversus sit, tempore captivitatis non intelligitur implesse usucapionem, *d. l. ait prætor,*

B *§. is autem, ex quib. caus. major. & d. l. is qui pro emptore,* quia possessio est facti: possidere aut desinere possidere est facti, & quæ sunt facti, ut ante præmunivi, nulla fictio infecta facere potest. Postliminium jura redintegrat, facta aut non facta non diffingit: non facta & facta sunt, aut quæ desierunt fieri facta sunt, quæ diffingere non potest postliminium. Denique captivitate possessio, & usucapio interrumpitur, nec postliminio recipitur, ut scilicet medio tempore, dum apud hostes fuit, intelligatur usucepisse: quæ tamen, quod notandum, non interrumpitur morte possessoris, ut in *sup. d. §.* demonstratum est: captivitate interrumpitur, non morte, quia hereditas, quæ vice defuncti est, continuare possess. intelligitur, & furore etiam non interrumpitur, quia non potest furiosus animo desinere possidere, cujus languet animus, aut propemodum ex-

C stinctus est, *l. si is qui animo, sup. tit. prox.* At si captivus non revertatur, sed ibi moriatur, filio, vel heredi ejus usucapio processisse intelligitur, velut si mortuus fuisset eo die, quo captus est, nec unquam pervenisset in potestatem hostium, quod & lex Corn. fingit. Igitur hac in re plus potest fictio legis Corn. quam postliminii, & plenior est. Idemque Julianus, ut opinor existimabat, in his quæ captivus ante captivitatem ex causa non peculiari, per servum possedisset, eorum sc. possessionem interrumpi, nec postliminio recipit: ceterum eo mortuo apud hostes, possessionem continuari in heredem ejus, ac si mansisset semper in civitate: tempus captivitatis ex lege Cor. jungi morti. Neque in his quæ retuli ullum fuit dissidium inter Julianum & Marcellum, sed est aut fuit in his, quem sequuntur: si quid captivus per servum posse-

D disset ex causa peculiari ante captivitatem, Julianus existimabat, remanente servo in possessione, eam non interrumpi captivitate, cum, & si post captivitatem domini, servus ex causa peculiari aliquid possedisset, Julianus existimaret, in eo quoque tempore captivitatis dominum potuisse usucapere, & postliminio reverso prodesse ad usucapionem: ibi mortuo prodesse heredi ejus, quia ex causa jure singulari etiam ignorans usucaperet, & captivus similiter, quasi sit ignorantis loco, ut sibi sc. prosit usucapio reverso, vel heredi suo, si non revertatur, in *l. pen. inf. de capt. & postl. revers.* & in *sup. d. ll.* Nam & Marcellus quidem admittebat, eo ibi mortuo, heredi prodesse usucapionem: non admittebat etiam, reverso prodesse usucapionem, atque ita hoc etiam casu plenius accipiebat fictionem legis Corneliæ, quam postliminii: & ut contra

E Julianum ostenderet, reverso non prodesse usucapionem, utebatur ratione seu argumento hujusmodi: *Quid interest ipse captivus possederit an servus ejus?* Postliminio reverso non procedit usucapio ejus, qui per se possedit, vel per eum servum ex causa non peculiari. Ergo non potest etiam ei reverso prodesse, qui per servum possedit nomine peculiari ante captivitatem. Et rursus, si reversus in his, quæ ante captivitatem per servum possedit ex quacunque causa, nihil habet juris ex postliminio, cur plus juris debet habere ex postliminio, si quid post captivitatem per servum possederit, peculii nomine, *d. l. si quis pro emptore.* Hæc ratio proponitur. Inde Marcellus statuebat, usucapionem eorum non interrumpi quæ captivus possedisset ante captivitatem ex omni causa, nec ex causa

pecu-

peculiari: imo vero poſt captivitatem, aut reverſo domino prodeſſe, quod videtur juvari poſſe, eo quod ita demum dominus ignorans per ſervum uſucapit ex cauſa peculiari, ſi ſervum poſſidet, *l.homo liber, inf. de adq. rer. dom.* Servum autem captivus non poſſidet: ſed dici poteſt conſervari poſſeſ. ſervi, ſpe & propoſito ſervi ipſius, qui ſperat quandoque dominum reverſurum, ut in *l.ſi rem, ſupra t.prox.* Aliter quam ſi fugitivus eſſet ſervus, qui ſe pro liberto gereret, atque ita domino ſubduceret, ut in *d.l.homo liber, in fi.* Nam per hunc ignorans dominus non uſucapit peculii nomine: per illum uſucapiet, dum eſt apud hoſtes, quia conſervat ipſe ſervus poſſeſſionem ſui domino, velut ſervo ipſo capto ab hoſtib. ſervi poſſeſſio conſervatur ſpe & propoſito domini manentis in civitate, *§.& ſi poſſeſſionis, ſupra*. Et omnino ſecundum Julianum, cujus ſententia obtinuit, ita eſt concludendum: ex cauſa peculiari poſſeſſionem rei, quam ſervus tenere cœpit ante captivitatem domini, propoſito ſervi domino conſervari quandoque reverſuro, & poſt captivitatem ex eadem cauſa adquiri, at reverſo domino proficere. Quæ eſt definitio h. quæſtionis.

Sed ut ſit perſpicua magis, nec quicquam in ea obſcuri reſideat, paucis enarranda nobis eſt *d. l.ſi is, qui pro emptore* 15. *ff. h.tit.* quæ in hac quæſtione obſcurior eſſe exiſtimatur: eſt enim lex Pauli, qui eſt conciſus admodum, & comprehenſione rerum brevis & *σκοτεινὸς*, idemque unius collectionis frequenter partem unam tantum ponit, more Ariſtotelico, qui ſæpe omittit aſſumptionem vel concluſionem: eo fit, ut multa Paulo nos ſupplere oporteat, & ſubintelligere, quod accidit plane in hac lege *ſi is, qui*, ſed ita tamen, ut quæ omiſſa ſunt a Paulo facile ſuppleri poſſint ex *ſup. d.* locis ex ea definitione, quam vobis diſtincte expoſui, quærit primum Paulus, an poſſeſſore capto ab hoſtibus, antequam impleſſet uſucapionem, & ibi mortuo, heredi ejus uſucapio procedat? Et tentat primum, imo hoc unum tentat, non procedere heredi uſucapionem ejus rei, quam ante captivitatem poſſidebat per ſemetipſum. Argumentum eſt tale: quæ ipſi reverſo uſucapio non prodeſt, nec heredi ejus prodeſſe poteſt. Ipſi autem reverſo non prodeſt jure poſtliminii, quia interrupta eſt uſucapio captivitate, & poſtliminium factam ſemel interruptionem infectam facere non poteſt. Ergo (quam tamen concluſionem omittit) nec heredi ejus prodeſt, ſi ibi moriatur. Omittit etiam definitionem hujus quæſtionis propoſitæ. Nec n. ita eſt concludendum, heredi ejus non prodeſſe, imo potius, ipſi quidem reverſo non prodeſſe, ſed heredi ejus, ſi ibi moriatur poſſeſſor quaſi pleniori fictione legis Cornel. quam poſtliminii. Et hæc eſt prior quæſtio, quæ proponitur in *l.ſi is, qui*. Altera hæc eſt, ſi ſervus captivi poſt captivitatem aliquid ex cauſa peculiari comparavit, non hoc adjicit, ex cauſa peculiari: quod etiam ſæpe omittunt noſtri auctores, ut in *§.nondum, legis juſto errore, h.t.* Quod conſtat ſatis eſſe intelligendum, & ab Accurſ. ſuppletur rectiſſime. Verum ad rem. Quæſtio eſt, ſi ſervus captivi poſt captivitatem, &c. an hujus rei uſucapio procedat, & cui procedat? Et refert Julianum exiſtimaſſe, videlicet in *d.l.bona, §.quæ peculiari, de capti. & poſtl. reverſ.* in ſuſpenſo, in pendenti eſſe uſucapionem. Si quæramus, cui contingat, cui procedat, aut proſit: ſi dominus reverſus fuerit, uſucapio ei procedit: ſi ibi mortuus fuerit, dubitari ait, *an pertineat ad heredem ejus, an heredi ejus procedat*, neque hoc definit, ſed in *d.l.bona, §.quæ peculiari*, palam Julianus concludit, uſucapionem heredi procedere. Nec ſane fuit cauſa dubitandi, cum & Marcellus hoc admiſerit, propterea quod hereditati jacenti, quæ obtinet locum defuncti, procedit uſucapio cœpta a defuncto, *d.§.nondum*. Et quando captivus deceſſit apud hoſtes, lege Corn. fingitur hereditas jacuiſſe eo ipſo die quo captus eſt: per hereditatem autem ad heredem aut ſucceſſorem poſtea factum uſucapio procedit. Et ideo concludit ex Marcello, non diſſentiente hac in re Juliano, in ſucceſſoribus & heredibus locum habere uſucapionem, ut annotat Accurſ. legi rectius: vulgo legitur cum negatione: quam negationem miror etiam retinere Baſilica, ſed evidens eſt ex his, quæ ante retulimus, in omnibus cauſis ante agitatis in heredibus uſucapionem locum habere, ſi captivus mortuus ſit apud hoſtes, quod plenior ſit fictio legis Corn. quam poſtliminium, & controverſia tantum fuit de poſtliminii fictione. Et Marcellus certe non admiſit uſucapionem procedere reverſo jure poſtliminii, cum ſervus poſt captivitatem ex cauſa peculii aliquid comparaſſet, hac ratione, ut ait, quemadmodum poſtliminio reverſus plus juris habere poteſt in his, quæ ſervus adquiſivit peculii nomine, pendente captivitate, quam in his quæ per ſe, vel per ſervum poſſidebat, cum ad hoſtes pervenit, id eſt, ante captivitatem. Paulus proponit tantum hanc ſententiam Marcelli, nec ſententiam Juliani integram exponit: quid ſtatuendum ſit, non poſſis ex *l.ſi is qui*, liquido definire: ſuppletionibus indiget multis, non tantum hæc lex Pauli, ſed & fere omnes quæ Pauli ſunt. Igitur omnino ad extremum ſupplendum eſt, Juliani potius ſententiam eſſe ſequendam, non Marcelli, ut eſt in *d.§.facti*, ut ſcil. uſucapio cœpta poſt captivitatem per ſervum peculii nomine non tantum procedat heredi captivi mortui apud hoſtes ex lege Corn. quod admittebat etiam Marcellus, ſed & eidem ipſi reverſo ab hoſtibus jure poſtliminii, quod Marcellus non admittebat.

JACOBI CUJACII J. C.
COMMENTARIUS
In lib. XXIV. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L.Si uxor, D. de judic.

Ex Lib. XXIV. Duæ tantum ll. breves & verbis & ſententia ſuperſunt. Prima eſt lex, *ſi uxor, de judic.* cujus verba ſunt.

Si uxor a legato Romæ diverterit, dotis nomine defendendum Romæ virum reſponſum eſt.

LEGATI in hoc tit. *de jud.* frequentiſſime, & in tit. *de legationibus*, non ſunt, quos mittimus ad hoſtes aut fœderatos: ſed fere in omni jure legati ſunt, qui a ſuis civitatibus, municipiis, provinciis mittuntur publicæ rei ſuæ cauſa, ad S.P.Q.R. vel ad Imperatorem: hi dicuntur ſæpe legati provinciales & legati municipales, *l. tutor, §. ult. de jurejur. l.ἐὰν ἔναι* 21. *§.3. de tut. & cur.* Hi habent privilegium aliquod, ne a publico munere avocentur, id eſt, a legatione ſuſcepta, ne impediatur legatio: eſt privilegium, quod eis tribuitur, maxime ſi conveniantur. Nam ſi Romæ conveniantur quaſi in patria communi: eſt enim Roma, ut ſcitis, patria communis, id eſt, omnes quicunque ſunt ſubjecti Romano Imperio, ſunt cives Romani, *l.in orbe, de ſtatu hom. & l.Roma, ad municip.* Quod eſt ex Antonini Imperatoris ſummo beneficio: Nam olim ſingulis erat petenda civitas, quæ ſæpe non niſi magno ære redimebatur. Qui ſunt ſubjecti Romano Imperio hodie non habent neceſſe petere jus civitatis Romanæ, quia ipſo jure ſunt cives Romani. Et hoc eſt, quod dicitur, Romam eſſe patriam communem: ergo non mirum, ſi legati provinciales Romam miſſi, ibi conveniantur. Conveniuntur enim in patria communi, in civitate ſua, communi ſcilicet, non propria. Sed ſi conveniantur Romæ ex eo, quod contraxerunt vel deliquerunt in civitate ſua propria, vel intra aut extra provinciam ſuam, vel etiam Romæ ante legationem, non compelluntur reſpondere, quandiu ibi legationis cauſa demorantur, ſed jus habent revocandi domum, ut ſcil. conveniantur in patria ſua propria, *l. 2. §. omnes, hoc tit.* Alia eſt patria communis ut Roma, ſicut dixi: alia propria. Et propria duplex eſt, originis, quam germanam Tullius

vocat 2. *de legib.* alia domicilii. Legati igitur a patria A communi, si in ea ex eis conveniantur, habent jus revocandi ad patriam propriam maxime domicilii. Nam in jure magis domicilii patria spectatur quam originis. Potest quis in pluribus civitatibus habere domicilium & plurium civitatum esse civis, *l. ejus qui*, §. *Celsus, ad municip.* Non existimandum, idem jus esse revocandi forum, & jus revocandi domum. Revocat forum qui ab incompetenti foro postulat rem referri ad forum competens, & id, in quo convenitur, contendit esse incomperens & incongruum: revocat quis domum etiam a foro competenti, vel a patria communi, & revocat privilegio legationis, ut publici muneris, ne ab eo avocetur sive conveniatur in personam sive in rem, *l.non alias, in fi. & l.de eo, & l.seq. h.t.* Cui tamen rationi locus non datur, si quid Romæ B contraxerit in ipso legationis tempore, vel si quid deliquerit, vel si quid possidere cœperit: nam de eo, quod contraxit Romæ tempore legationis, Romæ se defendere debet, si conveniatur, nec potest revocare domum, *d. l.non alias*, §. 1. *& l.seq. l.cum furiosus*, §. *ult. eod. tit. l.non distinguemus*, §. *item si quis Romæ, de recept. & qui arbitr. recep.* Et hac ratione in hac *l. si uxor*, quam tamen rationem male rejicit Accurs. si uxor mariti, qui legatione Romæ fungebatur pro civitate sua, diverterit Romæ, cum secum forte Romam duxisset, Romæ potest conveniri actione de dote, quia divortium est contractus, & factum id esse proponitur legationis tempore. Divortium esse contractum optime probat lex *jurisgentium*, §. *ut puta, ff. de pact.* qui locus non expenditur in eam rem, & est tamen apertus. Ob- C servandum est autem ex §. *in bonæ fidei judiciis* pacta facta incontinenti, pacta conventa inesse ex parte actoris, id est, parere & formare actionem, non inesse autem ea pacta, quæ postea fiunt. Exemplum hujus regulæ proponitur in *d. §. ut puta*, si post divortium convenerit aliquid de dote solvenda alio die, quam legitimo: ex pacto non est actio, quia factum est post divortium ex intervallo; quia divortium est contractus, & contractus, ex quo nascitur judicium bonæ fidei, id est, actio de dote, facto divortio statim exstitit actio de dote. Igitur si in ipso divortio pactum sit adjectum ex continenti de diebus solvendæ dotis, formabit actionem. Et hoc valde notandum est ad eum §. *ut puta*. Porro dos exigitur, vel ubi est domicilium matrimonii soluto matrimonio, *l. exigere, hoc tit.* vel exigitur ubi D divortium factum est, licet ibi non fuerit domicilium matrimonii. Nam per matrimonium mulier mutat domicilium & forum: non exigitur dos, ubi facta est conventio dotis, ubi conscriptum est instrumentum dotale, nisi & ibi fuerit domicilium matrimonii: si non fuerit ibi non exigetur dos, non repetetur soluto matrimonio, quia scilicet non eo loco, quo dotis conventio fit, subsistitur, sed mox res emigrat, atque adeo confertur & transfertur omnis in domicilium matrimonii, *d. l. exigere*, & pro eo est, ac si dotis conventio facta fuisset ubi est domicilium mariti.

Ad L. LXXVI. de Regul. jur.

In totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt. E

HIs verbis, *in totum*, significatur esse generalis regula, quæ in toto jure locum habeat, ut sane possent referri innumeri casus, sed referam tantum illos, quos notavi, ut vera & certa scientia, id est, certo animi proposito, certa animi destinatione, propositioneque non possis dicere alio nomine προαίρεσιν, quam propositum animi. Exempli gratia divortium, quod pendet ex animi destinatione non est divortium, nisi fiat certo animi proposito, certa animi veraque scientia, non si fiat impetu & calore quodam iracundiæ, *l. quidquid, hoc tit.* Non est divortium, nisi perseverantia apparuerit non jurgio abactam mulierem fuisse, sed vero judicio. Item in *l. pen. de concub.* scriptum est, concubi- A nam ex sola animi destinatione æstimari: non fuit turpe concubinæ nomen, imo legitimum: concubinatus imitatur justas nuptias: est species matrimonii, *l. 1. de concub.* Concubinatus nomen ex legibus assumpsit, id est, legitimum est, non infame. Porro concubina, inquit, ex sola animi destinatione æstimatur; non est igitur concubina, si quis non vera & certa animi scientia ducatur ad eam, quasi in concubinatum assumenda, sed impetu quodam libidinis, nec diu cum ea deinde perseveret, & non videtur fuisse concubinatus cum ea, sed stuprum, & qui nascentur ex ea conjunctione, non erunt naturales, sed erunt spurii, id est, sine patre filii.

B

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXV. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Cum tutor, de tutel. & rat. distrah.

Cum tutor negotiis impuberis administratis pupillum paterna hereditate abstinet, bonis patris venditis tractari solet, utilis actio pupillo relinqui, an creditoribus concedi debeat? Et probatur, actionem inter pupillum & creditores patris esse dividendam: scilicet ut quod rationi bonorum per tutorem deerit, creditoribus reddatur: Quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abstenti contractum C *est, puero relinquatur; quæ actio sine dubio non prius competet, quam pupillus ad pubertatem pervenerit, sed illa confestim creditoribus datur.*

EX Lib. XXV. est lex 13. *de tut. & rat. distrah.* Altera est *l. 2. de separ.* Singulæ continent singulare quiddam. Species *l. cum tutor* hæc est: tutor gessit negotia pupilli, in quibus erant bona paterna, deinde pupillum bonis abstinuit beneficio prætoris, quasi esset damnosa hereditas patris ob æs alienum. Et in ea re dolo versatus est tutor aut culpa, quia utilius erat pupillum retinere bona paterna: quia tutor perperam abstinuit, & in officio suo deliquit: creditores patris bona vendiderunt: lex ait, tutorem teneri non tantum pupillo, sed etiam creditoribus paternis, qui abstinente pupillo bona patris distraxerunt. Sed est triplex diffe- D rentia inter pupillum & creditores patris, qui bona vendiderunt. Nam pupillo tenetur tutor, quod perperam abstinuerit, quod in officio suo lapsus sit vehementer, quod fecerit quod facere non debuerit. Creditoribus autem tenetur tutor, quod per eum factum sit, ut aliquid abesset ex bonis paternis, quæ ipsi vendiderunt. Ergo non eadem ratione tenetur pupillo & creditoribus, *l. 4. C. arbit. tut.* Et rursus est alia differentia: tutor pupillo tenetur finita tutela, ratione tutelæ: nam actio tutelæ non datur ante finitam tutelam: creditoribus autem tutor tenetur actione negotiorum gestorum etiam nondum finita tutela, quæ actio negotiorum gest. (& hæc est tertia differentia,) est utilis actio, non directa: quia tutor ultro non accessit ad negotia pupilli, sed coactus necessitate officii, quod etiam invito injungitur, E quasi civile munus, sicut etiam curator pupillo vel adolescenti tenetur utili negot. gest. & tenetur curator longe aliter, quam tutor tutelæ, etiam ante finitam administrationem, etiam nondum finita administratione, *l. nisi* §. *ult. l. si cum adhuc*, §. *ult. h.t.* Actio tutelæ non datur utilis nisi finita administratione tutelæ. Actio negotiorum gestorum datur etiam non finita omni administratione rerum ad pupillum pertinentium, & actio tutelæ, qua pupillo tenetur tutor, quod eum perperam abstinuerit, quodve quid aliud fecerit perperam, aut non fecerit: Nam est actio generalis, quæ ambitu suo multa complectitur, omnem dolum, omnem culpam tutoris. Et actio est directa, non utilis, nec possis in hac parte actionem tutelæ dicere utilem, sicut Papinianus videtur dicere. Itaque rem ita di-

stingue-

stinguere debemus: utilis quidem est ea, qua creditores A experiuntur negotiorum gestorum: qua pupillus experitur, est directa, non utilis, nisi utilem interpreteris efficacem, ut hoc sensu sæpe hic auctor uti solet, *l.Titio fundus, de cond.& demonstr. l.pater, de dote præleg.* Nec male Accurs. hoc idem notavit in hanc legem. Ex his intelligitur quod ait Papinian. hac lege, actionem dividi inter pupillum & creditores patris, ita esse verum in genere, non in specie. Nam idem genus actionis non dividitur inter eos. Alia est actio, quæ pupillo datur, alia quæ creditoribus patris, nec ex eodem facto ambæ proficiscuntur.

Ad L. II. De separat. bonor.

Ab herede vendita hereditate, separatio, frustra desiderabitur: utique si nulla fraudis incurrat suspicio: Nam quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, ra- B *ta conservari solent.*

MInoris est negotii *l.2.de separat.* Separatio bonorum datur ex decreto prætoris, postulantibus creditoribus defuncti. In hac specie finge: heres Titii obligatus est creditoribus defuncti nomine hereditario, & suis creditoribus nomine proprio: habuit defunctus creditores suos, habet & heres creditores suos: urgentibus creditoribus bona venierunt: bona defuncti sufficiunt creditoribus defuncti, si eis non commisceantur creditores heredis, si creditores separentur a creditoribus, si bona defuncti a bonis heredis. Ideoque si creditores defuncti desiderent bona defuncti separari a bonis heredis, ut sibi satisfiat ex bonis defuncti, audientur. Et hac de re est hic tit. *de separationibus*. Et recte postulant C hanc separationem creditores defuncti, etiamsi heres bona defuncti forte hypothecæ obligaverit, quia hypotheca non est alienatio, & manet nihilominus hereditas apud heredem semper, *l.1.§.sciendum, hoc tit.* Sed hæc *l.2.* demonstrat, non idem esse dicendum, si heres bona sive hereditatem defuncti vendiderit bona fide antequam postularetur separatio bonorum, aut urgerent creditores, aut ipse heres factus esset non solvendo: frustra deinde postulabitur separatio bonorum defuncti, quæ exierunt bona fide dominio heredis. Denique omnes creditores confundentur, & contenti esse cogentur bonis heredis. Si venditio hereditatis facta esset in fraudem creditorum, revocaretur actione Pauliana ex edicto, *quæ in fraudem creditorum*, & deinde recte postularetur separatio bonorum: sed hæc venditio illius he- D reditatis bona fide facta non potest rescindi. Ergo stultum esset petere separationem bonorum, quæ revocari non possunt, cum sint alienata bona fide.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXVI. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Creditor I. de Distractione pignor.

Creditor, qui prædia pignori accepit, & post alium E *creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum, ob alium & eundem contractum interposuit: ante secundum creditorem dimissum, nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit, sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit: nec utilis danda est, nec furti, rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, præsertim cum alter creditor furto possessionem, quæ non fuit apud eum, non amiserit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet: quia neque possidet, neque dolo fecit ut desineret possidere. Sequitur ut secundus creditor possessores interpellare debeat.*

A LIBER XXVI. incipit a *l.1.de distract. pign.* cujus species hæc est: Quidam primo creditori suo pignori obligavit prædia quædam specialiter, deinde alii secundo creditori generaliter obligavit omnia sua bona, quæ haberet, quæque habiturus esset, sola conventione, sola pactione, ex qua constat jure prætorio nasci obligationem, nasci actionem, *l.si tibi §.de pignore, de pact.* contra regulam communem, cum ex pactione non nascatur actio vel obligatio. Post idem ille illi primo creditori similiter, forte denuo ab eo accepta pecunia mutua, obligavit generaliter omnia bona sua, ob alium contractum, inquit, vel etiam ob eundem, ob priorem contractum, novatione facta scil. ut *l.3. l.cred. §.Papinian. sup. tit. prox.* Primus creditor certe potior est secundo in prædiis specialiter obligatis. Secundus autem B potior est primo in ceteris bonis: & ideo prædia quidem illa sibi specialiter obligata, vendere primus potest jure pignoris, non etiam cetera bona, antequam secundo creditori satisfactum fuerit. Sed quid si primus creditor vendiderit etiam cetera bona titulo pignoris ex posteriori hypotheca generali, an tenebitur secundo creditori, qui in generali hypotheca, in ceteris bonis est certe prior tempore, atque adeo potior jure? Hæc est quæstio, de qua agitur in hac lege: ad quam Papinian. ita respondet; primum secundo nulla actione teneri ob id, quod cetera bona vendiderit titulo pignoris, quamvis ea non jure vendiderit: nulla, inquam, teneri primum secundo actione in personam, directa, vel utilis ex contractu, quia non cum secundo contraxit, neque pro debitore apud secundum fidejussit: sed neque eum teneri actio- C ne furti, videlicet nomine rerum mobilium, quæ in ceteris bonis erant, aut se moventium, quia primus non per fallaciam aut dolo malo, non furandi animo eas res vendidit, sed ordinis errore ductus, dum in omnibus existimat se esse primum, & ignorat forte posteriorem obligationem contractam a debitore cum posteriori creditori. Atque ita, ut ait, ordinis errore ductus suam rem egit, vendendo omnia bona debitoris sui, suam causam persequutus est bona fide, suo jure usus est. Ergo furtum non fecit, qui suo jure utitur, vel ut ipse existimat longe abest a furto. Et rursus non potest videri primus earum rerum furtum fecisse secundo, qui neque dominium, neque possessionem earum rerum habuit, juxta *l.si gratuitam, §.ult. de præscr. verb. & l.si vendidero, §.ult. de furt.* Secundus creditor sane non habuit dominium earum re- D rum, non habuit etiam possessionem, quia ut proposuimus, pignus constitutum fuit sola conventione, non traditione. Et eleganter Papin. rerum mobilium meminit, qua appellatione etiam se moventes continentur. Et vice versa sæpe moventium mobiles, quia scil. hodie constat rerum immobilium furtum non fieri, fundi, ædium non fieri, *l.quam rem, de usurp.& usuc.* abolita sententia veterum, puta Masurii Sabini, & aliorum hujus sectæ, qui non hominum tantum, neque mobilium aut se moventium, quæ auferri occulte possunt, amitti & subripi, sed etiam fundi & ædium dicebant furtum fieri. Verius est furtum non fieri, nisi res loco moveatur, & non sine contrectatione. Contrectare est suo loco movere, alioquin non est furtum: res autem immobilis non potest loco moveri, ergo nec contrectari: proinde rei immobilis furtum non E fit, & ob id meminit rerum mobilium, cum quæritur de actione furti, an ea primus secundo teneatur. Cur autem ait, furti non agere secundum creditorem adversus primum, venditis reb. mobilibus, quarum pignus generali & nuda conventione non traditione contractum erat? quia possessio earum rerum non fuit apud secundum creditorem, & solius possessionis furtum fit, ut inferius demonstrabitur. Hoc vero quod ita scribit Papin. pugnare videtur cum eo, quod Julianus dicebat in *l.in actione, §.ult. l.si is qui rem 66. de furt.* debitorem furtum facere pignoris, neque esse hoc novum, ut quis faciat furtum suæ rei, & teneri eum debitorem furti creditori, si pignus vendiderit, etiamsi is creditori nunquam tradiderit: possessio pignoris non fuit apud creditorem, quia con-

constitutum fuit nuda conventione, & tamen ei furtum fit. Et Idem Julianus similiter existimabat, & utebatur in eam rem auctoritate Sabini, furtum fieri servi, cujus usumfructum defunctus legasset, & furti agere fructuarium eo servo subrepto, etiamsi ejus servi possessionem nondum apprehendisset fructuarius, vel heres, etiamsi nemo eum possedisset, videlicet si subreptus esset post aditam hereditatem, quo tempore fructuarius uti frui potuisset si servus non fuisset interceptus: post aditam hereditatem, recte, quia servi hereditarii furtum non fit, & hoc omne ostenditur in *l. si homo, de usurp. & usucap.* Ex his ita concludatur: ergo furtum fit non possidenti, furtum fit ejus rei, quæ a nemine possidetur. Prava igitur est ratio, qua utitur Papin. hoc loco, ut primus secundo non teneatur furti nomine rerum mobilium, quas vendidit titulo pignoris, quia secundus creditor possessor non fuerit, quia possessionem nullam amiserit. Sed animadvertendum est, in omnibus locis supradictis, hanc sententiam, quæ Papiniano objicitur, Juliano tantum adscribi, ut scilicet jure pignoris, vel jure ususfruct. detur actio furti, licet possessio non fuerit apud creditorem, vel usufructuarium. Ergo & jure dominii dat actionem furti, etiam si possessio non fuisset apud dominum tempore ablatæ rei: Juliano, inquam, tantum adscribi, Juliani sententiam referri, non probari in loco nominatim: itaque non videri probatam ab illis sententiam Juliani, quia regulariter furtum non fit ejus rei, quæ a nemine possidetur. Furtum fit solius possessionis, ut Scævola dicebat, *l. 1. §. Scævola, si quis testam. liber esse &c.* veteribus quidem placebat, etiam rei hereditariæ furtum fieri, quæ tamen a nemine possidetur. Hoc placebat Sexto Ælio, Marco Manilio, Marco Bruto Jurisconsultis: quæ tamen sententia novis Juris. non probatur, ea ratione, quia solius possessionis furtum fit, *d. §. Scævola, & l. hereditariæ, de furt. l. in eo, de acq. rer. dom.* & hereditas jacens non habet possessorem. Et certissimum est, hac in re abolitam fuisse sententiam veterum, quod solius possessionis furtum fiat. Cur non tentabimus in illa re etiam eadem ratione, abolitam videri sententiam Sabini, qui fuit ex veteribus, sive Juliani? quæ tamen an aliquo colore defendi possit videamus. In specie *d. l. si homo*, si quis post aditam hereditatem subripuerit servum, cujus ususfructus alii legatus erat, nunquam possessum ab herede: vel fructuario, fructuario tenetur furti: res est furtiva, nec potest usucapi, antequam purgatum vitium fuerit: hoc defendam isto colore, quia fructuario possessionem, si non subripuerit, præripuerit, qui eo tempore potuit uti frui; post aditam hereditatem nempe. Et in specie *d. l. in actione, §. ult. & l. si is qui rem*, debitorem furtum facere pignoris, si id vendiderit, & creditori teneri furti, etiamsi nunquam creditor pignus illud possederit, sed id nudo pacto constiterit, quia sc. vendendo pignus, debitor possessionem, quam habuit intervertit: ut sit furtum, satis est interversam possessionem, etiamsi non sit interversa ei, qui furti agit. Ergo quoquo modo interversa possessione, etiamsi ea non fuerit apud creditorem pigneratitium, sed apud debitorem, vel alium, jure pignoris creditori competit actio furti: Nam & placet, jure dominii solius dari actionem furti, si alii possessori, non domino, res ablata fuerit, divisam actionem furti inter dominum & possessorem, *l. furtivam, d. l. si is qui & l. inter omnes, §. si servus, de furt. & d. l. si homo* 1. in ultim. versu *l. 1. de furt.* furtum definitur esse interversio rei, vel usus, vel possessionis. Sed & definiamus plenius, & erit certissima & plenissima definitio, furtum est interversio rei (rei autem nomine significatur proprietas) vel usus, vel fructus, vel hypothecæ alienæ, sive pignoris alieni: hæc est definitio, sed quidquid horum intervertatur, nunquam intervertitur, quin & possessio intervertatur, vel naturalis, corporalis, vel civilis, quæ apud aliquem fuerit; non fit interversio rei, nisi & possessionis fiat, nec pignoris fit interversio, nisi interversio possessionis fiat, quæ si non fuit apud creditorem, fuerit apud alium. Et secundum ea in proposita specie, si primus creditor possessionem intervertisset, quæ fuit apud debitorem, non apud secundum creditorem, proculdubio jure pignoris etiam secundus creditor furti agere posset rerum mobilium nomine, sed ut diximus, eam non intervertit, qui in causa pignoris priorem se esse arbitratur, justo errore ductus. Ergo ut ante diximus, hic primus creditor, qui nullo jure vendidit cetera bona titulo pignoris ante dimissum secundum creditorem, secundo creditori non tenetur actione in personam ex principali obligatione: non tenetur etiam furti, ob res mobiles. Et ait non teneri etiam eum secundo creditori actione hypothecaria, vel actione ad exhibendum, quæ solet dari etiam acturis hypothecaria actione, quæ vindicatio est, *l. 3. §. est autem, ad exhib.* Cur non teneatur hypothecaria, & propter eam ad exhibendum? Ratio est facilis, quia neque possidet cetera bona, neque dolo malo desiit possidere. Et hæ actiones erunt tantum adversus possessores, vel adversus eos, qui habentur pro possessoribus, ut qui dolo desierunt possidere. Nam dolus pro possessione est. Et inde concluditur, secundo creditori in hac specie superesset tantum actionem hypothecariam adversus emptores, & possessores ceterorum bonorum, qui scil. redire poterunt ad primum creditorem ob evictionem, *ils auront recours contre le premier pour la garantie*, quia nullo jure vendidit. Et hæc est definitio elegantissima Papin. cui tamen opponitur *lex creditor* 12. §. *Papin. sup. tit. prox.* Species hæc est: primo creditori obligavit rem aliquam specialiter, deinde eandem rem specialiter obligavit secundo creditori; post primo creditori novatione facta prioris contractus, & credita majore pecunia ut fit frequenter, pignori obligavit eandem rem, adjectis aliis pignorib. quibusdam: novationem fecerunt majore credita pecunia, ut utramque pecuniam in unam summam redigerent, & unam obligationem, & pignori dedit eandem rem, atque alias quasdam. Sane primus potior est in omnibus rebus; quia prior est in ea re, quæ primum obligata est, & in adjectis rebus, est solus. Igitur primus in omnibus sane est potior, & jure vendet pignora, si ei non solvatur, sed non vendet eam rem, quæ fuit specialiter pignerata, nisi ad modum, *a la concurrence*, pecuniæ primo loco creditæ, id est, quod ex venditione pignoris redegerit; id expensum feret primæ tantum pecuniæ, non ei, quæ credita est post secundum creditorem. Si quid superfluum fuerit, id est, si ex venditione pignoris plus redegerit, quam sit in prima pecunia, hoc debet restituere secundo creditori. Ergo secundo creditori tenetur, non condictione ex lege, ut ait Accurs. non officio judicis, non actione in factum, sed ut opinor, utili actione hypothecaria, quod sc. secundo creditori ejus rei hypotheca, *la plus valiie, la prevalence en Savoye*, videatur fuisse obligata, ut in *l. quærebatur, eod.* id est, quod plus esset in pretio rei, quam in prima pecunia. Vides in hac specie primum creditorem secundo teneri actione hypothecaria, ut ei restituat, quod plus tulit ex venditione pignoris, quam ei prius creditum fuisset ante contractam obligationem cum secundo creditore. Cur & in hac specie secundo non teneatur hypothecaria, facile erit demonstrare nullam aut parvam esse differentiam. Species de qua agitur hoc loco hæc fuit: primo creditori fuisse obligata prædia specialiter, secundo autem creditori omnia bona; ac post secundum, ob eundem contractum, novatione facta, ut fit credita majore pecunia, fuisse obligata omnia bona. Primus jure vendit prædia, hoc est certissimum, non cetera bona: quod autem ex venditione redegit, imputat primæ pecuniæ, quam credidit sub pignore prædiorum specialiter. Superfluum autem sane restituet secundo creditori actione hypothecaria eodem jure, *d. §. Papinian.* Cetera autem bona nullo jure vendidit, nec tamen eo nomine tenetur secundo creditori utili hypothecaria, vel alia actione ulla, cum scilicet ei sufficiat directa hypothecaria adversus possessorem ceterorum bonorum, quæ cessat adversus possessorem prædiorum, qui jure emit, ab eo, qui jure vendebat, atque ideo æquum est, ei consuli de

super-

ſuperfluo, data actione utili adverſus primum creditorem. Quod & ita hoc loco etiam Accurſ. ſenſit rectiſſime.

Ad Leg. ſi rem XLVII. de Acquiren. poſſeſſ.

Si rem mobilem apud te depoſitam, aut ex commodato tibi poſſidere neque reddere conſtitueris, confeſtim amiſiſſe me poſſeſſionem vel ignorantem reſponſum eſt. Cujus rei forſitan illa ratio eſt, quod rerum mobilium neglecta atque omiſſa cuſtodia, quamvis eas nemo alius invaſerit, veteris poſſeſſionis damnum adferre conſuevit. Idque Nerva filius libris de uſucapionibus retulit. Idem ſcribit, aliam cauſam eſſe hominis commodati omiſſa cuſtodia: Nam poſſeſſionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eam poſſidere cœperit, videlicet ideo, quia poteſt homo propoſito redeundi domino poſſeſſionem ſui conſervare, cujus corpore ceteras quoque res poſſumus poſſidere. Igitur earum quidem rerum, quæ ratione vel anima carent, confeſtim amittitur poſſeſſio: homines autem retinentur, ſi revertendi animum haberent.

EX *l.1.de diſtract. pignor.* intelleximus, hanc eſſe differentiam inter res mobiles & immobiles, (quanquam is non fuerit præcipuus finis ejus legis:) quod rerum mobilium furtum fiat, non rerum immobilium, abolita ſententia veterum, qui dicebant, etiam rei immobilis furtum fieri, *l.quam rem, de uſurpat. & uſucap. l.rerum, de furt.* Nunc ex *l.ſi rem mobilem, de acquir. poſſeſſ.* eadem differentia confirmatur, atque etiam ex ea aliæ elicientur veluti neceſſaria conſequentia. Sed huic legi facile erit addere interpretationem legis 18. *quæ in fraud. credit.* Hæc eſt differentia, quæ proponitur hac *l.ſi rem*, rei mobilis poſſeſſionem amittit etiam ignorans, ut puta, ſi rem mobilem apud te depoſitam, *vel ex commodato*, ut eſt Florentiæ ſcriptum, vel ex alia cauſa; (nam deponendi multæ ſunt cauſæ, commodatum, ſequeſtro datum, pignus, & quod proprie dicitur depoſitum:) ſi, inquam, *rem mobilem apud te depoſitam ex commodato, vel ex alia cauſa, tibi poſſidere, il faut lire ainſi cecy, nec reddere conſtitueris*, id eſt, ſi eam rem furandi animo contrectaveris, ita eſt neceſſe interpretari ex *l.3.§.ſi rem, hoc tit.* etiamſi hoc dominus ignoret, te rem ſepoſuiſſe tibi lucrandi animo, ejus rei poſſeſſionem amittit. Furtum fit etiam ignoranti, quis hoc neſcit? Eſt autem furtum, poſſeſſionis interverſio. Ergo poſſeſſio intervertitur etiam ignoranti: inficiatio depoſiti non eſt furtum, ſed contrectatio, loco motio, poſſeſſionis interverſio, cum jam non depoſitori, ſed tibi rem habere conſtitueris, *l. inficiando, de furt.* Inficiando depoſitum, nemo furtum facit, ſed contrectando lucri faciendi animo. Et ſubjicit recte in *d.l.* nam iſta inficiatio non eſt furtum, licet prope furtum ſit. Et ex ea l. ut puto, non ineleganter ita eſt ſcriptum in conſuetudinibus Neuſtriæ, cap.7. *Iacoit que l'on ne die pas que ce ſoit larrecin, que denier, ſi eſt-ce qu'il y a un peu de ſaveur de larrecin.* Ipſa quidem inficiatio non eſt furtum, ſed eſt prope furtum. Et hoc de re mobili. Verum ſi colonus, vel inquilinus fundum aut ædes, id eſt, rem immobilem ſibi poſſidere conſtituerit, neque reddere domino, puto aut potius præſumo, non ſtatim dominum poſſeſſionem amittere, quia rei immobilis furtum non fit, id eſt, quia rei immobilis non temere, non confeſtim poſſeſſio intervertitur: ſcientem poſſeſſorem amittere, puta ſi reſcierit, colonum fundum ſibi habere, & poſſidere, & palam profiteri, ac præ ſe ferre, nolle ſe eum finita conductione domino reddere; ſcientem, inquam, quia animus deſit ſcienti alium uſurpaſſe poſſeſſionem, & conſtat ſolo animo amitti poſſe. Et ita quoque rei immobilis poſſeſſionem, quam quis ſolo animo retinebat, non corpore ſuo, vel alieno, non amittit inſciente animo ſuo, non amittit ignorans, etiamſi alius eam occupaverit, & hoc ipſe ignoret, *l.prox. ſup. hoc tit.* Nec etiam ignorans poſſeſſionem amittit, ſi colonus, vel inquilinus, per quem poſſidebat rem immobilem, id eſt, ejus corpore, eam deſeruerit, id eſt, non amittit eam ignorans ſtatim, atque deſerta eſt a colono, vel inquilino, niſi ſcilicet hoc caſu alius eam ingreſſus ſit: Nam hoc uno caſu, puta alio ingreſſo poſſeſſionem, quam deſeruit colonus, vel inquilinus, placet etiam ignoranti poſſeſſionem auferri, *l. peregre, §. ult. hoc tit.* Vix igitur rei immobilis poſſeſſio tollitur ignoranti, facile rei mobilis. Et conſtituenda hac in re eſt differentia inter invitum & ignorantem: invitus multo pluribus modis amittit poſſeſſionem rei immobilis, quam ignorans: ignorans illo caſu, invitus etiam aliis, ut ſi in locum fundi mortuum intuli, etiamſi ſim contemptor religionis, id eſt, etiam invitus poſſeſſionem ejus loci amitto, nec tantum ignorans, *l.qui univerſas, §.1. hoc tit.* Item ſi prætor me poſſeſſione expellat, & alium faciat poſſeſſorem, ut facit ſæpe, propter contumaciam & inobedientiam, invitus poſſeſſionem amitto, nec tamen ignorans. Quibus caſibus invitus amitto, non ſemper & amitto ignorans. Contra quibus caſibus invitus adquiro, & adquiro ignorans. Et ſeparata eſt ratio amittendi & adquirendi, ſicut in *d.l.peregre, hoc tit.* dicimus, non eandem eſſe rationem adquirendæ & amittendæ poſſeſſionis. Si quis ſolvat creditori meo me invito, liberat me. Idem erit ſi me ignorante ſolvat, *l. ſolvere, de ſolution.* Suus heres invitus fit heres. Ergo & ignorans, *§.ſunt autem, inſtitut. de hered. quæ ab inteſt.* Servus vel filiusfamilias mihi adquirit dominium invito: ergo & ignoranti, *§. item nobis, Inſtit. per quas perſon. nob. adq.* denique non eſt eadem ratio adquirendi & amittendi ſemper. Et huic differentiæ alia ſubjicitur in hac lege, ex qua hæc proficiſci videtur, ſicut & hæc ex illa quam habemus in *l.1.de diſtract. pignor.* Rei mobilis, excepto homine, poſſeſſionem amitto ſtatim atque deſiit eſſe ſub cuſtodia mea, ſub poteſtate mea, quamvis eam nemo alius invaſerit. Deſinit enim eſſe cuſtodia mea non tantum, ſi ab alio interverſa ſit ſive occupata, ſed etiam, ſi ejus neglexerim & omiſerim cuſtodiam, & ſic eam ita perdiderim, ut ignorem ubi ſit, licet eam nemo apprehenderit, *l.3. §.Nerva, & l.ſi is, qui, hoc tit.* Quod proprie hoc loco demonſtrandum eſſet latius. Sed cum etiam ego id demonſtraverim latius in *l. peregre*, ideo in ea re nunc ero brevis. Videamus quid ſit in re immobili. Res immobilis non poteſt non eſſe ſub cuſtodia noſtra, quæ non poteſt moveri, auferri, celari, occultari, quamvis ſcilicet eam alius non invaſerit, Ergo res immobilis ſemper eſt ſub cuſtodia noſtra, quamdiu alius eam non occupat. Ideoque ſi negligam & omittam ejus cuſtodiam, non ideo ſtatim poſſeſſionem amitto, ſed ſi negligam & omittam poſſeſſionem ipſam, ut eſt ſcriptum in *l.ſi de eo fundo §.1.hoc tit. & l.cum fundum, de vi & vi arm.* Aliud eſt cuſtodia, aliud poſſeſſio, quod maxime notandum. Ex primo decreto, quo quis mittitur in poſſeſſionem, fit cuſtos non poſſeſſor, *l.3. §.ult. hoc tit.* Ex ſecundo fit poſſeſſor. Igitur aliud eſt negligere & amittere cuſtodiam, aliud negligere & omittere poſſeſſionem, in rebus immobilibus ſcilicet, atque etiam in homine: excipio enim hominem ſervum a rebus mobilibus. Nam etiamſi hominis mei, ſervi mei neglexerim & omiſerim cuſtodiam, non ideo ſtatim ejus poſſeſſionem amiſi, antequam alius eum poſſidere cœperit, quia propoſito redeundi, ſervus poſſeſſionem ſui & ceterarum rerum omnium, quas tenet, domino conſervat, maxime, ut dixi, quod volo ſuppleri ad hanc legem, quia idem etiam obtinet in ſervo fugitivo, ut ejus poſſeſſionem non amittamus, qui exierit cuſtodia noſtra, nec ſciamus ubi ſit, licet non habuerit animum revertendi, id eſt, propoſitum revertendi, *l.1. §.per ſervum, quia in fuga, l.Pomponius, in princ. l.rem, quæ nobis, hoc tit.* Qua de cauſa in lege Caninia, etiam fugitivi numerabantur inter ſervos, quia eorum poſſeſſio retinetur animo, & amittitur duobus tantum modis, ſi alius eos poſſidere cœperit, vel ſi ſe ipſi pro liberis gerant, & ſint parati ſuſcipere liberale judicium. In aliis rebus mobilibus, quæ ratione vel anima carent, idem eſt, negligere & omittere cuſtodiam, & negligere ac omittere poſſeſſionem. Idem eſt cuſtodia & poſſeſſio. Hæc differentia maxime notanda eſt.

Ad

Ad Legem XVIII. quæ in Fraud. credit.

Etsi pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit, verior sententia est, nullam fieri donationem existimantium. Quod sine dubio si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur. Idemque est etsi quivis debitorum in fraudem creditorum pignus omiserit;

IN *l.* 18. *quæ in fraudem credit.* sciendum est, ex illo edicto, quæ in fraudem, actione utili ut vocatur in hac *l.*18. id est, actione in factum: omnis actio utilis est in factum, & contra, quæ dicitur actio Pauliana, *l. videamus*, 38. *de usur.* ea, inquam, actione revocari & rescindi, quæ a debitore gesta sunt, omnia in fraudem creditorum, quod verbum, *gesta*, latissime patet, ut ait *l.*1. *h.tit.* Quia eo verbo comprehenditur etiam liberatio
B & remissio pignoris, *l.* 2. *hoc tit.* Si debitor fraudandorum creditorum causa pignus remittat suo debitori, ea remissio rescinditur, & reintegratur pignus postulantibus creditoribus, quia creditores fraudare voluit, non beneficio voluit afficere debitorem suum. Remissio pignoris non est donatio, quia nihil largiris de tuo, nihil minuis de tuo. Idque ex eo apparet, quod remissio pignoris consistit inter virum & uxorem, ut puta, si uxor viro remittat pignus dotis, aut crediti causa constitutum, remissio valet, donatio non valeret. Lex Cincia, quæ prohibuit donationes certis casibus, aut eis modum imposuit, de qua sunt intelligendi omnes luci in titulis de donationibus vel aliis titul. quibus agitur de modo donationum: nec enim licebat in immensum donare. Lex Cincia, quæ & lex Muneralis dicta est,
C imposuit modum donationibus, ut *l.*1. *de dotib.* Sicut hodie constitutionibus regiis, donationibus modus est impositus: lege Falcidia legatis & fideicommissis. Ea lex Cincia, quo casu impediit donationem, non impedit remissionem pignoris, quia remissio pignoris non est donatio, *l.*1. §.1. *quib. mod. pign. vel hypot. solv.* ubi lex Cincia, de quo est locus corruptus in Nov. 162. ut alias ostendi, ubi est scriptum; *Sentia*, simpliciter, & Haloander adjecit perperam, *Ælia*, in Græco legendum, *κίνκια*, non *σέντια*. Ita etiam ex *l.*3. *in fine de leg.*3. ab eo, cui donavi mortis causa, possum relinquere fideicommissum, ab eo cui remisi pignus, non possum relinquere fideicommissum, quia nihil ei donavi: donatio de suo proprio largitio est, de sua re. Ergo non mirum, si jure remittat conjunx conjugi pignus vel hypothecam, si
D utilis dicatur esse remissio: Nam & hoc addendum, etiam remissio pignoris non est intercessio, alioquin non valeret propter Senatusconsultum Vellejan. de intercessionibus mulierum. Denique remissio pignoris non est donatio, neque intercessio, quod præter supra dictas leges etiam ostendit *l. quamvis, in pr. ad Vell. & l. etiam, & l. jubemus, C. eod. tit.* Et tamen si quis pignus remiserit in fraudem creditorum, quia incurrit fraus creditorum in ea re, ea remissio rescinditur, quia omne quodcumque geritur in fraudem creditorum, hoc judicio rescinditur. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. cum Fundum XVIII. de vi & vi armata.

Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit.
E *Postea emptor vi colonum expulit: interdictis unde vi, quæsitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit. Neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori; quia nemo eo animo esset, ut possessionem amitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, & ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quæsitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? dixi non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.*

EX lib. 26. Quæstionum superest dumtaxat *l. cum fundum, de vi & vi armata*, quæ etiamsi tot in eam non
A impenderim dies, quot habui aut præsumpsi mihi potius vacuos a labore ipso duro difficillimoque, imo nec centesimam quidem partem temporis in eam impenderim, tamen dignissima erat tot dierum meditatione, ac si non fuisset ante jam tentata diu, non potuisset ejus intelligentia promissa, & tractatio non difficilis evenire mihi. Duas autem continet quæstiones de interdicto unde vi. Ad priorem quod attinet: sciendum est, hoc interdictum pertinere ad recuperandam possessionem fundi vel ædium possessionem; igitur rerum immobilium: Nam mobilium vel etiam quasi, ut possessionem ususfructus, qui inter eas res numeratur, quæ neque mobiles sunt neque immobiles: his intermediæ sunt res incorporales. Et sæpe plerique falluntur hoc dilemmate: aut res mobiles sunt, aut immobiles; sunt
B enim quædam neutræ, ut servitutes & res omnes incorporales. Hoc igitur interdictum pertinet ad recuperandam possessionem rerum immobilium, vel etiam ususfructus, cujus possessione quis expulsus est, vel ad restituendum eum in pristinam causam, qui prædio vi dejectus est, cum non possederit, sed in possessione esset. Et sic est duplex interdictum, *de vi & vi* armata: ut conceptus est hic titul. *de vi*, simplici scilicet. Vis simplex est vis quotidiana, ut veteres J.C. loquebantur, vel quod de ea proponitur interdictum quotidianum. Hæc vis dicitur potius quam fit: dicitur verbo, non fit manu, aut multitudine coacta. Et in plerisque causis ea hodie utimur non inciviliter. Vis armata est, quæ fit ferro & viribus & manu coacta. Multæ sunt differentiæ inter hanc & illam vim, inter hoc & illud In-
C terdictum. Inter ceteras hæc una est, quod interdictum de vi armata detur, non tantum possessori, qui dejectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat tunc cum dejectus est, licet eum sibi non possideret, veluti colono, *l.* 1. *C. comm. de usuc. le conducteur peut former complainte en certain cas.* Interdictum de vi simplici datur possessori tantum dejecto de possessione sua non domino, *l. Fulcinius, hoc tit.* certe datur ei qui modo possessor fuerit, non possessori non datur, *l.*1. §. *interdictum autem, hoc tit.* Et hanc differentiam M. Tullius notavit in oratione pro Cæcinna his verbis: In *interdicto quotidiano, unde ille me vi dejecerit, addi, cum ego possiderem, in interdicto de hominib. armatis, non addi*: Et rursus: *in interdicto quotidiano eum, qui fatetur se dejecisse, vincere, si ostendat actorem non possedisse: in inter-*
D *dicto de hominibus armatis eum, qui ostendere possit, eum non possedisse, qui dejectus sit, condemnari tamen si fateatur a se dejectum.* Et perseveremus in eodem exemplo coloni, quem constat nullam possessionem habere, ut est in *l. non solum*, §.1. *& seq. de usur. & us.* Si nondum finita locatione dominus fundum vendiderit, nec exceperit, ut emptor colonum perfrui sineret, sed vel tacite emptori permiserit ire in possessionem fundi, emptor colonum expellere potest vi quotidiana, *s'en emparant sans force*, non coactis hominibus armatis, atque prohibere potest eum frui: quo casu colono erit regressus adversus dominum locatorem actione ex conducto, perinde ac si dominus ipse colonum perfrui vetuisset, *l. emptor, C. de loc. l. arbores*, §.1. *sup. de usuf.* Emptor, qui expulit colonum vi quotidiana, neque colono tenetur interdicto unde vi, quia
E colonus non possidebat, *l.*1. §. *dejic. hoc tit.* neque domino, quia voluntate ejus ivit in possessionem. Vis igitur hæc est impunita quasi vilis vis. Unde merito dubitatur, cui in casu proposito in hac lege, emptor, qui expulit colonum, colono teneatur interdicto quotidiano unde vi? Et intelligemus quidem paulo inferius hoc ideo fieri, quia in specie hujus legis colonus prius prohibuerat emptorem ingredi vi adhibita, quotidiana tamen, quo facto videtur dominum dejecisse de possessione: cum scilicet dejecit eum, quem miserat dominus: ita hoc facto colonus cœpit possidere, qui ante prohibitionem non possidebat. Colono igitur, qui cœpit possidere, si postea emptor eum dejiciat, quasi possessori dabitur interdictum unde vi adversus emptorem, sed spe-

ciem legis latius exequamur. Locasti colono fundum, deinde vendidisti eum Titio nondum peracta locatione: debuisti ex natura emptionis venditionis tradere emptori vacuam possessionem fundi; & vacua est, quæ libera est, nec detenta ab alio, *l.* 2. §. 1. *de act. emp.* non tradidisti, sed jussisti eum ire in vacuam possessionem, jussisti colonum, per quem fundum possidebas, emptori tradere possessionem: quam si tradiderit, sane jam tradidisti: si non tradiderit, nondum tradidisti. Finge, colonum non tradidisse emptori possessionem, sed vi adhibita sive hominibus coactis armatisve prohibuisse emptorem ingredi fundum: postea finge, ex intervallo colonum emptorem dejecisse de possessione, quam colonus per prohibitionem illam vimque priorem quam jam suam fecerat, an utraque vis coercetur hoc interdicto? Sic videtur Papiniano. Ergo definit ita: colonum teneri domino interdicto unde vi, colono autem emptorem de vi armata. Videndum est, quæ sunt causæ utriusque interdicti. Est D. Hilarii dignissima vox episcopi, *ex causis dicendi esse sumendam dictorum intelligentiam*. Cur hoc interdicto colonus tenetur domino? quia dominum dejecisse videtur qui non admisit emptorem, imo repulit & rejecit sive dejecit: quid est dejicere? missum voluntate domini non admittere. Nihil interest dominum prohibuerit, an emptorem missum voluntate ejus, *l. colonus, supra hoc titulo*. Imo vero emptorem non videtur dejecisse, qui nactus non erat possessionem, sed venditorem tantum, quia venditor non ante videtur amisisse possessionem, quam emptor eam ingressus sit, nec enim amittitur possessio sine animo, & animus est venditori retinendæ, non amittendæ possessionis, donec eam emptor ingressus sit. Igitur venditor quasi possessione, quæ sua erat, nondum emptoris, deturbatus a colono, recte aget cum colono interdicto unde vi. Ex his colligitur, nec desinere possidere fundum, quem possideo corpore coloni & animo meo, si colonus vel me, vel alium ex voluntate mea introire volentem prohibuerit: prohibitio hæc vis est; vis mutat causam possessionis, non destinatio animi sola, si fundum colonus sibi possidere animo cogitaverit: nam non mutat etiam sola animi destinatio, aut non facit furem rei mobilis, puta si quis rem depositam abnegaverit, nisi & intercipiendi causa occultaverit, *l.* 1. §. 1. *de furt. l.* 3. §. *si rem, l. si rem, de acquir. possess.* Quod in re immobili contingere non potest, ut occultetur. Imo & venditio fundi sola non mutat causam possessionis si colonus fundum conductum alii vendiderit, *l. cum nemo, & l. ult. C. de acquir. possess.* quia ex regula juris, nemo potest sibi ipsi mutare causam possessionis. Colonus igitur, qui sibi non possidet, non potest efficere, vel cogitatione vel venditione fundi, ut quod tenet ex causa conductionis, sibi possederit, aut sibi possedisse intelligatur, ut quod tenet pro alieno, possideat pro suo, nisi alia major causa extrinsecus accedat, veluti traditio ipsius fundi facta alteri, *l.* 3. §. *quod si servus, sup. de acquir. possess.* Si modo legatur, *tradiderint*, non *tradiderim*, *argum. l. non solum*, §. *qui pignori, de usurp. & usucap.* vel etiam nisi accedat vis vel suspicio, vis quæ efficiat, ut dominus deponat animum possidendi. Quæso, cur vero emptor tenetur colono eodem interdicto? quia post prohibitionem colonus sibi possidere cœpit dejecto domino. Ergo ei quasi jam facto possessori, merito competit interdictum unde vi adversus emptorem, qui colonum dejecit, quod non competeret non possessori. Ac præterea, quod maxime notandum in hac lege colonus non videtur possedisse, antequam dejiceretur ab emptore, sed a venditore: ab eo dicitur quis vi possidere, quem vi dejicit: colonus autem prohibendo emptorem introire, venditorem videtur dejecisse, non emptorem, videtur dejecisse venditorem, quia venditor possidebat, ergo a venditore vi possidet, *il tient la possession de luy par force*. Cur hoc diximus? quia si ab emptore vi possideret, aut clam aut precario, non posset cum eo experiri interdicto unde vi, *l. prox. sup. h. t.* Si ego te vi dejeci, & confestim tu me,

A deinde ego te, habes utile interdictum unde vi adversus me. Cur? quia non videris a me possidere, id est, qui in ipso congressu, in continenti possessionem sibi vi adeptam, vi recuperat, videtur potius reverti in pristinam causam, quam vi possidere, alioqui videreris a me possidere vi, & si hoc esset verum, non posses mecum agere hoc interdicto. Et recte in *l.* 1. §. *qui a me, h. t. qui a me vi possidet, si ab alio dejiciatur, habet hoc interdictum:* recte si ab alio: Nam si a me ipso dejiciatur, non habet hoc interdictum, qui a me vi possidet, & loquitur tota illa lex 1. de interdicto quotidiano: Nam, quæ est altera differentia inter hæc duo interdicta de vi & vi armata, interdicto de vi armata agere licet ei, qui ab eo vi possidet, in quem agit, puta si ab eo postea quam eum ipse prior dejecit, ex intervallo dejectus fue-
B rit vi armata, *l.* 14. *h. t.* Secus si ex continenti dejectus sit, quia propulsio, quæ fit ex continenti, non est vis: vim vi, arma armis repellere licet, *l.* 3. §. *eum, hoc tit.* Igitur non impune dejicio vi armata eum, qui me vi dejecerat, nisi hoc faciam in continenti. At impune dejicio etiam ex intervallo vi quotidiana sine armis eum, cui me vi dejecerat, nec teneor interdicto unde vi: & ita Paulus recte 5. *Sent. tit. ult.* & Marcus Tullius in eadem oratione. Igitur ad propositam speciem, si colonus dejecisset emptorem, non posset cum eo experiri hoc interdicto, quia non emptorem videtur dejecisse, sed venditorem: sed colonus cum emptore potest experiri hoc interdicto si ab eo postea vi dejiciatur, etiamsi mandato venditoris emptor postea hoc faciat, quia mandato illicito non debuit obtemperare. Et observandum est, qui
C tenetur interdicto unde vi agere interdicto unde vi, cum qui furti tenetur, non agat furti: furti causa est inhonesta, turpis, famosa, & quod ex ea igitur prætenditur, id quod interest: vis quotidianæ causa non est famosa, sed civilis, *l. neque hoc tit.*

Ad §. Eum qui.

Eum, qui fundum vindicavit ab eo, qui interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilominus interdicto recte experiri placuit.

IN hoc §. Papinian. scribit, *placuisse*, quo verbo significantur constitutiones Principum, ut is, qui fundum vindicavit ab eo cum quo potuit experiri interdicto un-
D de vi, pendente eo judicio, vindicationis scilicet, nihilominus posset experiri interdicto, quod ex hoc loco relatum est etiam in *cap. pastoralis, de causa possess. & prop.* Sciendum est, rei corporalis, ut penitus hoc intelligatur, vindicationem dari domino, qui non possidet rem adversus rei possessorem, *l.* 1. *C. ubi in rem actio exerceri debeat*, §. *æque, Instit. de action.* Possessio, ut est in *l. un. C. de alienat. jud. mut. causa facta*, in rem actionem parit adversario, possessio scilicet ex parte ejus unde petitur, ut in *l.* 17. *de pignor. Pignoris possessio*, sic legendum, *in rem actionem parit creditori*, juxta quod in *l. si fundus*, §. *in vindicatione, eod. tit.* In vindicatione pignoris quæritur, an rem de qua agitur, possideat is, cum quo agitur: si non possideat, vel dolo non desiit possidere, absolvendum eum esse. Possessio creat actionem in rem. Et
E ita in *l. non alias*, §. *ult. de judic.* in rem actionem ex præsenti possessione esse, vel præterita scilicet, quam dolo malo omiserit, quæ habetur pro præsenti, licet non sit præsens. Et in *l. ult. de rei vindic.* Facile esse evadere actionem in rem, quia is non compellitur pati eam actionem, qui dejerat & asseverat se non possidere: *la demande au petitoire se concoit ainsi, pour declarer a quel tiltre il tient, occupe, & possede.* Licet autem exitus rei vindicationis hic sit, ut possessio rei transferatur in actorem, *l. qui restituere, & l. ult. de rei vindic. l. si cum venditor, de evict.* non tamen per eam actionem, per vindicationem possessio vindicatur, sed proprietas. Est legitima vindicatio proprietatis: ususfructus legitima vindicatio pignoris, nulla est legitima vindicatio possessionis.

Ælius

Ælius Gallus Jurisconsultus apud Festum: *In legitimis* A *actionibus*, inquit, *nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet*, id est, vindicare, *sed ad interdictum venit uti possidetis, vel utrubi*. Igitur interdicto prætorio, non legitima actione ulla possessio, vindicatur: denique actione in rem, rem meam voco, rem meam esse, non possessionem meam voco. Et si quidem probavero rem meam esse, possessio in me transfertur a reo, qui eam se possidere non negaverit: Nam ab eo qui negat se possidere, si convincatur possidere, statim possessio in me transfertur per judicem jure dominii, licet rem meam esse non probavero: hæc est mendacii pœna, *d.l. ult. de rei vindic.* Ergo actio in rem est intentio dominii. Et excepto illo casu d. legis ult. illi, qui agit hac actione, ob id incumbit probatio dominii quæ probatio, quia plerumque est difficilis, consilium dant omnes Ju- B risconsulti, ut si possit quis, interdicto potius agat, quo vel adipiscatur, vel recuperet, vel adserat, vel defendat sibi possessionem, id est, vindicet, quam legitima actione, qua rem suam esse petat, qua rei se dominum esse contendat: quia longe commodius est agere possessori judicio possessorio, quam petitorio; longe commodius possidere, quam alio possidente petere, *l. is qui destinavit, de rei vindic.* quia scilicet, possessori nullum incumbit onus probationis, nec necesse habet causam, titulum, auctoritatem possessionis suæ edicere, vel edocere, *l. in speciali, eod. tit. l. pen. C. eod. tit. l. pen. C. de pet. hered.* Et in pari causa melior est conditio possessoris, fortuna pro possessore judicat. Igitur in specie hujus *l. ult.* non satis prudenter sentit is, non satis consulto facit is, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo C poterat experiri interdicto unde vi ad recuperandam possessionem sibi ab eo vi ereptam: Sed factum suum quæritur, an tamen adhuc sit ei integrum emendare, pendente judicio rei vindicationis, & experiri interdicto unde vi: Et Papinianus ait, etiam pendente eo judicio, nihilominus utiliter agi interdicto unde vi. Quod sic accipiendum esse reor, non tantum, ut suspenso tantisper, vel penitus omisso judicio, rei vindicationis mutata formula, *changeant de conclusion*, experiatur interdicto unde vi, sed etiam ut utroque judicio agat, petitorio & possessorio, ut pendente scilicet, nec intermissa vindicatione, etiam agat interdicto unde vi. Quo jure etiam hodie utimur, & vel proposita tantum vindicatione, etiam de possessione certamus, vel proposito tantum interdicto, etiam proprietatis probationes in judi- D cium adferimus, vel utramque simul, id est, proprietatem, & possessionem in judicium deducimus, vindicationem & interdictum. Fabius lib. 7. *Instit. In interdictis*, inquit, *etiamsi non proprietatis quæstio est, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostros possedisse docemus*: utrumque scilicet docemus, utrumque cumulamus, utrumque conjungimus, in uno eodemque judicio. Neque vero mirum, simul agi posse rei vindicatione & interdicto unde vi, ut hoc loco ostenditur, quæ remedia sive judicia non sunt contraria, cum & usu receptum sit, non absque ratione & auctoritate juris contraria remedia sive judicia posse cumulari subalternatim, ut definit Bartol. *l. 1. C. de furt.* Contraria judicia non sunt vindicatio & interdictum unde vi, sed vindicatio rei & interdictum uti possidetis. Nam E in rei vindicatione adversarium possessorem esse fateor, in interdicto uti possidetis, adversarium possessorem esse nego, & me solum possessorem esse assero, atque ita mihi vindico soli possessionem: & tamen, qui cœpit rem vindicare, recte agit nihilominus interdicto uti possidetis, *l. naturaliter*, §. *nihil commune, de acquir. possess.* Quod etiam sic accipio, non tantum ut possit mutare genus judicii, *changer de demande, de conclusion*, & remissa vel intermissa rei vindicatione, agere interdicto uti possidetis, sed etiam, ut possit utroque simul experiri sub alternatione, vel sub protestatione, ut in *l. 1. §. quia autem, quod legat. l. contra, C. de inoffic. testam.* Cum & de utroque constet, judicem simul pro-

A nuntiare posse, & cognoscere ex constitutionibus Principum: Symmach. 1. epistol. eleganter. *Recitata est constitutio, quæ judicibus tribuit copiam, non imponit necessitatem, ut quoties de possessione judicant, continuo si casus tulerit, etiam de jure cognoscant*, id est, de proprietate. Nec obstat quod dicitur vulgo, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate, quod etiam fit plerumque hodie, *l. 3. C. de interdict. l. ordinarii, C. de rei vindicat.* causam proprietatis esse secundam actionem in *l. ult. C. quor. bonor.* Nam fateor, hunc esse solemnem ordinem juris, sed ex constitutionibus licet etiam utrumque simul introducere & disceptare. Si vis ordinem servare, eum serva, ita ut quæstionem possessionis anteponas quæstioni proprietatis. Sed si non vis servare, non serves: hoc enim constitutiones permiserunt.
B Hunc ordinem, ut de eo vos admoneam, quoniam multi in eo falluntur, male existimant comprobari *l. si de vi, de judic. & l. 5. de leg. Jul. de vi publ.* Ex eo loco efficiunt, prius agi debere de possessione, quam de proprietate, perperam. Nam, ut quodam loco me ostendere memini, nec ideo ero in hac re longior, non id vult *l. si de vi*, sed hoc tantum, ut si quæratur de vi criminaliter, judicio publico, & civiliter de possessione vel de proprietate, præferatur criminale judicium civili. Hoc ita Adrianus rescripsit & decrevit. Male etiam ad eum ordinem comprobandum utuntur *l. multi, C. de judic.* quæ ut id etiam breviter stringam, non hoc vult, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate, sed hoc tantum præscribit, ut de utraque quæstione, unus idemque judex cognoscat, quod etiam ex
C eo loco refertur in *capit. 1. de causa possess. & propriet.* Ergo ad rem: etiamsi is sit ordo solemnis, quem servare cuique liceat, tamen & non servare licet. Omnia judicia hodie sunt extraordinaria, id est, licet agere ordine vel extra ordinem. Nec enim sunt sublata ordinaria, si quis eis malit experiri, sed est liberum quacumque de re agere extra ordinem. Est igitur mihi liberum cumulare petitorium judicium & possessorium quodcumque. Nec huic definitioni obstat quicquam, lex *penult. in princ. de acquir. possess.* dum ait, permisceri non debere possessionem & proprietatem. Nam hoc non est, cumulari non debere utramque in uno eodemque judicio: Namque ea cumulatio permistio non est, sed sive uno judicio, sive diversis agatur, semper accurate discerni debere pos-
D sessionem a proprietate, nihil commune habere possessionem cum proprietate. Proprietatem separatam esse, *l. prima, §. hujus, l. penultima, in fine, titul. sequen. l. & an eandem, §. ultim. de except. rei judic.* Sæpe qui est dominus, non est possessor, & qui est possessor, non est dominus, & nonnunquam idem est possessor & dominus: ut ut sit, semper hæc discernenda sunt, non confundenda, licet per abusionem quandoque possessionem accipiamus pro proprietate: ut cum quis legat possessiones suas, proprietatem legat, *l. interdum, de verb. signif.* Seneca 10. epistol. *Stultam avaritiam mortalium discernere proprietatem possessionemque*: imo vero prudentiam mortalium summam, & necessarium rerum usum. Additur in *d. §. nihil commune*, non videri renuntiasse possessioni eum, qui agit rei vindicatione, alio-
E quin vindicatio faceret conditionem nostram deteriorem, & actionem exercentes, deteriorem non facimus conditionem nostram, imo meliorem, *l. aliam, de novat.* vindicationem rei servandæ non perdundæ inventam esse, ut Plautus, sed perquam nequiter jusjurandum rei servandæ, non perdendæ esse inventum. Non eo animo ad vindicandum venio, ut possessionem omittam, si quam habeo. Est enim possessio suo jure metienda potius quam confessione mea, nec mihi confessio mea usque adeo nocere debet, ut eam non possim retractare, vel in eodem judicio utrumque mihi adserere & possessionem & proprietatem sub alternatione, ut dixi, vel sub protestatione. Sicut is qui agit cum alio familiæ erciscundæ, videtur quidem fateri eum esse coheredem, *l. 1.*

l. fun-

l.fundus,l.qui dotis,§. ſi ergo, famil. ercisc.& l.1.§. etſi poſ-ſeſſ.ſi pars hered.pet. non tamen ita id fatetur, quin ſit ei integrum mutato judicio, agere petitione hereditatis, & ita negare, eum ſibi coheredem eſſe, qui eſt ſenſus d. legis *qui dotis*. Sicut etiam is, qui excipit, qui opponit exceptionem actioni, non ideo videtur omnino fateri de intentione actoris, admittere videtur intentionem, non fateri omnino: ut ſi ego propono aliquam regulam juris forte falſam, in ea re, de qua diſputamus, & tu quaſi ſit vera excipias caſum aliquem, non ideo poſſit adverſarius coarguere, te confeſſum eſſe, ſecundum regulam *l. non utique videtur, ff. de except.* Et ut nihil vetat inficiari ſimul & excipere hoc modo, *nihil debeo, & ut debeam pepigi tecum, de non petenda pecunia*; Cur enim non mihi liceat agere in hunc modum: non tu poſſides, ſed ego poſſideo, ſed etiamſi poſſideas, rem meam eſſe ajo, mihique reſtitui debere. Et ut eleganter Libanius Sophiſta, ei, qui poſſit eſſe tutus ipſo jure, legem nonnunquam dare exceptionem ex abundanti, *ἐκ περιουσίας*: ita mihi agenti rei vindicatione veluti ex abundanti, licebit etiam agere interdicto, & contra: ſaltem, ut dixi ſub alternatione, vel ſub proteſtatione.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib.XXVII. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Eum qui XLIII. de Judic.

Eum, qui inſulam Capuæ fieri certo tempore ſtipulatus eſt, eo finito, quocumque loco agere poſſe in id quod intereſt, conſtat.

INCIPIT Liber XXVII. a L. XLIII. *de judic.ait l.eum qui certo tempore*, id eſt, intra tempus, *ut eſt in Baſilic. inſulam Capuæ fieri, &c.* Non recte ſtipulor *inſulam fieri*, id eſt, domum ædificari non adjecto loco, quo eam fieri velim, *l. 2.§. ſi quis, ff. de eo, quod certo loco, l.qui inſulam, l. ita ſtipulatus, de verb. obligat.* adjici locum debere, veluti, *inſulam Romæ, &c.* Nec neceſſe eſt etiam tempus adjici, quia ſtipulationi ſatis ineſt tacitum tempus, intra quod fieri Capuæ inſula poteſt, *l. interdum, de verb. obligat.* Sicut huic ſtipulationi, *Capuæ dari*, ſi fiat alio loco, tacite ineſt tempus, quo Capuam perveniri poteſt, *d.l.2.§.qui ita ſtipulatur*. Et hoc ipſo lib. Papinianus, *l. ſi in teſtamento, §. ult. de fidejuſſor. l. ſervus heredi, §.pen. de ſtatulib.* Et nihil intereſt verbis an re ipſa inſit obligationi tractus temporis, *l. quoties, de oper. libert.* In ſpecie hujus l. etiam ſtipulationi, *Inſulam Capuæ fieri*, verbis expreſſis adjectum eſt tempus, veluti *intra annum fieri*, quæ ſtipulatio poteſt eſſe inutilis, ſi impoſſibile ſit intra illud tempus Capuæ inſulam fieri, quo modo in ſtipulationem venit, ſed ſi poſſit intra illud tempus fieri, & conſummari, eſt perutilis, etiamſi tempus non ſit adjectum: omiſſio loci vitiat hanc ſtipulationem, non omiſſio temporis, quoniam tempus ſuppletur vel tacito intellectu. De ſtipulatione, quæ in dando conſiſtit, illud eſt obſervandum maxime, valere eam etiam non adjecto loco, veluti, *centum dari*. Et ratio differentiæ evidens hæc eſt, quia qui domum fieri ſtipulatur ſive inſulam, ſuperficiem fieri ſtipulatur; ſuperficies autem non eſt ſine loco, quo fundetur, inſideat, inædificetur, inhæreat: ac proinde ſi is locus ſit incertus, ſi nullus ſit adſcriptus ſtipulationi, imperfecta eſt ſtipulatio, quia non poteſt eſſe ſuperficies ſine ſolo, licet contra ſolum poſſit eſſe ſine ſuperficie. Numeratio autem pecuniæ nullo hæret loco certo vel perpetuo. Eſt & alia differentia, ſi ſtipuler *centum Capuæ dari*, alio loco non poſſum agere actione directa & pura ex ſtipulatu, quia certi

A obligatio eſt: quod ſi detraho utilitatem loci, plus peto & male ago: poſſum tamen agere alio loco utili actione, facta ſcilicet commemoratione ejus loci, quo pecunia dari debuit, ut utilitas ejus loci æſtimetur, id eſt, quod propter eum locum intereſt, arbitrio judicis, *§.ult.Inſtit. de act.* Sed ſi ſtipuler inſulam Capuæ fieri, finito tempore, quo fieri ea inſula debuit & potuit, nec facta eſt, poſſum agere quocumque loco, competenti & congruo ſcilicet, ut Accurſ. recte annotavit, directa & pura actione ex ſtipulatu, in id quod intereſt, nec mihi neceſſe eſt deſcendere ad arbitrariam, quia incerti obligatio contracta intelligitur, id eſt, id actum videtur inter contrahentes, ut promiſſor teneatur in id quod intereſt, ſi non fecerit inſulam intra juſtum tempus, ſicut, ſi promiſiſſet certo loco judicio ſiſti, eſſet actio incerti in id B quod intereſt. Et hæc eſt vis & poteſtas hujus legis.

Ad L. Cum ſervus LIV. mandati.

Cum ſervus extero ſe mandat emendum, nullum mandatum eſt. Sed ſi in hoc mandatum interceſſit, ut ſervus manumitteretur, nec manumiſerit, & pretium conſequetur dominus ut venditor, & affectus ratione mandati agetur. Finge, filium naturalem vel fratrem eſſe: placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam. Quod ſi de ſuis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter judicio venditi liberari poteſt) quæri ſolet, an utiliter de peculio agere poſſit. Et verius, & utilius videtur, prætorem de hujuſmodi contractibus ſervorum non cogitaſſe, quo ſe ipſi mala ratione dominis auferunt.

EST lex elegantiſſima & utiliſſima, quæ frequenter C in medium adduci ſolet. Servus mandavit extraneo, ut ſe emeret, ut ſe redimeret a domino, ſimpliciter nullo alio adjecto. Initio legis hoc tantum proponit Papinianus, *nullum eſſe mandatum*, nec rationem reddit nullitatis, ſed redditur aperte in *l. un. C.ſi ſerv. ext. ſe emi mand.* quæ eſt veluti interpretatio hujus legis. Cur nullum eſt mandatum, ſi ſervus ſe emi mandet? Quia neque mandatum illud ex perſona ſervi conſiſtere poteſt, propterea quod liber factus ſe emi mandaret inutiliter, quia non poteſt, cum liber homo emi non poſſit, idem eſſe emptor & res, quæ emitur: ea demum valent ex perſona ſervi, quæ ſi liber eſſet, valerent, *l. debitor, §. ſervo, de leg. 2. l. etſi maxime, de ſerv. leg.* Nec mandatum quoque illud conſiſtere poteſt ex perſona domini, quia inutiliter mando, ut quis a me D ſervum meum emat, vel aliam rem, quia non poſſum a me ipſo rem meam emere, & quod per me non poſſum, nec per vicarium poſſum: quod is emit, ipſe emere videor. Igitur mandatum illud plane nullum eſt; & ex eo non naſcitur actio mandati ultro citroque. Sed finge, ut ſervus mandaverat, extraneus eum ſervum emit a domino, contracta emptione venditione: ſane inter extraneum & dominum erit ultro citroque actio ex empto vendito: non ex ipſo mandato naſcitur actio, quod nullum eſt, quia & hoc non agebatur inter extraneum & ſervum, ut ex ipſo mandato naſceretur actio, ſed propter mandatum ex alio contractu, id eſt, emptione venditione, ultro citroque eſt actio inter extraneum & dominum. Secuta igitur emptione venditione, non prorſus eſt inutile mandatum, cum etſi non ex E mandato actio ſit, tamen propter mandatum ſit actio alia. Diverſa hæc ſunt *ex*, & *propter*, *l. eo tempore, in fi. de pecul.* Si ſervum alienum bona fide poſſideo, & is ſervus mutuatus pecuniam ab alio, eam mihi det pro capite, id eſt, pro libertate, ut eum manumittam, mihi non acquiritur ea pecunia, ſed vero domino, quia is ſervus non acquirit mihi, niſi ex duabus cauſis, ex ſuis operis, & ex re mea. Ea autem pecunia non eſt ex re poſſeſſoris, ſed propter rem, id eſt, propter ſervum. Et ita *l.venditor,de hered. vend.* pretium hominis venditi non eſſe ex re, ſed propter rem. Et ſimilis differentia inter *ex*, & *per in l.pen.de ſepul.viol.* heres immiſcet ſe bonis, & obligat æri alieno, ſi quid capit ex hereditate, non ſi quid capit per hereditatem: ut puta, ſi egerit de

violato ſepulchro hereditario; articulo *ex*, ſignificatur A cauſa, articulo *propter*, occaſio: & aliud eſt cauſa, aliud occaſio. Sed pergamus. Quid dicemus ſi non ſimpliciter ſervus ſe emendum mandaverit, ſed adjecta cauſa, ut ſcilicet poſt emptionem ab emptore manumittatur, & nolit emptor manumittere, quomodo Papinian. ponit ſpeciem in prima parte hujus. l. & ponunt etiam Græci ad *l.un.C.ſi ſerv. ext.* Mandati hæ duæ ſunt partes, ut emat, & ut manumittat. Propter priorem partem, non ex priori, ſi contracta ſit venditio, extraneo eſt actio ex empto, ut ſervus tradatur, domino autem eſt actio ex vendito, pretii conſequendi gratia, quod nihil agit emptor, ſi inferat ex nummis peculiaribus ſervi, ſed id inferre debet ex ſuis nummis, ut liberetur judicio venditi, ut Papin. ait hoc loco, quod eſt ſecundum differentiam juris, ut ſit differentia inter venditorem & emptorem B: venditor liberatur etiam re aliena, quam vendidit, tradita: emptor non liberatur alienis nummis ſolutis, *d.l.un. & l.1.inf. de rer. permut. l. ex empto*, §.1.*de action. emp.* ubi Accurſ. attulit veram rationem differentiæ, quia venditor debet certum corpus, certam rem, quæ venit: emptor debet quantitatem, quam facile poteſt conficere ex ſuis bonis. Concludamus igitur: propter priorem mandati partem, non ex priore, eſſe actionem ultro citroque, id eſt, eſſe actionem ex empto & vendito, non mandati. Nunc dicamus de poſteriori mandati parte. Ex poſteriori parte dicimus plane, domino eſſe actionem mandati, quaſi quæſitam ſibi per ſervum, antequam eum alienaret, & emptori traderet: domino, inquam, qui ſervum tradidit, eſſe actionem mandati ex poſteriori parte mandati præcedentis traditionem, cum C adhuc ſervus eſſet in ſua poteſtate, & eſſe ſcilicet, ut ſervus manumittatur ab emptore, quoniam ſcilicet venditoris intereſt ſervum manumitti: nam ſi nihil intereſt, ceſſat actio mandati, *l.8. mandati, D. mand.* Sed hoc caſu nihil videtur intereſſe, ut is ſervus manumittatur, quia jam eſt conſecutus pretium, aut eſt forte conſecuturus: non intereſt quidem, fateor, ſed intereſſe creditur, quoniam in bonæ fidei judiciis idem pollet, ac ſi intereſſet revera: intereſt revera, ſi quid pecuniariter intereſt, ſi quid ſcilicet re mea abſceſſerit, vel non acceſſerit, & ita intereſſe dicimus in omnibus judiciis. Sed placet, etiam in judiciis bonæ fidei haberi rationem ejus, quod intereſſe creditur pii & benevoli affectus ratione: ſicut heredis intereſt, aut creditur intereſſe, impleri modum injectum legato, etiam ſi nihil D interſit pecuniariter. Heredis enim intereſt impleri voluntatem defuncti, *l. jus 19. de leg. 3. l. Titio centum, in princ. & §.1. de cond. & demonſtr.* Et ſimiliter intereſt patris, filium ſuum manumitti aut fratrem aut ſororem. Et ſimiliter in hac ſpecie, ut domino, qui ſervum tradidit, ſit actio mandati in hoc, uti ſervus manumittatur, fingere debemus, ejus intereſſe, puta eum ſervum fuiſſe ejus filium naturalem, vel fratrem naturalem, ex contubernio forte, quæ cauſa eſt juſta minori 25. annis ſervum manumittere volenti, *l. ſi minor annis, de manum. vind.* filius naturalis eſt is, quem in ſervitute quæſivit ex contubernio. Finge, me poſt ſuſceptum filium perveniſſe ad libertatem, & comparaſſe filium meum naturalem, qui manſit in ſervitute, ac deinde vendidiſſe: intereſt plane mei eum manumitti, & eo nomine poſſum E agere, ſi fuerit ea lex mandati etiam contracti non a me, ſed ab ipſo ſervo filio meo naturali: filius vel eſt ex contubernio, vel ex concubinatu, vel ex matrimonio, vel ex adoptione: ex contubernio & ex concubinatu, eſt filius naturalis: ex matrimonio eſt legitimus & naturalis: ex adoptione eſt legitimus, non naturalis: ex ſcortatione neque eſt legitimus, neque naturalis. Affectum igitur hoc loco accipimus, pro benigna & humana animi propenſione erga aliquem, cujus quidem affectus ratione, & ſane nulla res pluris æſtimatur, *l. ult. de oper. ſerv. l. pretia, ad leg. Falcid.* Sed, ut inter nos nuper agitabatur, affectus ratione quaſi creditur noſtra intereſſe, licet pecuniariter nihil interſit, & eo colore nobis datur actio affectus explendi gratia, *l.6. de ſervis export.* Et plerunque nullum lucrum eſt tanti, quam ſi deſiderium expleatur, ſive affectio animi noſtri. Addendum his omnibus, domino etiam eſſe actionem mandati ex poſteriori illa parte, ut vel emptor ſervum manumittat ſi ejus interſit, ut diximus, ut ſi ſit ejus filius vel frater, vel etiam ut ſervus ſibi reſtituatur, quem emptor non manumittit: ergo duo veniunt in actionem mandati, ut manumittatur, vel ut reddatur venditori: & prius quidem concurrit facile cum actione venditi, id eſt, poſſum agere venditi, ut pretium conſequar, atque etiam mandati, ut affectioni meæ ſatisfiat ſecundum legem mandati a ſervo interpoſitam, id eſt, ut ſervus liber fiat. Poſterius autem, ut vel ſervus reddatur, non poteſt concurrere cum actione venditi: nam repugnat rei emptæ pretium petere, & rem quoque emptam repetere. Non poſſunt igitur hæc duo judicia concurrere pure, cum ſint omnino contraria, *l. 1. C. de furt.* ſubalternative, altera actione concurrerent, ut oſtendimus poſtremà prælectione. Ex priori autem parte mandati, ut ſe emat, domino non eſt actio mandati, ut jam ante diximus, ſed quod nondum diximus, non eſt etiam extraneo emptori in dominum actio mandati de peculio, ut recipiat pretium, quia ſervum ex mandatu ſervi ſuis nummis ab eo redimit, quia, ut eleganter ait Papinianus, quod confirmat lex *eo tempore, §.ult. de pecul.* dominus non tenetur de peculio ex eo contractu quo ſervus domino ſe abſtulit, nec de eo contractu cogitavit prætor, cum generaliter dedit actionem de peculio ex contractibus ſervorum: nam ita dedit de peculio actionem, ſi ex eis contractibus non ſe domino ſubduceret ſervus. Et hoc mandato quid aliud egit ſervus, quam ut ſe domino auferret? Et quidem mala ratione, inquit. Cur ſit mala ratio mandare ſe redimi? An quod dominus invitus cogatur vendere oblata pecunia? minime: nec enim cogitur *l. ſervus, h. t.* Et apud Plautum ſervus quidam ita quidem loquitur: *vobis invitis atque ingratis una littera liber fieri poſſum*. Nam id ſervus dicit uxori domini, & filio, non domino, nempe hoc ſcil. ſe vel una litera, & exiguo pretio poſſe libertatem promereri a domino invita uxore ejus & filio, ſed non etiam domino invito. Igitur mala ratio hæc fuit, quia ſervus ſuppoſuit emptorem clam domino ignorante, ut ait *d.l.un.* ut ſe ei auferret, quam artem ſervi dominus ſi cognoviſſet forſitan, non indulſiſſet id animo ſervi & malevolentiæ, ut eum a ſe alienaret: mala ratio eſt ſuppoſitio illa, quæ fit clam domino. Et hoc eſt omnino quod Papinian. vult his verbis, *cum ſervus extero ſe mandat, &c.* Sequitur ut exponamus alteram quæſtionem *l. cum ſervus*, quæ ſcilicet continetur in §.*ult.* his verbis.

Ad §. ſi liber.

Si liber homo bona fide ſerviens redimi ſe mandaverit, idque nummis emptoris factum ſit, contraria mandati actione agi poſſe conſtat, ut tamen actiones præſtentur, quas habet emptor adverſus venditorem, finge non manumiſiſſe liberam perſonam emptorem.

ET rei ejuſdem communio ſive affinitas efficiet, ut ex eodem lib. Papiniani etiam huic §. conjungamus explicationem *l. verbum facere, de verb. ſignif. & l. ſervus, de ſer. export.* Ac primum verba *l. verbum facere*, ſunt hæc; *Verbum facere omnem omnino faciendi cauſam complectitur, dandi, ſolvendi, numerandi, judicandi, ambulandi.* Papinianus ſcribit de verbo *facere*, eo *ſignificari*, non tantum factum, ſed etiam jus, non tantum factum, veluti *judicare, orare, ſcribere, ambulare, ædificare*, ſed etiam eo ſignificari dationem proprietatis, ſive translationem dominii, ſive alienationem aut pignerationem, veluti ſolvere aut credere: credere etiam facere eſt, neque tamen ſolvit aut in creditum it, niſi qui ſuos nummos credit aut ſolvit, id eſt, qui dominium transfert. Ita hoc eodem lib. e contrario Papinianus idem ſcripſit de verbo *dari*, *l. 4. de uſur.* verbo *dari*, ſcilicet non tantum ſigniſi-

gnificari effectum transferendi dominii, id eſt, alienationem, ut ſcilicet in illa formula, *ſi paret dari oportere*, §. *ſic itaque*, *Inſtit. de action.* & in ſtipulatione rem dari, *l. ubi autem non apparet*, §. *ult. de verbor. obligat.* Verum etiam eo verbo *dari*, ſignificari factum nudum, id eſt, traditionem nudam rei ſine effectu, id eſt, ſine translatione juris ullius, ſine translatione dominii, vel conſtitutione hypothecæ, ut *l. qui heredi*, & *l. qui in facto*, *de cond. & demonſtr.* Atque ita dare non tantum eſt dominium transferre, ſed etiam facere tantum. Et hoc mox apparebit evidenter ex hoc §. *ult. & ex l. 6. de ſer. export.* in verbo *manumittere*. Quod non tantum ſignificat *ex ſervo liberum facere*, vel *libertatem dare*, quod tamen ſolum videtur ſignificare, atque adeo videtur eſſe nomen juris, nomen quo ſignificatur collatio juris ſummi & inæſtimabilis, nempe libertatis, ſed etiam *manumittere* ſignificat, quaſi *liberare & manumittere ſine effectu ullo*, *non data libertate*, ita *manumittere*, eſt ſpe tantum *manumittere*, *aut verbo tenus*, non re ipſa, ut in *l. mulier*, §. *pen. de condit. inſt.* Si quis ſit heres inſtitutus ſub conditione, *ſi ſervum hereditarium manumiſerit*, quod eſt *ſi ante aditam hereditatem manumiſerit*: Nam aditione deſinit eſſe hereditarius, aditione fit heredis, & ſi is heres ita ſcriptus, nondum adita hereditate, ſervum hereditarium manumiſerit, quamvis ea manumiſſio nullius ſit effectus, nullius momenti, quaſi facta a non domino, tamen veluti impleta conditione inſtitutionis, perveniet ad hereditatem, quia aliqua ſignificatione manumiſit, licet non manumiſerit: nec enim præſtitit effectum beneficii, ſed egit tantum actum manumittentis, fecit, non perfecit. Idémque eſt, ſi quis liberum hominem, quem bona fide poſſidet, exiſtimans eſſe ſuum ſervum, manumiſerit, quia ea manumiſſio nullam rem, nullum effectum habet, nec ingenuitati quicquam officit, §. *ult. Inſtit. de ingen. l. ſi quis*, §. *ult. de cap. & poſt.* Et tamen ſi liber homo, quæ eſt ſpecies hujus §. *ult.* alii bona fide ſerviens, Titio ſe emendum mandaverit & manumittendum, qui non poteſt manumitti cum effectu, cum jam ſit liber, hoc tamen cum ignoraret, mandavit ſe emi, ſi Titius eum ſuis nummis redemerit, poſtea patefacta conditione hominis, eoque ingenuo pronuntiato, non poteſt emptor agere in liberum hominem actione mandati contraria, videlicet pretii, quod de ſuis nummis dedit, recipiendi cauſa, niſi emptor ei cedat actiones, quas habet adverſus venditorem evictionis nomine, quia is homo, qui venit, ſe evicit in libertatem, & liber pronuntiatus eſt: habet autem actionem ex ſtipulatione duplæ evictionis nomine, de qua actione eſt neceſſarium, ut intelligamus §. *ult.* Iterum dico, ut rem explicatius proponam, habet actionem adverſus venditorem ex ſtipulatione duplæ, cum eum hominem non manumiſit, hoc poni neceſſe eſt. Finge, inquit, liberam perſonam non manumiſiſſe emptorem: nam hoc ſi non fingis, non eſt locus huic ſententiæ. Cur ita? quia ſi eum manumiſerit, etiamſi manumittendo nihil egerit, ipſe tamen videtur eum hominem ſua voluntate perdidiſſe, priuſquam non proclamaret is homo, ſe ingenuum eſſe, atque ideo non aliter is homo ei videtur evictus, quam ſi emptor eum non manumiſerit, ſed ipſe ſe homo, qui veniit liberali judicio, aſſeruit in libertatem, *l. ſi ſervum*, *de eviction.* & *l. ſi hominem*, *de ædil. edic.* Neceſſe eſt, ut committatur ſtipulatio de evictione, rem evinci judicio: non ſufficit, ſi evincatur alio modo, *l. non tantum, de evict. l. utique*, *de rei vindic.* Et ob id ponimus, eum hominem in judicio ſe vindicaſſe in libertatem, & ſeipſum eviciſſe emptori. Eſt autem neceſſario hic §. accipiendus de actione ex ſtipulatione duplæ, quæ ſolet interponi ob evictionem, maxime vendito homine, alioquin valde pugnaret hic §. *ult.* cum *l. 8.* §. *ſi liber homo*, *hoc tit.* quæ loquitur manifeſte, non de hac actione ex ſtipulatu, ſed de actione empti nominatim, quam quidem actionem empti, etiamſi emptor manumiſerit, ab eo vult cedi libero homini, adverſus venditorem, quia ſcilicet, etiamſi is, qui manumiſit liberam perſonam, quique hoc

A quali facto eam perſonam perdidit, non teneatur actione ex ſtipulatu de dupla evictionis nomine, poſtea libera perſona in judicio vindicata in libertatem, tamen habet actionem ex empto adverſus venditorem, quod libertum non habeat, quem ex manumiſſione putabat ſe habiturum, *l. ſed hoc nomine*, *de evict.* quæ ſequitur *d. l. ſi ſervum*. Atque ita conjunctio utriuſque legis, ut fieri alias oſtendi in caſibus innumeris, demonſtrat in propoſito quoque caſu eſſe inter has actiones conſtituendam differentiam, non eſſe ex ſtipulatu actionem evictionis nomine, & eſſe tamen ex empto: non eſſe in duplum, eſſe in ſimplum ejus quod intereſt. Simile autem diſcrimen inter effectum beneficii, id eſt, libertatis, & actum ſolum manumittentis, idem Papinianus *eod. lib.* notavit in *l. 6. de ſervis export.* quam totam breviter explicabo.

B

Ad L. VI. de Serv. export.

Si venditor ab emptore caverit, ne ſerva manumitteretur, neve proſtituatur: & aliquo facto contra quam fuerat exceptum, evincatur, aut libera judicetur, & ex ſtipulatu pœna petatur: doli exceptionem quidam obſtituram putant: Sabinus non obſtituram. Sed ratio faciet, ut jure non teneat ſtipulatio, ſi ne manumitteretur, exceptum eſt: nam incredibile eſt, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum ſi ne proſtituatur, exceptum eſt, nulla ratio occurrit, cur pœna peti, & exigi non debeat, eum & ancillam contumelia adfecerit, & venditoris affectionem forte, ſimul & verecundiam læſerit: etenim alias, remota quoque ſtipulatione placuit ex vendito eſſe actionem.

C §. 1. *Si quid emptor, contra quam lege venditionis cautum eſt, feciſſet, aut non feciſſet, nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter pœnam homini irrogatam agi poſſe, quam ſi pecuniæ ratione venditoris intereſſet, veluti quia pœnam promiſiſſet: Ceterum viro bono non convenire credere, venditoris intereſſe, quod animos ſævientis ſatisfactum non fuiſſet. Sed in contrarium me vocat Sabini ſententia, qui utiliter agi arbitratus eſt, quoniam hoc minoris homo veniſſe videatur.*

IN hac ſpecie, vendidi ancillam ea lege, ne manumitteretur, vel ne proſtitueretur, & ſi fieret contra legem venditionis, ut jus mihi eſſet manus injiciendi, id eſt, jus evincendæ & deducendæ ancillæ quaſi meæ: vel cavi, ut libera eſſet. Ac præterea, ſi quid fieret contra
D legem venditionis, certam pœnam pecuniariam ſtipulatus ſum. Nunc ſi quid emptor faciat contra legem venditionis, proculdubio manus injectio erit, vel libera fiet ipſo jure: ſi manumittat, erit manus injectio, non autem fiet libera: quia hoc venditor noluit, ſi proſtituatur, prout convenit, vel manus injectio erit, vel libera fiet ipſo jure, *l. 2. C. ſi mancip. ita*. Et hoc eſt extra omnem controverſiam. Sed quæritur, an etiam venditori, ubi emptor facit contra legem venditionis, ſit pœnæ perſecutio in ſtipulationem deductæ, an ſit ei actio ex ſtipulatione pœnali efficax? Et quidam dicebant non eſſe ex ſtipulatione pœnali actionem, agenti obſtare exceptionem doli mali: tamen alius dicebat eſſe utilem & efficacem. Papin. peritiſſime diſtinguit, & componit rem, & quod ad primam conventionem attinet, ne manumittatur,
E ſcribit, ſtipulationem pœnalem ipſo jure non valere, & manumiſſa ancilla non committi pœnam, quia ea manumiſſio nullius eſt momenti, id eſt, non confert libertatem ancillæ, quia lex venditionis, ne manumittatur inhibet libertatem: manumittat emptor quando volet, vel manumittant ſequentes emptores; hæret ſemper hæc conditio ancillæ, ne manumittatur, & dicitur hæc lex non tam emptori, quam ancillæ, *l. ſervus hac lege*, *de manumiſſ. l. 3.* §. *is quoque*, *ad Syllan.* & in ea conventione, ne manumittatur, de beneficio libertatis & effectu videtur cogitari, non de actu ſolo manumittentis ſive effectu, & cum inanis ſit manumiſſio emptoris, non igitur committi ſtipulationem pœnalem, quia manumiſſus, non eſt manumiſſus, nec videtur effe-

ctu implevisse emptor legem venditionis, quem effectum convenit spectari magis, quam actum nudum & inanem. Et ita omnino definitur *in l.pen.C.si mancipium ita ven.* Quod autem ad alteram conventionem attinet, ne prostitueretur, si prostituta sit ab emptore, Papinianus scribit, committi stipulationem pœnalem, ancillam abduci, vel liberam fieri prout convenerit, ac præterea pœnam peti & exigi ab emptore, qui contra legem fecit, quia scilicet, ut eleganter ait Papinian. ancillam contumelia affecit, & venditoris affectionem læsit honestissimam, simul ac verecundiam & pudorem, & ut etiam subjicit, quamvis non esset interposita ea stipulatio pœnalis, ratione affectionis piæ & sanctæ, agi posset ex venidito in id, quod interest quod emptor contra affectionem venditionis fecerit; Nam in bonæ fidei judiciis, ut in *l. cum servus* diximus, ratione affectionis interesse credendum est, etiamsi nihil intersit pecuniarie, & bono viro, qui est arbiter bonæ fidei, convenire, ut credat, venditoris interesse, vel quod piæ & sanctæ affectioni ejus satisfactum non sit. Ergo quod ad alteram conventionem attinet, si ei non obtemperavit emptor, committetur stipulatio pœnalis, quia & omissa stipulatione eo nomine, solius affectus ratione liceret agere ex vendito. Sed inde quærit, & nihil intactum relinquit, an etiam solus vindictæ nomine, id est, pravæ & iniquæ affectionis ratione, venditoris interesse credendum sit? Quæ ante dicta sunt, sunt de affectione pia & benigna. Finge: vendidi servum, quem oculi mei ferre non possunt, atque ideo in vendendo cavi, ut longe exportaretur, ne esset in Gallia, ubi vendebatur, cavi ut exportaretur, & non exportatur, an agam ex vendito, quia animo sævientis satisfactum non sit? Si interposita esset stipulatio pœnalis eo nomine, puta hoc modo, *si non exportaveris, tot dari*, etiamsi nihil omnino interesset pecuniariter, posset agi ex stipulatu: Nam ut lib. 10. ostendi, nullus contractus, nulla lex contractus est pœnalis, quoniam omnes pertinent ad rem familiarem; sola stipulatio potest esse pœnalis & mera pœnalis, etiamsi nihil intersit pecuniariter, ergo ex stipulatu quidem posset agi vindictæ solius nomine, & peti pœna in stipulationem deducta; quærebatur, an possit agi ex vendito eo etiam nomine, sicut agi ex vendito bonæ affectionis ratione, ut si fuerit lex hæc contractus, si exportaretur, agam ex vendito, sed si hæc fuerit, ut exportetur, quæ est severa lex & dura, & indignatio potius, & non exportaretur, an erit actio ex vendito? Papinianus refert in hac *l. 6.* se alias existimasse, non esse actionem ex vendito solius vindictæ ratione, quod animo sævientis satisfactum non sit, honestæ tantum affectionis nomine credendum esse, non ultionis, non vindictæ. Et vero ita Papinianus scripserat libro 10. *quæstion.* & ob id est subjecta *l. 7.* ex illo libro 10. quæ hanc, quæ fuit prima, sententiam Papiniani exponit, ut non sit actio ex vendito vindictæ nomine, si nihil præterea intersit. In collocandis legibus Papin. & ceterorum, quoties una serie collocantur plures ejusdem auctoris, semper solet observari ordo librorum. Hic ordo cur hic non servatur, *l.6.* est ex *libro 27. l.7.* ex 10. Sed inde apparet de industria Tribonianum subjecisse huic *l. 6.* eam legem Papiniani, quod anteriori lib. Papin. scripserat, non esse actionem ex vendito, quod recantavit, mutavit hoc lib. Nec est quærenda ratio conciliandarum harum legum, cum ipse fateatur se revocasse sententiam invitatum Sabini sententia: dicit enim, *in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est*, &c. Quia cum venditor addit hanc legem, ut exportetur, semper videtur venditionis interesse, ut impleatur lex, & interesse pecuniariter, quia in partem pretii ex ea lex venditionis cedere intelligitur, id est, eo viliore pretio videtur vendidisse, ut is servus ablegaretur, asportaretur, nec unquam veniret in suum conspectum. Igitur cum ejus interest, recte putavit Papinianus, potius Sabini sententiam esse sequendam, quam suam primam: secundæ sententiæ sunt meliores: hæc ingenuitas Papiniani mihi valde placet, & debet omnibus esse documento. Ego memini me hæc fusius ad *l. 7. hoc tit.* explicasse, ideo longior non fui.

Ad L. VIII. de Serv. export.

Quæsitum est si quis proprium servum vendidisset, & ut manumitteretur intra certum tempus præcepisset, ac postea mutasset voluntatem, & emptor nihilominus manumisisset: an aliquam eo nomine actionem haberet? dixi ex vendito actionem, manumisso servo, vel mutata venditoris voluntate, evanuisse.

Intelleximus heri ex ult. quæstione *l.6.* quæ eadem est *legis 7.* non tantum pecuniæ ratione, sed etiam affectionis ratione honesta & humana, vel amica venditori, dari actionem ex vendito, vel actionem mandati, vel aliam quamcunque bonæ fidei: ut dictum est *l. cum servus, mand.* vel etiam dari ex stipulatu, non pecuniæ tantum, sed etiam affectionis ratione. Vindictæ autem solius ratione, vel affectionis acerbæ & pravæ, aut inhumanæ, dari quidem actionem ex stipulatu, non etiam ex vendito, vel aliam quamcunque bonæ fidei actionem, nisi alias actoris intersit pecuniariter: igitur in actione ex stipulatu haberi rationem cujuscumque affectionis etiam malæ & odiosæ: in actione bonæ fidei tantum probæ & honestæ rationem haberi, actionem bonæ fidei duritiem non admittere, quam admittunt catenæ, ut dicunt, stipulationum, *l.7.* ut si servum vendidi ea lege, ut exportetur peregre in longinquam provinciam, nec exportetur, eo nomine agere possum ex vendito, si mea intersit pecuniæ ratione, ut quia scilicet eum servum emi eadem lege, & stipulanti venditori promisi certam pœnam, si non exportaretur: sed si ita non intersit mea, Papinian. primum dicebat, solius vindictæ ratione non posse agi ex vendito. Sed postea mutata sententia deprehendit, verissimum quidem esse solius vindictæ ratione non posse agi actione bonæ fidei, sed in casu proposito non solius vindictæ rationem versari, sed etiam pecuniæ, quia hoc minoris videtur vendidisse servum, ut exportaretur, nec moraretur eo loci, quo venebat. Atque ita non tam venditi, quam pecuniæ ratione, ex lege venditionis, etiamsi solam duritiem videatur continere, dari actionem ex vendito, quæ summa superioris quæstionis, vel potius elucidatio plenior est valde notanda, & ex ea facile perveniemus ad alteram quæstionem, quæ ex eodem libro prononitur in *l. 8. hoc tit.* Finge: vendidi tibi servum ea lege, ut eum intra certum tempus manumitteres: si non manumiseris, finito tempore, certum est servum liberum fieri ipso jure ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium, cujus sæpe fit mentio in jure: hæc constitutio repræsentat libertatem, quam emptor non detulit intra tempus, adeo ut non committatur stipulatio pœnalis huic legi venditionis subjecta, quia constitutio implet legem sine facto emptoris, *l. ult. C. si mancip. ita*. Sed huic constitutioni ita demum locus est, si intra illud tempus intra quod dictum est, ut emptor servum manumitteret, venditor non mutaverit voluntatem: nam si ante diem præscriptum legis dictæ pœnituerit, cessat beneficium constitutionis *l. 1. & l. ult. C. eod. l. 3. hoc titul.* Hoc cognito rursus finge eodem modo: vendidi tibi servum ea lege, ut intra certum tempus manumitteres, deinde intra illud tempus mutavi voluntatem, & vetui ne manumitteretur ex intervallo longe post perfectam venditionem, & tu nihilominus manumisisti. Quæritur, *an mihi tenearis actione ex vendito, quod contra posteriorem voluntatem meam manumiseris servum*; quia quæritur de actione ex vendito, ex eo apparet manumissionem illam effectum habere: alioquin constaret non esse actionem venditi, si nihil egisset: sed quia manumissio effectum habet, quia servus perductus est ad libertatem ab emptore, ideo quæritur, an ob id emptor venditori teneatur actione venditi, quod contra suam novissimam voluntatem servum perduxerit ad libertatem: manumissio illa effectum habet, ita est. Et non obstat primum *l. 6. h. t.* quam modo exposui: Nam

ita

ita distinguendum: Aut initio venditionis servus pro- A hibitus est manumitti, id est, venditus est ea lege, ne manumitteretur, & manumissio nihil agit *d. l. 6.* Aut initio venditor non prohibuit servum manumitti, quinimo, præcepit manumitti intra certum tempus, & manumissio effectum habet, licet ante manumissionem venditor mutaverit voluntatem. Rursus nihil obstat *l. 3. h. t.* Nam distinguenda est etiam libertas, quæ competit ipso jure ex constitutione Marci & Commodi, a libertate, quæ non competit beneficio emptoris: Nam post pœnitentiam venditoris non competit libertas ex constitutione ipso jure, *d. l. 3.* beneficio emptoris competit etiam invito venditore, qui post venditionem perfectam non potest emptori novam legem dicere. In specie igitur proposita manumissio effectum habet, & ob id quæritur, *an emptor teneatur actione empti, qui manumisit?* Et respon- B det Papinian. ex vendito actionem manumisso servo, vel mutata venditoris voluntate, id est, etiam post pœnitentiam venditoris evanuisse. Ergo ex posteriori voluntate venditoris, quæ fuit ne manumitteretur servus, libertatis, quam ante dederat emptor, vel libertatis datæ, vel dandæ ab emptore indignatio, quia solam duritiem continet, non parit venditori actionem ex vendito. Et generaliter nunquam solius vindictæ, aut severitatis ratione est actio ex vendito, vel quæ alia bonæ fidei. Sed neque ratione pecuniæ in hac specie dici potest esse actionem venditi, quasi venditoris intersit, quia hoc ipso servum minoris vendiderit, in *l. 6.* cum initio venditionis non hæc dura lex sit apposita venditioni, sed contraria, ut manumitteretur. Est igitur plane verum manumissione evanuisse actionem venditi, etiamsi facta fuerit post C pœnitentiam venditoris. Et hoc est quod ait in *l. 6.*

Ad L. VIII. de Præscr. verb.

Si dominus servum, cum furto argueretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, & is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset, tunc enim & datam æstimationem reddi a domino oportere. Sed quæsitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? dixi, tametsi quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset: si tamen lex contractus non lateret, præscriptis verbis incerti, & hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

Actio præscriptis verbis datur ex contractibus, qui D nomine vacant, qui nomen non habent proprium, & sic appellata est, quod concipiatur secundum id, quod contrahentes habuere præscriptum & conventum: & dicitur etiam in factum, quia proprium nomen non habet, atque adeo dicitur tantum formari & concipi ex narratione facti: actio præscriptis verbis, est narratio facti, nec habet aliam appellationem propriam, & dicitur etiam civilis actio, quia datur ex negotiis, sive contractibus, qui civiles contractus imitantur, ut *do* ut *des*, imitatur emptionem venditionem: *do* ut *facias*, locationem & conductionem: *facio ut facias*, imitatur mandatum: *facio ut des*, quia non imitatur civile negotium; ex eo articulo etiam non datur actio præscriptis verbis, & cur non imitetur non est hic locus demonstrare. Igitur actio præscriptis verbis dicitur etiam incerti, quia E intenditur in id quod interest, cujus æstimatio est arbitraria, in id sc. quod interest dari aut fieri id de quo convenit. Nunc finge: servus meus in suspicionem furti venit, & arguitur tibi furtum fecisse, ego eum tibi do, ut torqueas, ut quæstionem de eo habeas: uno loco in hac *l. 8.* ait, *do*, altero, *trado*. Igitur & hoc verbum *dare*, potest facere ambiguitatem, dederim ego cum effectu, an tradiderim tantum: hoc verbo significatur vel effectus, *l. 4. de usur.* dare, vel efficere est vel facere. Et vero servus alienus, quem arguit furti, solebat facile in quæstionem dari, sed dabatur æstimatus, stipulatione interposita de eo reddendo, vel æstimatione ejus, *l. certo, inf. de quæst.* At finge, me tibi dedisse servum meum in

A quæstionem, nec eam stipulationem interposuisse, sed servum æstimasse ac dedisse in quæstionem ea lege, *ut eum mihi redderes, vel æstimationem ejus, utrum ego mallem, utrum eligerem*: hæc est species, ex qua quæritur, qua actione ego possum petere æstimationem servi, seu pecuniam, ut elegerit, quod est observandum. Non quærit hac actione an possim repetere servum, sed de pecunia tantum quærit, qua actione peti possit. Et distinguit hoc modo: aut is servus habita de eo quæstione, furti compertus est, aut non: si furti compertus est, nec ipse peti potest, nec æstimatio ejus. Imo vero, ut ait Papin. si æstimatio ejus fuerit prorogata, si fuerit data in antecessum, *si elle est donnee devant la main*, & inveniatur nocens, æstimatio condictione sine causa repetetur, quia non fuit causa prorogandæ ejus, *l. 1. de con-* B *dit. sine causa.* Nam id tacite videtur actum, ne servi nocentis nomine, dominus quicquam consequeretur. Ipse autem servus extra ordinem coercebitur a præside, vel a præfecto vigilum in urbe, ut *l. penul. de condict. causa dat. sup. l. interdum, §. qui furem de furt.* Et hoc si furti fuerit compertus, sed si furti compertus non fuerit, domino reddetur servus condictione sine causa, si servum fecit accipientis. Nam condictio domino rei suæ non datur. Ergo ut repetatur condictione sine causa, necesse est, ut servum datum in quæstionem dederit cum effectu, id est, fecerit accipientis. Atque ita postea in eo furto non comperto, eum quasi non suum condicet condictione sine causa, videlicet si servum elegerit, si non fecit servum accipientis, sed tradidit tantum torquendum, vindicabit servum, vel aget actione ad exhi- C bendum: sed si malit pecuniam, qua actione pecuniam petet? Et ait, competere actionem præscriptis verbis ad consequendam pecuniam, veluti pro eo, quod interest: nec enim æstimari hic potest, quod interest eum reddi, vel æstimationem ejus. Et esse actionem præscriptis verbis indistincte dico: sive dederit initio servum cum effectu, sive tradiderit tantum, electa pecunia dedisse videtur. Erit igitur actio præscriptis verbis, quasi ex negotio, *do ut des: do servum ut des pecuniam.* Dices, cur non erit actio ex vendito? quoniam pro servo pretium peto, quia non intelligitur contracta venditio: Imo, inquies, quia æstimatio venditio est. Respondeo, æstimatio venditio est, & quidem vera, si de æstimatione tantum reddenda convenerit, non de alterutro, ut hic convenit, vel servum reddi, vel pre- D tium, quod abhorret a conditione & natura emptionis venditionis, *l. plerumque, de jur. dot.* Non erit etiam actio ex stipulatu, quia, ut initio posuimus, non intercessit stipulatio, non intercessit conclusio contractus: solet stipulatio concludere omnes contractus, quo verbo utitur hic Papinian. & soleo semper adducere hanc l. ut ostendam, stipulationem esse vinculum, formulam conventionum, & omnium contractuum conclusionem, *l. jurisg. §. quod fere, de pact.* in novissima parte conventionum scribi stipulationem, stipulationem inventam esse obligationum firmandarum causa. Sed in hac specie omissa fuit stipulatio, ergo non erit actio ex stipulatu: denique quia desunt aliæ actiones, decurrendum est ad actionem præscriptis verbis, quæ est subsidiaria, quæ utique datur hoc casu, quasi ex civili negotio, seu con- E tractu. Est etiam contractus seu συνάλλαγμα; *do tibi servum, ut vel eum mihi reddas vel æstimationem ejus, tot nummos utrum malim*; est, inquam, contractus, non pactum: nam si esset pactum, ex eo daretur actio præscriptis verbis. Hæc actio datur ex contractibus, non ex pactis. Cur non est pactum? quia intervenit datio servi: pactum est conventio, quæ nomine vacat, & quæ ex datione vel facto non sumpsit effectum. Et viderimus nunc, quid sit dicendum, si servus ea lege in quæstionem extero datus sit, ut ipse servus reddatur, si innoxius compertus fuerit, & nihil actum sit de æstimatione, quod non tractat quidem Papinianus, sed a me non debuit prætermitti. Ideo dicemus hic quoque esse condictionem sine causa, adhibita eadem distinctione, si ser-

si servus factus sit accipientis, vel si non sit factus accipientis, esse vindicationem aut exhibitoriam actionem, vel esse præscriptis verbis in id quod interest servum reddi, quasi negotio ita gesto, *do ut reddas*: dico esse condictionem sine causa, si ipsum servum velim ut reddas omnino, id quod interest nolim. An non potest etiam esse condictio ob causam dati causa non secuta? Minime: quia causa secuta est, datus est in quæstionem, & quæstio secuta est. Altera est actio legis *pen. sup. de condict. causa data*. Quia alia est species, quæ examinanda est breviter. Ego servum meum, qui arguebatur furti, dedi extero in quæstionem, in tormenta, nec tortus est servus, sed quasi in facinore deprehensus: non dicit in furto. Quæ observatio est Græcorum, & placet, sed in facinore aliquo ingenti deprehensus: igitur in facinore deprehensus ab extero, cui torquendum dederam, perductus est ad præfectum vigilum, & affectus ultimo supplicio; qua actione servum repetam: nam æquum est mihi restitui: distingue: aut eum feci accipientis, & eum repeto condictione ob causam, causa non secuta; dederam enim ob quæstionem, & quæstio non est sequuta. Si non feci accipientis, vindicabo servum, vel agam ad exhibendum; imo etiam agam furti adversus exterum, quia sciens aut scire debens, me nolle abuti servo in aliam rem, quam in quæstionem, non debuit eo uti invito me: *sciens*, inquit, *aut scire debens*, adiiciunt Græci recte: dixi alias, semper in jure hæc esse paria scire, aut scire debere, *l. 1. §. causa, de ædilit. edic. l. Julianus, §. quod autem, de action. emp. l. si duo, de acquir. hered. l. pen. ad Macedon. l. si Titius 48. de fidejuss. l. qui fundum, §. servus, pro empt.* Alia igitur est species *d. l. pen.* per hoc etiam ex ea aliæ sunt actiones.

Ad L. IV. de Usur.

Si stipulatus sis rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba, consequturum te, ratio suadet. An idem de partu ancillæ responderi possit; considerandum est: nam quod ad verba superiora pertinet: sive factum rei promittendi, sive effectum per traditionem dominii transferendi continet, partus non continetur. Verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur: quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam judicio empti præstare compelleretur: sed tamen propter illa verba; vacuamque possessionem tradi, potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione. Etenim ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisse.

§. 1. Si post contractam emptionem, ante interpositam stipulationem partus editus; aut aliquid per servum venditori adquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, judicio empti consequitur. Id enim quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest.

HAc lege initio hujus libr. 27. usus sum sæpius, ut ostenderem, *dandi* verbo, modo factum significari tradendæ possessionis, modo effectum proprietatis. Sciendum est, eum qui vendit, necesse non habere rem facere emptoris, & liberari judicio empti, si vacuam possessionem tradat & liberam, & se obliget ob evictionem, & se purget dolo malo, neque enim liberatur, si sciens dolo malo rem alienam vendidit, *l. 1. de rer. permut.* vel si quicquam in eo contractu dolo malo admiserit, *d. l. 1. l. 25. de contrah. emp. & l. si duo 13. §. si quis, de jurejur. l. ex empto, l. Julianus 13. §. Titius, l. servus quem 30. §. ult. de act. empt.* Atque ita non similiter obligatur venditor ut emptor: emptor enim cogitur nummos facere accipientis venditoris. Item sciendum, eum, qui stipulatur rem dari, plerumque dominium stipulari, id est, rem suam fieri: id dari dicitur, quod habendum traditur alteri: habere est possidere jure dominii: vel dicamus apertius, id dari dicitur, cujus dominium transfertur in accipientem, & frequens est significatio hæc. Qui autem stipulatur rem tradi, possessionem, non proprietatem significat, *l. 28. de verbor. oblig.* Inde fit, ut inutiliter stipuler, *rem meam mihi dari*, quia dominus sum, utiliter stipuler, *rem meam mihi tradi*; cujus possessor non sum: pro eo igitur cui adaptatur, vel rei dominium significat, vel possessionem. Et stipulatio quidem illa *rem dari*, est certa stipulatio, quia res certa venit, id est, proprietas certa: & ex ea competit certi condictio: stipulatio autem *rem tradi* est incerta, quia possessio incerta res est, cum sit incorporalis, & ex ea stipulatione competit actio ex stipulatu, quæ proprie de re incerta est, quæ in stipulationem venit, *l. ubi autem, §. qui id & §. ult. de verb. oblig.* Hæc sunt vera, ut plurimum. Sed ut in *l. cum servus, mand.* diximus, his verbis, *dari & tradi*, promiscue utimur plerunque secundum mentem proferentis: nec tam ea spectanda sunt, quam mens eorum qui iis utuntur; & sane si emptor a venditore stipuletur rem tradi, quod fit novandi animo plerunque, obligationis scilicet empti in stipulationem transferendæ causa, ut quod homines prudentes malunt, debeatur nobis stricto judicio, non bonæ fidei: prudens homo mavult sibi deberi ex stipulatione quam ex vendito, judicio stricto, quam leni. Et ita igitur, si novandi animo emptor a venditore, ut fit, rem dari stipuletur, factum tantum tradendi stipulari intelligitur, quia non est verisimile plus venditorem promittere stipulanti emptori, quam judicio empti præstare compelleretur. Judicio autem empti compelleretur tantum tradere vacuam possessionem: ergo ex natura contractus, qui novatur & transfunditur in stipulationem, rem dari sic interpretabimur, non dari proprietatem, sed possessionem tradi. Neque obstat *d. l. ubi autem, §. ult.* quæ ait, hanc stipulationem, *fundum dari*, esse certi stipulationem, & ex ea dari certi condictionem, non ex stipulatu, nimirum, quod omnino contineat, ut dominium transferatur quoque modo, & quidem plenum dominium, *l. Nerat. de condict. ind. l. ult. §. ult. mand.* Quod intelligendum est de stipulatione, quæ ex alia causa interponitur, non ex causa emptionis, quæ novat conditionem emptionis: hæc enim sequitur naturam emptionis, & fere stipulatio sequitur naturam contractus, cui applicita est. Novatione tollitur obligatio: sed & post novationem, non est in totum falsum, si quis dicat ex priore causa deberi, licet sit sublata novatione: quod confirmat *l. cum filius, §. heres, de leg. 2.* Unde constat, novationem non prorsus extinguere priorem causam, manere enim effectum prioris causæ, naturam constantem, conditionemque, licet & hoc tantum interesset, quod in judicio de stipulatione non sit latissima potestas judicis, qualis est in judicio empti aut venditi. Imo ut ait *l. 3. §. 1. de act. emp.* non plus debet esse in stipulatione, quæ novat causam emptionis, quam in judicio empti aut venditi: minus potest esse: quia hoc non videtur egisse emptor, ut stipulatio augeret contractum: stipulatio, quæ subjicitur actioni venditi, vel quæ eam novat, si subjiciatur, est stipulatio duplæ: stipulatio autem duplæ est prætoria: solemnem autem formam prætoriarum stipulationum contrahentes immutare non possunt, *l. in conventionalib. de verb. obl.* Ergo non possunt efficere, ut plus veniat in stipulationem duplæ, quam in formula comprehendatur, nihil autem comprehenditur de proprietate transferenda. Eadem interpretatio fiet, si emptor rem dari stipuletur, vacuamque possessionem tradi: nec enim priorem partem stipulationis, rem dari scilicet, accipiemus de proprietate, posteriorem de possessione, sed utramque accipiemus de possessione, quæ emptioni naturaliter inest, ut possessio tantum rei venditæ tradatur. Dices, supervacua est igitur illa inferior adjectio, *vacuamque possessionem tradi*, si idem ea cavetur, quod superiori; si sit παραλληλισμός, si idem bis dictum sit, ut fit loquendo sæpe, cum non satis habemus dixisse semel, nisi aliis verbis rei exprimendæ causa magis dicamus: imo aliquando plenior est ea additio, & inferior pars stipulationis: atque ita differentia est inter superiorem partem *rem dari*, & inferiorem, *vacuam possessionem tradi*, utraque quidem est de possessione, nec licet aliter interpretari in causa evictio-

nis

nis venditionis, sed inferior illa clausula continet etiam fructus postea perceptos, ut non tantum possessio rei tradatur, sed & fructus, qui postea percepti sunt a venditore: continet etiam partus postea editos. At superior illa clausula, *rem dari*, non continet fructus postea perceptos, aut partus postea editos: hæc igitur est uberior, & ideo non est supervacua, cum adiiciat priori quod non inerat. Et hæc est sententia Papin. *hac l.* propter inferiora verba, *vacuam possessionem tradi*, fructus postea captos ex re vendita venire in actione incerti, actione incerti ex stipulatu, quam vocat incerti actionem, non quidem, ut Accursius voluit, quod fructus in stipulationem veniant, quorum perceptio & quantitas erat incerta tempore stipulationis, sed magis quia & remota ratione fructuum postea captorum sive capiendorum, stipulatio concipitur in faciendo, id est, in tradenda possessione, & possessio est res incerta, cum sit incorporalis, & incorporalia sunt incerta, nec certum dici potest nisi corpore præditum sit: facta omnia futura sunt incerta, cum non sint, nisi cum fuerint, vel postea facta sint. Addit Papinianus, *in hanc stipulationem incerti venire partus postea editos*. Cur his verbis vacuam possessionem tradi etiam fructus & partus intelligentur tacite? quia scilicet *vacui* appellatio facit, ut ex causa rei venditæ præstetur, *l. in conventionalibus*, §. *ult. de verb. oblig.* Si quis stipuletur, vacuam possessionem tradi, effectum quidem dominii transferendi non stipulatur quod est certum, sed nudum factum, & aliud est factum, aliud nudum factum. Qui stipulatur rem tradi, nudum factum stipulatur; qui stipulatur vacuam possessionem tradi, non stipulatur nudum factum, sed ut ait *d.* §. *ult.* stipulatur rei causam: quid est causa rei? causa rei non est dominium, non proprietas, sed omne id quod habiturus esset stipulator, si ei res tradita fuisset: porro habiturus esset fructus & partus, ergo veniunt in stipulationem. Denique pleniora sunt inferiora verba, *vacuam possessionem tradi*, quia, ut non male Græci notant, *vacui* appellatio facit, ut ab eo tempore, quo ita quis stipulatus est rem, vacasse possessionem etiam ipsius venditoris quodammodo videatur. Et ideo fructus interim percepti emptorem potius sequuntur, quam venditorem, qui debuit omnem causam præstare. Superiora verba, *rem dari*, sola, quoquo modo accipiantur; sive pro facto tradendi, sive pro effectu dominii transferendi accipiantur, quamvis hoc loco accipiantur, magis pro facto, tradendi stipulatione relata ad causam emptionis, venditionis, naturam potestatemque, ait non continere fructus postea captos, & addo, non venire etiam in eam stipulationem fructus postea captos, nisi post litem contestatam, *l. si filiusfam.* §. *ult. de verb. oblig. l. videamus*, §. *si actionem, hoc tit.* Hæc est sententia Papiniani, ex qua apparet breviter plus contineri stipulatione, *vacuam possessionem tradi*; quam, *rem dari*, si scilicet interponatur ex causa emptionis venditionis. Obstat valde huic differentiæ quam adducit, aut potius quam ait timide, posse introduci, *l.* 3. §. 1. *de action. empt.* Ex qua efficitur, in stipulatione *vacuam possessionem tradi*, non venire fructus, quæ scilicet interponitur ex causa emptionis venditionis. Et utitur hac ratione Pomponius: qui stipulatur rem dari, nihil aliud stipulatur, inquit, quam vacuam possessionem tradi ex causa emptionis & venditionis. Et si adjicias, *vacuamque possessionem tradi*, posteriora verba adiicies ex abundanti, ut plerunque in stipulationibus abundant multa. Et inde illud frequens dictum, quæ abundant in conventionibus vel testamentis, nihil nocere, imo prodesse magis. At stipulatione *rem dari*, non continetur fructuum præstatio: ergo nec stipulatione vacuam possessionem tradi. Et adiicit aliam rationem; non debet etiam plus inesse stipulationi duplæ, scilicet interpositæ ex causa emptionis, quia prætoria est, & in ejus formula non fuisset omissa mentio fructuum. Solemnis formula prætoriæ stipulationis, non potest immutari a contrahentibus. Quid igitur, an non consequetur emptor fructus postea captos? Imo vero, sed non ex hac stipulatione, vel *rem dari*, vel *vacuam possessionem tradi*, vel ex utraque juncta: Nam quod ex singulis non fit, nec fit ex conjunctis. Sed consequetur fructus actione ex empto, quæ supererit. Multum laborant in concilianda illa lege cum hac *l.* 4. Doctores, nec quicquam afferunt probabile, & quod possit quibusdam videri probabile, est falsissimum & captiosissimum. Aliæ rationes componendi dissidii sua sponte ruunt. Sed hæc quod possit quibusdam imponere, ejusmodi est. In *l.* 3. §. 1. per stipulationem non fit novatio actionis ex empto, & ideo manet actio ex empto, ad fructuum præstationem, quod tamen non venit in stipulationem, in actionem ex stipulatu: in hac l. 4. stipulatio fuit interposita novandi animo. Novatione igitur transfunditur in stipulationem quodcunque actione ex empto peti potuit. Atqui peti potuere fructus postea capti, ergo non mirum, si in hanc speciem, per quam novata est causa empti venditi, veniant fructus postea capti. Hoc est valde captiosum: quia scilicet hæc ipsa *l.* 4. ostendit, quod si novandi causa stipuler rem dari, non veniunt fructus, qui tamen veniabant in actione ex empto, minus contineri hac stipulatione, quam actione empti, & venire tantum fructus in alteram stipulationem, *vacuam possessionem tradi*. Ac præterea, qui hoc renuntiant nobis, in *l.* 3. §. 1. stipulationem non novasse causam empti venditi? Imo verum est, potius novasse, novandi causa intercessisse, quia hoc plerumque fit. Hoc agit maxime emptor, in cujus rem est deberi sibi ex stipulatione potius: novationem intervenisse etiam lex indicat, dum ait, *ex empto superesse actionem ad fructuum postea captorum præstationem*; quasi velit non superesse actionem ex empto ad cetera, quod sit novata, secundum id quod est in fine hujus legis 4. *Id quod non transfertur in causam novationis*, id est, si id sit reliquum, quod non venerat in novationem, jure pristino peti, id est, jus pristinum superesse: nescio rationem probabiliorem componendi dissidii, nisi eam, quam Græci quidam tradunt, admiseris, ut loquatur hæc *l.* 4. de act. incerti: fructus peti posse condictione incerti ex stipulatu, si fuerit concepta stipulatio hoc modo: *vacuam possessionem tradi*: illam *l.* 3. esse intelligendam de condictione certi, ut condictio certi definiatur stipulatio ex condictione fortiter defendet, qui velit. Nam in jure possum multis exemplis ostendere, ita conciliari multos locos. Vulgo dicitur, nemo potest rem suam condicere: hoc verum est, condictione certi, nam condictione incerti quilibet potest rem suam condicere, si emptor a venditore stipulatus sit novandi animo: in stipulationem ita conceptam, *vacuam possessionem tradi*, ex Papin. sententia fructus postea capti & partus veniunt; in stipulationem ita conceptam, *rem dari*, non veniunt: sed quod ex ea stipulatione emptor consequi non potest, judicio empti consequitur, *l.* 3. §. 1. *de act. emp.* quia quod non transfertur in causam novationis, pristino jure peti potest: quod non continetur stipulatione novandi causa interposita, quod non continetur stipulatione nova, jure veteri peti potest, jure pristino. Et ita in §. *ult. hujus l.* 4. cum constaret inter omnes, in hanc vel illam stipulationem *rem dari*, aut, *vacuam possessionem tradi*, non venire fructus, vel partus editos post emptionem perfectam, ante interpositam stipulationem, de quibus fructibus nondum egimus, sed tantum de his, qui obveniunt post stipulationem. Ergo superiora verba hujus *l.* sunt de fructibus captis post stipulationem novandi causa interpositam: hos venire in unam stipulationem, in alteram non venire: §. *ult.* est de fructibus perceptis ante stipulationem: hos constabat non venire in stipulationem postea interpositam novandi causa, nec partus aut fructus, nec quod per servum, qui venit interim, acquisitum esset. Et ob id docet Papin. in §. *ult.* ea tantum emptorem posse consequi, vel partus vel acquisitiones servi venditi factas post perfectam emptionem ante stipulationem, emptorem consecuturum semper actione ex empto; eadem ratione, quia quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest

test, quod non transfertur in stipulationem, judicio empti peti potest. Ex quo intelligitur manifeste, si quo ex alio loco juris, post perfectam emptionem (perficitur autem solo consensu) id est, si traditio rei non sit secuta, vel numeratio pretii, statim omnes fructus, obventiones omnes, partus, fœtus, acquisitiones servi venditi factas post perfectam emptionem, deberi emptori judicio ex empto, *l. Julianus, §. si fructibus, & §. si quis servo, de act. emp. l. fructibus, & l. pen. C. eod. tit.* Omnis ratio est generalis, ergo regula veluti quædam. Regula igitur hæc sit ex hac lege: *id quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti posse.* Sed cavendum est semper a regulis juris, quoniam omnes sunt periculosæ, omnes vitium faciunt aliquod aliquando. Sane hæc regula, *id quod non transfertur in causam novationis pristino jure peti posse*, non est adeo generalis, ut ea liceat uti in omnibus causis. Græci hoc ipso loco scribunt, eam non esse firmam. Primum enim non est vera, si quis quod sibi Titius debet, a pupillo sine tutoris auctoritate stipuletur novandi animo, quia scilicet debitum illud non transfertur in novationis causam, non trasfertur in pupillum: posterior obligatio nulla aut inutilis est, & tamen pristino jure agi non potest. Nam & debitor prior liberatur, & posterior pupilli, cujus intersit plurimum, obligatio nulla est, *§. præterea, Instit. quib. mod. toll. obl.* Quod tamen, ut credo, locum tantum habet eo casu, quo pupillus obligatur naturaliter sine tutoris auctoritate: Nam ut novatio valeat, id est, ut liberetur prior debitor, satis est, si sequens obligatio teneat naturaliter, etiamsi jure civili nulla sit, nullamque actionem pariat, *l. 1. de novat.* & ob id in *d. §. præterea*, mox ostendit aliud esse in servo, pristino scilicet jure agi posse, si quis quod sibi alius debeat a servo stipuletur novandi animo. Nam servus extra causam peculiarem, qui pro alio intercedit, non obligatur naturaliter vel civiliter. Quod ex eo apparet, quia fidejussor ab eo datus, vel dominus ex ea causa de peculio non tenetur, *l. in persona, §. 1. de pact. l. 20. de fidejuss.* Ergo si in servum transferatur obligatio, novatio non fit, & pristino jure agi potest, quia ex intercessione servus nullo jure obligatur, nec civili nec naturali. Sed si transferatur in pupillum sine tutoris auctoritate, novatio fit, & pristino jure agi non potest, licet posterior obligatio sit inefficax, quia est aliqua obligatio, nempe naturalis, quæ suos effectus habet. Item hæc regula, ut *quod non transfertur, &c.* est falsa in usuris, in pœnis, in pignoribus, & hypothecis, quæ etiamsi in obligationem non venerint, novatione perimuntur, nec peti possunt, nova aut veteri actione, *l. 15. & 18. & l. aliam, de novat.* nisi sit aliud cautum posteriori obligatione, *l. 1. C. etiam ob chirographar. pecun.* Sed regula hæc locum tantum habet in fructibus & partubus vel fœtibus, qui ex re percipiuntur, aut per rem, ut in acquisitionibus servorum, qui post perfectam emptionem, emptorem necessario sequi debent: atque ideo si non veniunt in novationem, in stipulationem novam, æquum est, ut emptori conserventur jure pristino. Ex hoc notare etiam debemus, unam differentiam inter usuras & fructus. Novatio non extinguit fructuum persecutionem, qui ante sunt vel postea percepti, novatio extinguit usurarum persecutionem, quia sc. a tempore novationis desinunt usuræ currere, *d. l. 15.* Est & alia differentia in *l. si navis, de rei vind.* malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, de usuris percipiendis non tenetur. Est & alia in *l. videamus §. pen. hoc tit.* In bonæ fidei judiciis usuræ veniunt ex mora, fructus veniunt etiam ante moram. Ergo non est per omnia aut in omnibus verum quod ait *l. usuræ, hoc tit.* usuras obtinere vicem fructuum, nec separari debere a fructibus. Omnes sententiæ juris sunt periculosæ: habet hæc tria pericula, quæ illam propositionem falsam reddunt.

Ad L. LXXIV. de Leg. 2.

Titio centum aureos heres præsens dato: deinde protulit diem legatorum: non est verum quod Alfenus retulit, centum præsenti deberi: quia diem proprium habuerunt.

Sciendum est, vulgo in testamentis hanc clausulam scribi solere, qua dies legatorum solvendorum prorogari solebat, quæ vulgaris clausula dicitur, *l. talis, de leg. 1.* & vulgaris modus prorogandorum legatorum, *l. cum vulgari, de dot. præl.* Et ita concipiebatur, *quas pecunias legavi, eas heres meus annua, bima, trima die dato*, his verbis, *annua, bima, trima die*, ut scribunt omnes, significantur tres pensiones, *trois payez*, ut sc. legata solvantur triennio, ut Livius loquitur *lib. 6.* æquis pensionibus. Pertinet autem ea clausula ad ea tantum legata quæ pondere, numero, mensura continentur, non ad corpora legata. Nam corporum solutio non solet prorogari. Item pertinet ea clausula ad ea legata, quibus dies appositus non est, non ad ea, quæ diem suum habent: puris tamen legatis, id est, quæ initio pure relicta sunt, hæc clausula adjicit diem. Igitur si quid legatur in annos singulos, vel in menses singulos, hoc legatum hac clausula non continetur, quia diem suum habet. Item si quid legetur sub conditione, non continetur vulgari clausula, quia diem suum habet. Conditio est dies incertus *d. l. talis*. Item si quid legetur Titio, *cum erit annorum* 20. statim ut ad eam pervenerit ætatem, legatum petere poterit, nec licebit heredi differre in annuam, bimam, trimam diem ex vulgari clausula, quia non pertinet hæc clausula ad ea, quæ suum diem habent proprium. Item si vir uxori legaverit dotem, quod legatum valet propter commodum repræsentationis, quia si dos legatur præsenti die, quæ alioquin ex XII. tab. esset reddenda tantum annua, bima, trima die, & ex constitutione Justiniani annua die, quæ consistit in pondere, numero vel mensura. Corpora autem dotalia statim sunt reddenda, veluti fundi, aut mancipia, aut pecora: prælegatum igitur dotis non continetur vulgari clausula, quia suum diem habet, nimirum ut dos repræsentetur, id est, præsenti die reddatur uxori defuncti, *d. l. cum vulgari*. Ergo si quid aliud testator dari jusserit præsenti die, vel, si quid præsens dari jusserit, non continetur vulgari clausula, quia suum diem habet, id est, præsentem diem: & aliud est quidem legatum purum, aliud præsens. Purum proprium diem non habet, & continetur vulgari clausula, per quam confertur in diem, per quam fit in diem quod initio fuit purum. Præsens, proprium diem habet, id est, præsentem diem, & ideo non continetur vulgari clausula, imo præsenti die præstandum est, nec præstatio dividenda est tribus pensionib. Et hæc fuit sententia Servii & Labeonis, ut constat ex *d. l. talis*. Alfeno aliud judicium fuit, qui ob id reprehenditur in hac l. nam judicavit centum legatis præsenti die hoc modo: *centum dato præsenti die, &c.* ea deberi annua, bima, trima die ex vulgari clausula, si esset scriptum in testamento, non præsenti die, quamvis heres jussus esset dare præsenti die: nec movebatur inani ratione: existimavit n. adjectionem illam, *præsenti die*, esse supervacuam. Et sane est supervacua, quod attinet ad effectum testamenti & vim legati, & effectu nihil differt purum a præsenti: quod est purum, præsens est. Et sæpissime in jure, atque etiam in hoc proposito, præsentia, non est præsenti die relicta, *l. 12. §. ult. de leg. 1.* sed pure, nullo die adscripto, ne minimo quidem tempore. Et eundem etiam effectum Pap. idem lib. eod. ostendit in *l. lib. §. pen, de verb. obl.* qui §. ob id est conjungendus cum hac l. 74. Nam conjunctio præclare convenit, & ex eo §. intelligitur, quid distet legatum præsenti die relictum, a legato relicto in diem. Res promissa præsenti die, ut, *hodie dabis?* & res promissa in diem. Nam si sit promissa in diem, puta *calendis dabis*, non potest peti antequam calendæ præterierint: sed si ita dixerim, *hodie dabis*: potest peti statim, nec expectare debet stipulator, quoad finiatur ille dies, quia dies ille, *hodie*, non inseritur differendæ solutionis causa,

sed

ſed, ut oſtendatur eſſe præſens, quod deducitur in ſtipulationem, atque ita ſane ſupervacuum eſt adjicere, *hodie*, vel *præſenti die*, quod ad effectum rei, quoniam ſtatim agi poteſt, ſed non ideo ſupervacua eſt illa adjectio in omnibus. Nam in hoc proficit, ut legatum præſenti die debeatur, ut ait *d.l.talis*, & præſenti die deberi, (hocque annotari & adſcribi nominatim maxime utile eſt) legatario, ne legati præſtatio differatur ex vulgari clauſula, & ſcindatur in penſiones tres, quia ſc. vulgaris clauſula non pertinet ad ea legata, quæ ſuum diem habent. Et hoc legatum ſuum diem habet, id eſt, præſentem diem: de induſtria videtur teſtator adſcripſiſſe præſentem diem, ut a generali clauſula hoc legatum eximeret, & ob id merito reprehenditur Alfen. a Pap. qui neſcio quam male feriatus fuerit, ſemper. n. reprehenditur, qui ex ſutore factus eſt juriſconſ. ut ait Horat. verum ait Pap. *Titio centum aureos heres præſens dato*, Flor. recte, *præſens*: id eſt, repræſentato, præſenti die dato. *Deinde*, inquit, *protulit diem legatorum vulgari illa clauſula*, & ſequitur, *non eſt verum quod Alfenus retulit, centum præſenti deberi*: ſic ſæpe loquitur Græcorum more *præſenti*, id eſt, præſenti die, ut *l.1. §. ſi legata, ſi cui pluſquam per leg. & l.11. de cond. & dem.* Sed ut alias oſtendi, manifeſte hic locus eſt corruptus, & deeſt negatio, ut conſtat ex *d. l.talis*, & ex ratione ſubjecta: *Non eſt verum, quod Alfenus retulit, centum præſenti die non deberi*, ſed deberi ex vulgari clauſula, annua, bima, trima die. Cur non eſt verum præſenti die non deberi? *quia diem proprium habuerunt*: ratio ſatis emendat aſſertionem, nec ob id quiſquam defendere poſſit.

Ad L. III. de Separat.

Debitor fidejuſſori heres extitit, ejuſque bona venierunt: quamvis obligatio fidejuſſionis extincta ſit, nihilominus ſeparatio impetrabitur petente eo, cui fidejuſſor fuerat obligatus: ſive ſolus ſit hereditarius creditor, ſive plures: neque enim ratio juris (quæ) cauſam fidejuſſionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, excluſit, damno debet adficere creditorem, qui ſibi diligenter proſpexerat.

1. §. *Quid ergo ſi bonis fidejuſſoris ſeparatis ſolidum ex hereditate ſtipulata conſequi non poſſit? utrum portio cum ceteris heredis creditoribus ei quærenda erit? an contentus eſſe debebit bonis, quæ ſeparari maluit? ſed cum ſtipulator iſte, non adita fidejuſſoris a reo hereditate, bonis fidejuſſoris venditis, in reſiduum promiſceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in propoſito ſummoveri.*

2. §. *Sed in quolibet alio creditore, qui ſeparationem impetravit, probari commodius eſt, ut ſi ſolidum ex hereditate ſervari non poſſit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, ſi proprii creditores heredis fuerint dimiſſi: quod ſine dubio admittendum eſt circa creditores heredis, dimiſſis hereditariis.*

AD hanc l. ut facilior pateat aditus, ſciendum eſt, obligationem fidejuſſ. extingui confuſione, puta ſi debitor principalis fidejuſſori heres extiterit, atque ita in eandem perſonam concurrere cœperit obligatio princip. & obligatio fidejuſſ. quem concurſum jus permanere aut conſiſtere non ſinit diu. In ipſo n. concurſu ac veluti conflictu, principalis abſorbet fidejuſſ. oblig. quia qui eſt principalis debitor, & fidejuſſor pro ſeipſo eſſe non poteſt, *l.5. & l.debitori, de fidejuſſ. l.ſi reus, de duob. reis.* Major oblig. tollit minorem, major autem & plenior ſemper intelligitur eſſe obligatio princ. ſi modo jure civili conſiſtat, non naturali tantum, *l.heres, §.ſervo, de fidejuſſ. l.Stichum aut Pamphilum, §.quod vulgo, de ſolutionib.* In illo loco ut emendavi ex Baſil. nam ſi reus natura duntaxat fuit oblitus, fidejuſſor non liberatur: igitur ſi debitor fidejuſſori heres extiterit, principalis obligatio, quæ conſiſtit ipſo jure manet: fidejuſſ. tollitur, quia ut ſignificavi ante, in eam cauſam res deducta eſt, a qua incipere non poterit: nec n. poſſet quis ab initio pro ſe fidejubendo obligari. Ergo nec ex poſt facto poteſt fieri fidejuſſor pro ſe ipſo. Denique non poteſt idem ex eadem cauſa eſſe & debitor & fidejuſſor. Conſtituit quis etiam pro ſe ipſo, fidejubet nemo pro ſe ipſo. Item ſciendum eſt, ex hoc edicto de ſeparationibus, ſi ſint creditores defuncti, & creditores heredis proprii, decernente prætore ſeparationem bonorum defuncti & bonorum heredis; dari poſterioribus creditoribus defuncti, non poſterioribus creditoribus heredis, ita ſc. ut hi & illi creditores coeant, & herede non exiſtente ſolvendo, velint poſſidere & diſtrahere bona, quæ heres habet propria, vel quæ ad eum nunc jure hereditario pervenerunt, ut, inquam, ſeparentur bona defuncti creditoribus defuncti, qui exiſtimant eſſe idonea ſibi, ſi non confundantur bonis heredis, bona autem heredis propria, ut ſeparentur creditoribus heredis, quo jure utimur hodie ſæpiſſime. Sed quæro, cur creditores heredis non audiantur ſi primi deſideraverint ſeparationem fieri bonorum, & quaſi duorum bonorum venditionem? Cur hoc tantum deſiderantes creditores defuncti audiuntur, non creditores heredis, *l. 1. §. ex contrario, h.t.* Ubi hæc ratio redditur, quæ eſt certiſſima, quia heres adeundo hereditatem, atque ita adjiciendo ſibi alios creditores, nam aditio obligat æri hereditario, poteſt onerare ſuos creditores, creditorumve ſuorum conditionem facere deteriorem; poſſum creditori meo creditorem adjicere: poſſum priorum creditorum adjectis aliis conditionem deteriorem facere, creditorum hereditariorum conditionem adeundo hereditatem non poſſum deteriorem facere: & ideo facile impetrant, ut ſibi ſeparentur bona defuncti, non etiam illi priores, ut ſibi ſeparentur bona heredis. Et inde vero oritur magna quæſtio in fi. h.l. an creditores defuncti impetrata ſeparatione bonorum ſi ex bonis defuncti ſolidum conſequi non potuerint, poſſint redire ad bona heredis, ſi qua ſuperſint dimiſſis creditoribus heredis, *les crediteurs payez*: conſtat ſane creditores heredis facta ſeparatione bonorum ex poſtulatu creditorum defuncti, ſi ſolidum conſequi non potuerint ex bonis heredis, poſſe reverti ad id, quod ſupereſt ex bonis defuncti, dimiſſis creditoribus hereditariis, hoc eſſe ait Papin. ſine dubio in fine hujus legis. Dubitatur tantum de creditoribus defuncti, qui maluerunt ſeparationem fieri, ſi ex bonis defuncti ſolidum conſecuti non ſint, an poſſint reverti ad id, quod ſupereſt ex bonis heredis, dimiſſis creditoribus heredis? ſed priuſquam finiatur hæc quæſtio, nobis lex tota ab initio enarranda eſt. Finge: Debitor principalis fidejuſſori heres extitit, & non eſt ſolvendo ſuis & hereditariis creditoribus: patitur venditionem bonorum ex edicto prætoris: creditor defuncti, cui ſc. defunctus fuit obligatus fidejuſſ. nomine, vel ſolus vel cum aliis creditoribus defuncti, dicit bona defuncti ſibi ſufficere, & deſiderat ea ſeparari a bonis heredis ejuſdemque debitoris ſui, bona defuncti vendi a ſe, bona heredis propria vendi a ceteris creditoribus heredis, atque ita duorum quaſi bonorum venditionem fieri. Quæritur initio h.l. *an impetrare debeat ſeparationem quam deſiderat?* Movet dubitationem, quod obligatio fidejuſſ. extincta eſt, quia debitor ipſe fidejuſſori heres extitit: aditione confuſæ ſunt perſonæ debitoris & fidejuſſ. quæ confuſio perimit perſonam minus principalem, id eſt, efficit, ut heres ſuſtineat vicem defuncti hac in re, ut ſit fidejuſſ. loco, ut quaſi fidejuſſ. teneatur, cum ſit principalis debitor: idcirco ejus obligationis ratione, quæ extincta eſt, non jure videtur poſtulari ſeparatio bonorum. Sed Pap. hoc loco negat hanc conſequentiam, & concludit, ita extingui obligationem fidejuſſ. debitore fidejuſſori ſuccedente, ut tamen ea res damno & fraudi non poſſit eſſe creditori in impetranda ſeparatione bonorum, qui quantum in eo fuit, bene ſibi cavit fidejuſſore accepto, ut non poſſit, inquam, damno afficere creditorem, qui diligenter ſibi proſpexerat accepto fidejuſſ. Igitur heres quidem ipſe fidejuſſoris, qui debitor eſt principalis, non tenetur fidejuſſorio nomine, quia idem ex eadem cauſa non poteſt teneri & principali & fidejuſſ. nomine: ſed tantum fidejuſſ. defuncti bona ſeparari recte poſtulat creditor, qui eum fidejuſſorem accepit. Et hoc reſpectu vere poſſis dicere, reſidere ex fidejuſſoria obligatione, quamvis ſit perempta, veſtigia adhuc & jura quædam, ſicut & pignoris obligationem rema-

nerè constat quod fidejussor dederat, *l.cum quis,§.ult.de sol.*

Ad §. Quid ergo.

ET hæc, quod ad primam quæstionem h.l.sunt n. in ea tres quæstiones, quæ tamen nexæ sunt invicem, & sequitur alia ex alia. Rursus igitur quæritur, si impetrata hujusmodi separatione bonorum defuncti, id est, fidejussoris, creditor ex bonis fidejussoris solidum consequi non potuerit, an possit venire in partem bonorum heredis una cum ceteris creditoribus, quia & ipse est creditor heredis? Movet dubitationem, quod contentus videatur fuisse bonis fidejuss. qui separationem eorum bonorum maluit fieri, eo quod maluit, stare debet, eo quod semel postulavit, stare debet, ut est in *l.creditores, h.t.* At contra eleganter Pap. scribit hoc loco, etiam petitionem separationis ei non B esse fraudi, ei non præjudicare, quo minus in partem bonorum heredis, ejusdemque debitoris sui principalis admittatur cum ceteris creditoribus heredis. Nam etsi debitor fidejussori heres non extitisset, bonis fidejussoris separatim venditis, nec solido ex venditione redacto; integrum ei esse partem facere ex venditione bonorum heredis ejusdemque debitoris, *integrum ei esse*, ut ait, *in residuum permisceri ceteris creditoribus debitoris*, sicut creditor electo fidejussore, potuit eligere ante Novellam Justin. *de fidejussoribus*, omisso principali: electo, inquam, fidejussore, nec recepto solido, potest in residuum experiri cum reo principali, *l.23. & l.ult. de fidejuss.C.& l.qui mutuam, sup.man.* Et hic quidem casus est singularis, cum heres fidejussoris est debitor principalis: nam regulariter aliud statuitur. C Regulariter postulata separatio bonorum nocet creditori, qui eam postulavit, ut postea non possit venire ab bona heredis, si solidum ex bonis defuncti consecutus non sit.

Ad §. Sed in quolibet.

SEd hic quæritur etiam, & hæc tertia quæstio: an huic regulæ sit locus, si creditoribus heredis in totum satisfactum sit, si in totum dimissi sint, an tum non licebit etiam creditoribus defuncti ex reliquis bonorum heredis implere suum debitum? Videtur hoc non esse eis invidendum. Cum impleti sint creditores heredis, cur ex residuo bonorum heredis etiam non implebuntur creditores defuncti, tametsi postulaverint sibi separari bona defuncti? D Sane, ut initio retuli, hoc est sine dubio, dimissis creditoribus hereditariis, id est, defuncti licere creditoribus heredis venire ad reliqua defuncti bona. Sed hac in re magna est differentia inter creditores defuncti & creditores heredis, ut ostenditur in *l.1. §.pen.hoc t.* Nam defuncti creditores postulant separationem bonorum, non creditores heredis ex *l.1.§.ex contrario, hoc t.* Nihil igitur imputari potest creditoribus heredis, quia non postularunt separationem, sed in eam venerunt, aut inciderunt postulantibus creditoribus defuncti: creditores defuncti sibi debent imputare suam facilitatem, quia separatio quam petierunt, eos a bonis heredis separavit. Eo quod semel petierunt, stare debent: contenti igitur debent esse bonis defuncti, nec tamen & contenti bonis heredis creditores heredis, hæc sunt notanda. Verum ex causa justa ignorantiæ, ut puta, si E erraverint in æstimatione bonorum, Ulp. ait, creditoribus defuncti subveniri, ut scilicet, si solidum non sint consecuti ex bonis defuncti, ex residuis bonis heredis impleant suum debitum, impetrata restitutione in integrum, non aliter: Nam jure summoventur penitus a bonis heredis, etiamsi bona defuncti eos non impleverint: quia penitus recesserunt a persona heredis petita separatione bonorum, secuti bona defuncti: ergo opus est restitutione in integrum, & ad eam impetrandam justissima causa erroris. Et ita Ulpianus sentit in *d.l.1.§.pen.* ita sentit Paulus in *l.si creditores, hoc t.* Contra vero Papinianus in hac *l.3.* rem ita præcidit absolute, ut sit commodius, & dum ait, *commodius*, æquitate pugnat, dimissis

A creditoribus heredis, ut creditoribus defuncti tribuatur id quod superfuerit ex bonis heredis, si solidum ex bonis defuncti consequi non potuerint. Non fuere ignari hujus sententiæ Papiniani Ulpianus & Paulus, qui in libris quæstionum ejus etiam notas scribere affectarunt. Et quod tentavit Accurs. rectissime in *d.l.si creditores*, proculdubio dissentit Papinianus ab Ulpiano & Paulo. Nec ulla ratio componendi diffidii. Pugnant hæ leges: Nam in *d. l.creditores*, dum Paulus ait, *quidam putant*, sane Papinianum intelligit, & notat satis aperte, ut etiam in *l.lecta de reb.cred.* Paulus dum ait, *quidam dicebat*, Papinianum intelligit: nam & in ea lege agitur de cautione recitata in auditorio Papiniani. Et ita etiam in *l.qui heredi, §.si duorum, de cond.& demonst.& l.8. usufr.quemad.cau.* Idem Paulus, *quidam & Marcianus*, & contra quoque Papinia- B nus in *l.6.de ser. export.* dum ait, *quidam putant*, forte Paulum intellexit. Videtur inter eos fuisse æmulatio quædam. Sed in proposito valet mihi plus, quod ait Papin. æquius esse suam sententiam probari, commodius esse, verius, utiliusque: ceteros certare jure, se certare æquitate, & ita possis respondere, si qui opponat alteram alteri. Qua ratione in jure componuntur multæ & magnæ dissensiones.

Ad L.XXVIII. de Except. rei jud.

Exceptio rei judicatæ nocebit ei, qui in dominium successit ei, qui judicio expertus est.

C LEx est pusilla & verbis & rerum momentis satis. Ait Pap. exceptionem rei judicatæ non tantum nocere ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est, ergo exceptionem rei judicatæ non tantum ei nocere qui judicio expertus est, & contrariam sententiam accepit, sed etiam ei, qui in dominium successit. Exemplum poni potest in legatario. Finge: petii rem meam a possessore, & vindicavi, ac deinde victus sum per injuriam judicis: mox eam rem moriens tibi legavi, legati dominium tibi ipso jure acquiritur, *l.1.in fi. de pub.in rem. act.* ex 12. tab. ut Ulp. scribit in fragm. *tit. de dominiis*. Sed si tu eam rem petas, quæ tua facta est jure legati, a possessore, qui me eam vindicantem exclusit, certe nocebit tibi exceptio rei judicatæ, quæ rursus mihi petenti noceret, nocebit exceptio hæc, quod res judicata sit inter me, & eum possessorem, in cujus dominium successisti: idemque potest po- D ni in donatario causa mortis, & in herede, quoniam his etiam personis dominium ipso jure acquiritur, *l.2. de Publ.in rem act.l.si ager, de rei vind.* Idem poni etiam potest in emptore hoc modo, non quolibet, quia vulgo dici solet, emptori dominium non acquiri ipso jure sine traditione naturali. Fac igitur ita esse: petii rem meam a possessore, & victus sum per injuriam judicis: sententia tenet, sed mihi dominium non aufert injuria judicis, imo victori non dat actionem, sed retentionem tantum, *l.3.§. ult.de pign.* Mox vero tibi eam rem vendidi & mancipavi, vel tradidi nexu, quo genere tibi dominium acquiritur ipso jure sine traditione corporali: sed si eam rem vindices quasi tuam, ut sane tua facta est, a possessore, qui me vicit de proprietate sive dominio, nocebit tibi exceptio rei judicatæ, *quod res judicata sit inter me & eum pos-* E *sessorem*. Nam & e contrario, si ego rem emero, ac deinde vendidero tibi, & tradidero, mox eam a te petam, eadem exceptio rei judicatæ tibi proderit, etiam si auctor tuus vicerit per injuriam judicis, *l.si a te, §.ult. l.si mater, §. item Julianus, hoc t.* Cui prodest eadem exceptio, & vice versa nocet: plus dico, quam dixerit Ulp.in hoc loco. Exceptionem rei judicatæ non tantum ei nocere, qui in dominium victi successit, sed etiam ei, qui in locum, non dominium victi successit, ut creditori pigneratitio. Finge: petii rem meam a possessore, & victus sum injuria judicis: mox eam rem creditori meo pignori obligavi, quod fit sola conventione sine traditione: creditor agit hypothecaria adversus possessorem, repellitur exceptione rei judicatæ, quod res judicata sit inter possessionem & debitorem,

torem, in cujus locum creditor successit, *l.si mater*, §. *ult. & l.seq. §.ult.h.t. l.3. §.ult. de pign.* Hoc solum ita vellem Accurs. annotasse.

Ad L. XXVII. de Oblig. & Act.

Obligationes, quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur.

IN L.hac XXVII. *de oblig.& act.obligationes*, inquit, *quæ non propriis viribus consistunt*, id est, quæ ab initio nullas vires habent, vel apertius, quæ ne naturaliter quidem consistunt, quæ nullo jure consistunt, nec civili, nec naturali, in Basil. *αἱ μὴ κατὰ φύσιν οἰκείαν συνιστάμεναι*, id est, *quæ non secundum naturam suam consistunt*, neque confirmantur officio judicis nec præsidis. Cedo exempla, si sub impossibili conditione concepta sit stipulatio, ex ea neque naturalis, neque civilis obligatio nascitur: si nasceretur naturalis, posset ei adhiberi fidejussor: nam naturali tantum recte adhibetur fidejussor. Ergo ne naturaliter quidem consistit ex ea stipulatione obligatio, quia non potest ei adhiberi fidejussor, *l.si sub impossibili, inf. de fidejuss.l.non solum,hoc t.* impossibilis conditio est, quam rerum natura prohibet. Et convenit igitur huic loco valde lex *ubi pugnantia*, §. *ult. de reg. jur. quæ*, inquit, *rerum natura prohibentur, nulla lege confirmantur*. Sed demus etiam alia exempla: obligatio, quæ deportatione debitoris perimitur, ut constat, tota perimitur, ut ait *l.si debitori, de fidejuss.* adeo ut nec naturali quidem jure constet. Ergo neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate convalescere, aut confirmari potest. Item obligatio feminæ intercedentis pro alio, tota improbatur Senatusconsulto, ut ait *l.si mulieri contra Senatusconsultum*, §.1. *ad Vellejan.* ita sc. ut nec naturaliter consistat. Senatusconsultum Vellejanum expungit etiam naturalem obligationem, ex causa intercessionis mulieris, nec admittit, vel probat; *nullis*, inquit, *viribus, ea obligatio consistit*: ac proinde, nec officio judicis, nec prætoris imperio, nec legis potestate probari potest: quod vel natura non consistit, nullo modo confirmari potest. Et mox subjicietur etiam ex *l. liber homo, de verb. oblig.* aliud exemplum: sed priusquam ad eam legem venio, addam ad hanc, e contrario obligationem ex pacto nudo, quæ jure naturali consistit, & prætoris imperio aliquando confirmari, quia est aliqua obligatio: quod nihil est, confirmari non potest, quod est aliquid, confirmari potest: obligatio igitur ex pacto nudo, quæ jure naturali consistit, aliquando prætoris imperio confirmatur, ut de pignore, quod constituitur nudo pacto ex edicto prætoris, *l. si tibi*, §. *de pign. de pact.* vel confirmatur legis potestate, ut XII. tabul. de injuriis & de furtis, *l.legitima, & d.l.si tibi*, §. 1. *eod.t.* Ac præterea confirmatur officio judicis, veluti ex pactis, quæ contractibus bonæ fidei adjiciuntur ex continenti, vel quæ ex intervallo adjecta contractui detrahunt aliquid, quæ pactiones contractui inesse dicuntur, & contineri officio judicis bonæ fidei, qui supplet eorum actiones, vel exceptiones etiam omissas a litigatoribus: quod idem dici non potest de obligationibus, quæ propriis viribus non consistunt, id est, quæ neque jure naturali, neque civili consistunt, neque ullo alio jure. Nunc igitur transeamus ad *l. liber homo*, quæ ut dixi, suppeditabit aliud exemplum.

Ad L. XVIII. de Verb. oblig.

Liber homo, qui bona fide servit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est, ut omnimodo sit utile, quavis ex re mea promittat: nam quid aliud dici potest, quo minus liber homo teneatur? nec tamen ideo, si stipulanti eidem ex eadem causa spondeam, tenebor: quemadmodum etenim habebit ejus actionem adversus me, quod ab alio stipulatus quæreret mihi? hoc itaque latere fructuario servo vel alieno, qui bona fide servit, comparabitur: servus autem fructuario si promittat ex re ipsius, vel alienus, qui bona fide servit: emptori, nulla de peculio dabitur in dominum actio: nam in his causis domini esse intelliguntur.

CErtum est, liberum hominem, vel servum tuum, qui mihi bona fide servit, mihi acquirere, quod acquirit ex re mea. Itemque fructuarium servum, in quo usumfr. habeo, mihi acquirere ex re mea: omnes igitur mihi acquirunt ex re mea, & in hoc pares sunt. Sed inde quæritur, an etiam, si omnes mihi obligentur, si quid mihi promittant stipulanti ex re mea, finge ex pecunia mea, quam eis credo, quam eis mutuam do, eos mihi stipulanti promittere eam ipsam pecuniam, vel usuras, eam ipsam, id est, tantandem, ut fit in mutuo, an ex stipulatione mihi obligantur? an ex re mea in se mihi acquirunt obligationem, vel in suum dominium de peculio? Et sane hac in re inter has personas multum differt: nam si liber homo, quem possideo bona fide quasi servum, mihi stipulanti promittat ex re mea, vel extra rem meam, revera mihi obligatur, & convenire eum possum cognita conditione ejus, *l.liber homo, de acqu. rer. domin.* Sed si servus alienus, quem bona fide possideo, vel servus fructuarius, mihi promittat stipulanti aliquid extra rem meam, sine dubio dominus eorum mihi obligatur de peculio: si ex re mea mihi promittat aliquid, dominus mihi non obligatur de peculio, optima ratione, quæ Papinianus perstringit paucis verbis, quia in his casibus, cum servus alienus mihi bonæ fidei possessori, vel fructuario stipulanti promittit aliquid ex re mea, non alius, quam ego, videtur esse dominus: ut dum quæris, an dominus mihi teneatur de peculio, absurde hoc videaris quærere, *an ego mihi tenear de peculio*; quoniam ex illis casibus, qui pendent ex re mea, non alius, quam meus ille homo servus esse intelligitur: hominis autem liberi non potest quisquam, vel esse dominus, vel videri, nec in eo quidem, quod per liberum hominem bona fide possessum acquiro ex re mea, videor esse dominus. At quid dicemus e contrario, *si hæ personæ non mihi promittant, sed illis promittam aliquid ex re mea an teneor?* nullo modo. Et in causa hoc est, ne quod ab alio stipulanti mihi acquirerem ex re mea, ejus nomine adversus me habeant actionem vel ipsi vel domini eorum, *l.sed & si qui 25. §.Julianus, de usufr.* aut si ejus nomine in me, qui quid eis promisi, ex re mea habeant actionem, acquirant igitur mihi actionem in me ex re mea, quod rerum natura non patitur. Non potest fieri, ut mihi in me sit obligatio, nec officio judicis, nec prætoris imperio, vel legis potestate: quia natura non patitur, ut idem sit actor & reus ex eadem causa, id est, ut quis in se ipsum agat, & ita commodissime poteris uti isto exemplo ad *d. l.27.* Igitur *hoc latere*, ut loquitur, & in *l.49. §.ult.de fidejuss. eod.lib.hoc latere, en cet esgard, inter has personas nihil interest*, id est, si quid eis promittam ex re mea, quoniam nulli eorum teneor: contrario latere, videlicet, si quid mihi promittant ex re mea, differentia intercedit, differunt inter se: nam liber homo mihi obligatur, ceterorum domini mihi non obligantur de peculio, & cum servis etiam nulla consistit obligatio. Unum est tantum, quod huic postremæ sententiæ obstat, & sane vehementer prima specie, atque adeo, ut videantur non bene hanc difficultatem alii data opera dissimulasse. Obstat vehementer *l.si creditor*, §.*ult. de pecul.* ex qua efficio, si quid mihi debeat servus fructuarius ex re mea, si quid mihi promittat ex re mea, dominum ejus teneri de peculio, quod valde pugnat cum hac lege. Sed latius exponam quod est in *d. §.ult.* si mutuam pecuniam dedi servo fructuario, & forte, ut fit, stipulatus sim, eam reddi mihi, nihil refert. Nam debet utique mihi ex mutuo eam pecuniam. Verum ut appareat magis, quam pugnet ille §. ita dicimus: si mutuam pecuniam, ut dixi, &c. & stipulatus sum mihi reddi, dominus mihi tenetur de peculio computato eo quod de peculio apud me est. Idem etiam erit, si servo fructuario operas ipsius locavi certa mercede, & forte stipulatus sum mercedem mihi præstari, & promiserit ipse mihi, ex re mea agitur. Nam operæ sunt quasi ex re mea, *l.qui bona fide, de acq.rer. dom.* Et primo casu,

cum mutuam pecuniam ei dedi, pecunia fuit mea. In omnibus his casibus dominum mihi teneri de peculio. Idemque est, si meam rem tibi locavi, & promiserit se mercedem mihi daturum, dominus ejus mihi tenetur de peculio. Brevis distinctio rem explicabit. Ita distinguendum est: Aut servus fructuarius accepit mutuam pecuniam nomine domini, & eam ei acquisivit, vel etiam conduxit suas operas, vel rem meam nomine domini, ut sc. emolumentum perveniret ad dominum: & hoc casu dominus mihi tenetur de peculio. Aut (quod est alterum membrum distinctionis) non nomine domini mecum contraxit, mihique promisit, & hoc casu dominus mihi non tenetur de peculio, cujus ratio in contrahendo habita non est. Et ut confirmetur hæc distinctio, quæ rem omnem componit, adnotanda tantum est *d. l. sed & si quis §. item Julianus*, quæ eam distinctionem explicat. Cum proposuisset, nihil agere servum fructuarium promittentem fructuario, illud excipit, nisi rem egerit nomine domini, nomine proprietarii.

Ad §. Decem peti.

Decem hodie dari spondes: dixi posse vel eo die pecuniam peti, nec videri præmaturius agi non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus juris est: nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solvi potest. In proposito enim diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum.

SEquitur, ut interpretemur, quæ sunt reliqua in *l. liber homo*, ac præterea principium *l. 9. de duob. reis const.* In §. *pen. l. liber homo*, agitur de stipulatione hujusmodi, *decem hodie dari*, vel *decem præsenti die dari*: *& præmaturius agi*, id est, plus peti, in §. *plus*, *Inst. de act.* qui præmature petit, plus petere videtur. Quod autem ait in hoc §. eo pertinet, ut intelligatur, quantum ad vim & effectum stipulationis attinet, supervacuam esse adjectionem diei, supervacuam esse adjectionem illam, *hodie*, quia effectum ea stipulatio habebit puræ stipulationis, cui nulla dies inserta est, non stipulationis in diem. Quod & de pecunia legata die præsenti, ut sc. eo ipso die præstaretur, quo heres adiisset, est proditum in *l. talis scriptura, de leg.* 1. Puræ autem stipulationis effectus hic est, ut statim agi possit, sine ullo laxamento temporis, præterquam ejus, quod sufficit ad solutionem, vel traditionem faciendam, §. *ult. Instit. de inut. stipul.* Quod admodum breve est tempus, si pecunia sit promissa, vel si res promissa sit in præsentia, non si ex longinquo petenda sit. Idemque de puro legato dici potest, ut sc. heres statim atque adierit solvat, dato tamen aliquo spatio, quantum sufficiat ad solutionem faciendam. Nec enim, ut eleganter ait lex *quod dicimus, de solut. l. 1. §. item si ita legatum, D. ad leg. Falcid. cum sacco adire hereditatem cogitur heres*, non cogitur adire hereditatem cum folle, *avec la bourse en la main*. Igitur datur spatium ad solutionem faciendam, quod permodicum est tamen, nec explet diem integrum. Et alia est ratio constituti pure, id est, non adjecta die. Nam omni constituto tempus tacite inest, & tempus non minus, quam decem dierum, *l. promissor, §. 1. de constit. pec.* Constituere enim latine, est constituere ad diem aliquem: constituo me soluturum: etiam si diem non adjicio, sane constituo semper ad diem: non venio ad constitutum, id est, constitutum diem: cum ita constituisti, id est, constituisti certo die: stipulationi etiam aliquando tacite tempus inest, *l. interdum, hoc t.* sed non omni stipulationi. Ex pura igitur stipulatione, cui dies non inest, debetur præsenti die, *l. eum qui §. ult. hoc t.* Quod ita intelligendum, ut statim peti possit, nec plus peti videatur, si petatur non finito die. Stipulationis autem in diem effectus hic est, ut plus petat qui petit, antequam is dies, in quem stipulatio collata est præterierit, quia totus dies tribuitur arbitrio solventis §. *omnis, Instit. de verb. obl.* quandoquidem inseritur differendæ tantum actionis causa, obligatio est præsens, *l. cedere, de verbor. sing.* At cum hæc stipulatio hodie dari, vel *præsenti die dari*, puræ comparetur, non in diem, quasi die incerto, non differendæ actionis causa, sed ut ostenderetur præsens esse responsum; ideo recte concludit Papinianus hoc loco; ex ea stipulatione statim agi posse, etiam si dies non præterierit: totum diem non relinqui arbitrio promissoris: denique supervacuam esse adjunctionem illam, *hoc die, vel præsenti die*, quantum pertinet ad vim & effectum stipulationis. Adnotandum est, quantum ad alia pertinet, non semper esse supervacuam eam adjectionem, maxime legato præsenti die: namque ea adjectio legatario proficit in hoc, ut vulgari clausula, prorogandorum legatorum tale legatum non contineatur, ut præstetur præsenti die sicut relictum est, non annua, bima, trima die, ex vulgari clausula. Quod cum eodem libro Papinianus scripserit in *l. 74. de leg. 2.* ita videtur ea lex commodissime conjungi debere cum hoc §. *pen.* sicut memini me dicere in explic. *d. l. 74.* Et hac quidem de re hactenus.

Ad §. Ultimum.

Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes? ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo quod illi solvendum, incerti. Finge mea interesse, Titio potius quam mihi, solvi: quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.

SEquitur in §. *ult.* de stipulatione hujusmodi, *decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?* si stipuler mihi & Titio dari, pro parte Titii inutilis stipulatio est, cum alii facta stipulatio non valeat, pro parte mea utilis est, *l. ult. in fi. hoc t. §. quod si quis, Instit. de inutil. stip.* Sed si stipuler mihi, aut Titio dari, ut in proposito casu, in totum utilis est stipulatio, propterea quod non hoc agitur, ut obligatio Titio acquiratur, quæ non posset etiam Titio acquiri per me, sed ut mihi soli acquiratur obligatio, solvatur autem vel mihi, vel Titio, quasi procuratori meo: ego sum reus stipulandi, Titius est procurator adjectus solutionis accipiendæque pecuniæ promissæ gratia. Conjunctio facit nos pares, me & Titium, si dixero, *mihi & Titio dari*: disjunctio facit nos dispares, si dixero, *mihi aut Titio dari*: nam in persona quidem mea consistit obligatio, in persona Titii solutio, non obligatio: hoc sermone *mihi aut Titio dari*, Titius solutioni applicatur, quod fit utiliter. Illo sermone, *mihi & Titio dari*, Titius obligationi applicatur, quod fit inutiliter. Stipulatio igitur, quam proposuimus ita conceptam, *decem mihi aut Titio, utri ego velim dari*, ex mixtura quadam constat, datione, scilicet, & facto: & verbum, *dari*, bifariam accipitur: *mihi dari*, id est, me dominum fieri. *Titio dari*, id est, tradi, quasi procuratori meo: solvere creditori, est dare, solvere procuratori vel tutori, vel curatori creditoris, est facere, *l. consilio, §. ult. de cur. furios.* Igitur ex ea stipulatione si intendam mihi dari oportere, eam pecuniam, quæ in stipulationem venit, certi condictio est: si intendam Titio dari opertere, puta quod mea intersit potius, quam mihi: finge, me ei pœnam promisisse, ni ei solveretur ea pecunia, quia omnis stipulatio, quæ in faciendo consistit, vel quatenus in faciendo consistit est incerti, hoc casu est actio incerti ex stipulatu: omnis enim stipulatio in facto consistens, est incerti, *l. ubi autem, §. quique, hoc t. l. 4. de usur.* In hoc autem proficit, me adjecisse in hac stipulatione, *utri ego velim*, ut ne Titio solvatur me invito, si mihi solvi malim: alioquin omissa hac clausula, electio esset promissoris, & invito me solveret Titio, *l. vero, §. pen. l. aliud, de solut.* & ut inito sermone ad l. 9. de duobus reis veniamus.

Ad Leg. eandem rem IX. de duobus reis.

Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus: vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed & ceteris contractibus veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, testamento, ut

puta,

puta, ſi pluribus heredibus inſtitutis teſtator dixit: Titius & Mævius Sempronio decem dato.

QUemadmodum multum intereſt, ſtipuler *mihi & Titio dari*, an, *mihi aut Titio dari*, ita pluribus heredibus inſtitutis multum intereſt teſtamento ſcripſero, *Titius & Mævius Sempronio decem dato*, an, *Titius aut Mævius Sempronio decem danto*: nam ex priori oratione, *Titius & Mævius Sempronio decem dato*, ſinguli debent partes viriles, nec ſunt duo rei debendi, in *l. ſi heredes nominatim, de leg.*1. ex poſteriori oratione, *Titius aut Mævius Sempronio decem danto*, ſunt duo rei debendi in ſolidum: nam ſinguli tantum debent partes viriles: hæc eſt definitio hujus §. Duo rei debendi ſunt, qui parem obligationem in ſolidum ſuſceperunt ſinguli, quorum uno electo alter liberatur: nam hoc addi neceſſe eſt ex *l. decem* 116. *de verb. obl. & l.*2. *de duobus reis*. Et hoc, quod dico duos reos debendi conſtitui, ſi ita dixerim, *ille aut ille meus heres dato*, probavit aperte in *l.*8. §.1. *de legat.*1. *l. ille aut ille, de leg.*3. id eſt certiſſimum. Nec eſt prætereundum, quod alias affirmavimus, eſſe mendoſam hanc l.9. in illo loco, dum duos reos debendi teſtamento conſtitui ait hoc modo: *Titius & Mævius Sempronio decem danto:* nec enim eſſe poſſunt duo rei, cum ſinguli non debeant ſolidum: legendum eſt igitur, *dato*, non *danto*, ut etiam eſt Florentiæ. Ex quo etiam ſequitur, & ante eſſe legendum disjunctim, *Titius aut Mævius, Sempronio decem dato*, quo genere veriſſimum eſt, duos reos teſtamento debendi conſtitui. Et non hoc ſolum proponit Papinian. initio hujus *l.*9. ſed etiam duos reos debendi conſtitui non tantum ſtipulatione, ſi interrogati Titius & Mævius ſpondetis? reſpondeant ſpondeo, vel ſpondemus, *l.*4. *hoc tit.* ſed & alio quolibet contractu, aut quaſi contractu duos reos debendi conſtitui poſſe; conſtitui depoſito, ut ſi apud duos rem depoſui pariter utriuſque fidem in ſolidum ſecutus, ut utriuſque fidem mihi in ſolidum obligarem: conſtitui etiam commodato, ſi eandem rem duobus ſimiliter commodaverim, ut ſinguli mihi eo nomine tenerentur in ſolidum: conſtitui (qui tertius modus eſt) emptione & venditione, ſi duobus pariter eandem rem vendidi, vel locatione & conductione, ſi locavi. Et addamus etiam, conſtitui duos reos nominibus factis, obligatione nominis, quæ dicebatur contrahi apud argentarios, *l. idem, l. ſi unus, in pr. de pact.* Et ultimo loco hoc Papin. ſubjicit, conſtitui teſtamento duos reos, ſed non hoc eodem modo, *Titius & Mævius Sempronio decem danto:* verum iſto, ut legendum eſt, *Titius aut Mævius Sempronio decem dato*. Sicut etiam in *l.*16. *de leg.*2. oſtenditur eodem modo in teſtamento conſtitui duos reos credendi, id eſt, duos legatarios creditores ex legati cauſa, *Titio aut Mævio decem utri heres volet*, ſunt duo rei credendi, & uno dimiſſo ab herede, dimittitur alter. Quod ſi dixerit aut dicere voluerit, nam aliquando disjuncta pro conjunctis accipiuntur in teſtamentis atque etiam in legibus, ſi inquam, dixerit, *Titio aut Mævio decem dato, per damnationem*, non ſunt duo rei credendi, ſed ſingulis debentur dena, & uno dimiſſo non dimittitur alter.

Ad §. I. Sed ſi quis.

Sed ſi quis in deponendo penes duos paciſcatur, ut ab altero culpa quoque præſtaretur: verius eſt non eſſe duos reos, a quibus impar ſuſcepta eſt obligatio. Non idem probandum eſt, cum duo quoque culpam promiſiſſent, ſi alteri poſtea pacto culpa remiſſa ſit: quia poſterior conventio, quæ in alterius perſona interceſſit, ſtatum & naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non poteſt: quare ſi ſocii ſint & communis culpa interceſſit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

§. 2. Cum duos reos promittendi facerem: ex diverſis locis Capuæ pecuniam dari ſtipulatus ſim, ex perſona cujuſque ratio proprii temporis habebitur: nam etſi maxime parem cauſam ſuſcipiunt, nihilominus in cujuſque perſona propria ſingulorum conſiſtit obligatio.

A PApinianus in *l.* 9. *de duob. reis*, cum initio dixiſſet, duos reos debendi fieri non tantum ſtipulatione, ſed depoſito, & ceteris contractibus, atque etiam teſtamento, ſubjecit in §. *ſed ſi quis*, hoc ita demum depoſito duos reos fieri, duos debitores, ut loquitur *l. Senatus*, §.*pen. de mort. cauſ. donat.* ſi duo depoſitarii aut plures parem obligationem ſuſceperint, quod etiam verbo, *pariter*, ſignificavit, jam initio hujus legis, non etiam ſi imparem obligationem ſuſceperint. Finge in deponendo apud duos conveniſſe, ut ab altero quoque culpa præſtaretur: dolus duntaxat venit in depoſitum, non culpa, niſi aliud convenerit: conventio enim legem contractibus dat, *l. contractus de reg. jur. & l.*1. §. *ſi convenit depoſ.* Si igitur ab initio convenerit, ut unus depoſitarius culpam etiam præſtaret, nihil autem convenerit cum altero depoſita-
B rio ea de re, non ſunt duo rei debendi, quia non parem obligationem ſuſceperunt ſinguli in ſolidum: duo rei debendi, ſunt qui parem obligationem ſuſceperunt ſinguli in ſolidum, & quorum uno electo liberatur alter. Par autem eſt obligatio, ſi nec plus, nec minus re vel cauſa debeat unus, quam alter: & plus vel minus dicitur quatuor modis, re ſive ſumma, & tempore, & loco, & cauſa ſive qualitate, & æſtimatione. Si re aut ſumma diſpar ſit obligatio, ut ſi unus promittat quinque, alter decem, unus partem rei, alter totum, unus dolum & culpam, alter dolum tantum; non ſunt duo rei: quod ex effectu verum eſſe demonſtrabo: quia ſc. unius ſolutio non liberat alterum, ſi conveniatur unus ex culpa, qui ſe culpa quoque obſtrinxit, non ideo minus tenetur alter ex dolo, & e contrario. Et hoc eſt quod ait in pr. §. *ſed ſi quis.*
C Si diſpar ſit obligatio in cauſa, ut ſi unus promittat decem, alter Stichum aut decem, quem maluerit, vel ſi unus promittat ejuſdem ſpeciei rem meliorem, alter deteriorem, non ſunt duo rei eadem ratione, quia & hic unius ſolutio non liberat alterum: ſi unus præſtiterit Stichum, non ideo minus tenetur alter in decem: ſi unus præſtiterit ejuſdem ſpeciei rem deteriorem, non ideo tenetur alter in meliorem. Et ejus rei arg. eſt lex *ſi id quod, hoc tit.* Et hoc quidem ſi diſpar ſit obligatio in re vel ſumma, vel ſi diſpar ſit in cauſa, vel qualitate: hæc diſparitas impedit conſtitutionem duorum reorum; ſed ſi in tempore tantum ſit diſpar, ut ſi unus promittat præſenti die, alter annua die, vel menſtrua vel incerta die, nihilominus ſunt duo rei, & unius ſolutio liberat alterum, *l.*7. *hoc tit.* Idemque etiam quæritur in §. *ult. hujus l.* Si ſti-
D pulationi tacitæ inſint diverſa tempora, ut ſi unus ex Maſſilia, alter ex Lutetia promittat ſe daturum Romæ decem. In ſingulis enim habetur ratio taciti proprii temporis, ut hoc eodem lib. idem Papin. loquitur in *l.*49. §.*ult. de fidejuſſ.* temporis ſc. quo vel hic Lutetia, vel ille Maſſilia Romam pervenire poteſt. Atque ita diſpar eſt obligatio in tempore. Citius enim Maſſilia quam Lutetia pervenitur Romam, & tamen duo ſunt rei debendi, & unius ſolutio liberat alterum. Hoc non ſatis attendit Accurſ. in §.*ult.* dum non videt, qua ratione fieri potuit, ut uno eodemque tempore eidem alius Lutetiæ, alius Maſſiliæ promittat, & exiſtimat duos reos non fieri, niſi uno eodemque tempore promittant, quod eſt falſiſſimum: fiunt enim etiam ſeparatim, *l.*3. *h. tit.* id eſt, diverſis temporibus & locis. Nec quicquam mo-
E veor *lege* 6. §. *ultim. hoc titul.* quæ non hoc vult, quod exiſtimant vulgo, modicum tantum intervallum intervenire poſſe inter unius & alterius rei conſtitutionem, ſed modicum tantum intervallum intervenire poſſe inter interrogationem & reſponſionem hujus vel illius, vel inter interrogationem hanc *ſpondetis?* cum ambo eodem loco convenerunt, & reſponſionem utriuſque: quandoquidem nihil agitur niſi interroganti mox reſpondeatur priuſquam ad alia negotia fiat digreſſio, *l.*1. §. *qui præſens, de verb. obl. l. ſi ex duob. hoc tit.* Et ita eſt accipienda omnino *d. l.*6. §. *ult.* nam nihil refert me hodie de te ſtipulari eandem rem, & poſt menſem de altero, alio etiam loco, eo animo, ut uterque mihi ſit obligatus in ſolidum, ut ſint duo rei. Et hoc eſt quod ait in §. *ult. h.l.*

Et

Et addendum in fine, ex *d. l. 49. de fidejuſſor.* quod ad A rationem temporis attinet, in cujuſque propria perſona ſingulorum conſiſtit obligatio: Sed tamen par cauſa ſuſcipitur. Ergo nihilominus ſunt duo rei. Dixi plus aut minus dici quatuor modis re vel ſumma, tempore, loco, & cauſa, ſive qualitate, & quid juris ſit expoſui ſi diſpar ſit obligatio in re vel ſumma, vel ſi diſpar ſit in cauſa vel qualitate, vel ſi diſpar ſit in tempore. Nunc videamus quid ſit dicendum, ſi diſpar ſit in loco: ut ſi unus promittat ſe Romæ daturum, alter ſe Lutetiæ daturum. Et facile eſt reſpondere, videlicet, non ideo minus eſſe duos reos debendi: ut diſparitas temporis non impedit conſtitutionem duorum reorum: ita nec diſparitas loci: loci adjectio eſt quaſi temporis adjectio, *l. 6. §. ult. ad Trebell.* Ergo initio parem obligationem ita definivi, ſi nec plus, nec minus re vel cauſa debeat unus quam al- B ter, etiamſi non ſit par tempore, vel loco. Quibus explicitis videamus quid præterea ſit in *§. ſed ſi quis*. Si cum uno ex depoſitariis ab initio paciſcar, ut non tantum dolum, ſed & culpam præſtet, non cum altero: non ſunt duo rei, quia non parem cauſam ſuſcipiunt, ſed ſi uterque ab initio mihi culpam promiſerit. *Promittendi* verbum eſt commune pactionis, & ſtipulationis, & pollicitationis, & commune omnium conventionum, ut initio hujus l. dum ait, duos reos promittendi fieri omnibus contractibus. Si inquam, uterque mihi ab initio culpam promiſerit, & alteri poſtea pacto culpa remiſſa ſit, id eſt, convenerit poſtea, ne alter culpam præſtaret, nihilominus ſunt duo rei, quia poſterior pactio, quæ ex intervallo cum uno facta eſt, naturam & ſtatum prioris obligationis, quæ contracta eſt cum utroque mutare non poteſt. Hoc eſt, ut di- C citur, pactio nuda obligationem tollere ſeu mutare non poteſt, *l. ſi unus §. pactus, de pact.* Et ut ipſa verba Papiniani elegantiſſime exprimam, *quid*, inquit, *poſterior conventio, &c.* Breviter hoc eſt: pactum nudum non poteſt mutare obligationem, quæ eſt certiſſima regula juris noſtri: igitur ſi convenerit poſtea cum uno ex depoſitariis, ut culpam non præſtaret, non cum altero, nihilominus manent duo rei debendi, ut facti ſunt ab initio, & ſinguli conveniri poſſunt in ſolidum, prout elegerit ſtipulator: ſed ex poſteriore pacto exceptio pacti vel doli competit ei, cui culpa remiſſa eſt, & quidem ſoli, ſi ſocii non ſint, *l. qui in hominem, §. ult. de ſolut. l. 3. §. nunc de effectu, de liber. leg.* Nam ſi ſocii ſint, pactio facta cum uno, id eſt, remiſſio culpæ facta uni, proderit etiam alteri ſi communis culpa interceſſerit, alioqui nec paciſcenti proderit, D quandoquidem quod is præſtiterit culpæ nomine, qui pactus non eſt, id ſocio, qui pactus eſt, reputabit actione pro ſocio, *l. idem eſt, de pact. l. 1. C. de duob. reis*. Denique paciſcentis intereſt, cui culpa remiſſa eſt, nec a ſe, nec a ſocio culpæ rationem ullam exigi: nam ſi exigatur a ſocio, & a ſe τῇ δυνάμει, id eſt vi ipſa exigetur contra poſteriorem pactionem. Igitur ſi ſocii non ſint, pactio paciſcenti tantum prodeſt, ſi ſocii ſint utrique prodeſt, ut eadem diſtinctio intervenit in ſpecie *l. ſeq.* Si duo rei debendi non ſint ſocii, non in rem communem pecuniam mutuam acceperint, & unus conveniatur, non poteſt compenſare, quod actor debet alteri, niſi vice mutua fidejuſſerint: fidejuſſor enim recte compenſat, non tantum quod ſibi debet actor, ſed etiam quod debet reo, *l. 4. & 5. de compenſat.* Si ſocii ſint, is qui convenitur poteſt E etiam compenſare quod actor ſocio debet ſuo. Ad hæc forſitan quæret aliquis, *an pactum unius ex reis debendi noceat alteri?* An proſit diximus, an noceat quæret aliquis, & in hac quæſtione, an etiam ſit adhibenda eadem diſtinctio ſocii ſint vel non. Finge: res depoſita eſt penes duos, nec quicquam eſt conventum de culpa præſtanda ab hoc vel illo: poſtea ſtipulator cum uno paciſcitur ex intervallo, ut is ſibi culpam præſtet, non cum altero: *an hæc pactio nocet alteri? At alter culpam utique præſtabit, maxime ſi ſocii fuerint?* Reſpondeo nihil attinuiſſe quæri, quia ea pactio neutri nocet, quandoquidem ex pacto nudo non naſcitur actio: ex eo igitur pacto nudo nemo obligatur culpæ nomine; in duobus reis ſtipulandi hoc quidem ap- A te quæritur, ac unius pactio, veluti ſi unus pactus ſit de non petenda pecunia, noceat alteri. Et eſt proditum non nocere, *l. ſi unus ex arg. in princ. de pact.* In duobus reis promittendi hoc quæritur inepte. Igitur quod ait *l. pen. hoc tit.* ex duobus reis ejuſdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocere, non poteſt intelligi de pacto: aliud eſt factum, aliud pactum: ſed nec poteſt intelligi de quocunque facto. Alia ſunt facta, quæ rei univerſæ cohærent, quæ perſonæ tantum cohærent; mora perſonæ cohæret, mora fit in perſona tantum. Et ideo mora unius ex reis promittendi non nocet alteri, *l. mora, §. pen. de uſur. l. in condemnat. §. pen. de regul. jur.* Et is, qui moram non facit, liberatur re promiſſa naturaliter extincta, etiamſi conreus fecerit, & ſolus conreus obligatus manet. At B ſi hominem promiſſum unus ex reis occiderit, quod factum interpretes etiam moram appellant male, ſeparatur enim mora a facto hujuſmodi, a delicto hujuſmodi, *l. ſi ſervum, §. ſequitur, de verbor. obl. d. l. mora, §. ult. de uſur.* Si, inquam, unus ex reis hominem promiſſum occiderit, non liberatur alter, qui non occidit, factum unius nocet alteri, ut ait *l. pen.* nec enim alter liberatur, quia hæc culpa in rem eſt, & perpetuat obligationem totam, rem univerſam apprehendit ſive obligationem univerſam. Idemque erit, ſi unus ex reis debendi debitum agnoverit, qua re interrumpitur præſcriptio actionis, hoc etiam factum nocet alteri, quia interruptio eſt generalis, interrumpitur præſcriptio actionis in univerſum. Unus eſt contractus, ut ait in hanc rem, *l. ult. C. de duob. reis*, una obligatio, *l. 3. circa fin.* C *hoc tit.* Et una interruptio, quæ nocet utique, & interrumpit præſcriptionem, atque ita his exemplis uti debes ad explic. *l. pen.* dum indiſtincte ait, factum unius ex reis nocere alteri: nec enim id quoque eſt intelligendum de pacto: non poteſt etiam intelligi de mora, nec de quocunque facto.

Ad L. Si ſervus XVIII. de Stipul. ſerv.

Si ſervus communis Mævii & caſtrenſis peculii, defuncto filiofamil. milite, antequam adeat inſtitutus hereditatem, ſtipuletur ſocio, qui ſolus interim dominus invenitur, tota ſtipulatio quæretur: quoniam partem non facit hereditas ejus, quæ nondum eſt. Non enim ſi quis heredem exiſtere filiofam. dixerit, ſtatim & hereditatem D *ejus jam eſſe, conſequens erit, cum beneficium principalium conſtitutionum, in eo locum habet, ut filiusfam. de peculio teſtari poſſit: quod privilegium ceſſat, prius quam teſtamentum aditione fuerit confirmatum.*

Ad L. XIV. de Caſtr. pec.

Filiusfam. miles ſi captus apud hoſtes vita fungatur, lex Cornelia ſubveniet ſcriptis heredibus: quibus ceſſantibus, jure priſtino peculium pater habebit. Proxima ſpecies videtur, ut ſcriptis heredib. deliberantibus, quod ſervus interim ſtipulatus eſt, vel ab alio ſibi traditum accepit, quod quidem ad patris perſonam attinet, ſi forte peculium apud eum reſederit, nullius momenti videtur, cum in illo tempore non fuerit ſervus patris: quod E *autem ad ſcriptos heredes, in ſuſpenſo fuiſſe traditio, itemque ſtipulatio intelligatur: ut enim hereditarius fuiſſe credatur, poſt aditam hereditatem fit. Sed paterna verecundia nos movet, quatenus & in illa ſpecie, ubi jure priſtino apud patrem peculium remanet, etiam adquiſitio ſtipulationis, vel rei traditæ per ſervum fiat. Legatum quod ei ſervo relictum eſt, quamvis tunc propter incertum nulli ſit adquiſitum, omiſſo teſtamento, patri tunc primum per ſervum adquiretur: cum ſi fuiſſet exemplo hereditatis peculio adquiſitum, jus patris hodie non conſideraretur.*

EXplicanda nunc nobis occurrit quæſtio *l. 18. de ſtip. ſerv.* conjuncta *l. 14. de caſtr. pecul.* quæ eſt eadem de re, quæſtio ſane ſubtiliſſima & difficillima, & controver-

troversa etiam inter ipsos juris auctores. Servus quidam A erat communis Mævii & filiifam. militis, qui in eo servo partem quæsierat per occasionem militiæ, atque ita eum habebat in castrensi peculio. Denique servus erat communis Mævii & castrensis peculii: filiusfam. eo jure, quod in castrensi peculio filiofa. militi, atque etiam veterano concedunt constitutiones principum, testamentum fecit de castrensi peculio vivo patre, & Sempronium sibi heredem instituit, quo deliberante de adeunda vel repudianda hereditate, interim is servus aliquid stipulatus est ab extraneo. Quæritur utrum stipulatio soli Mævio acquiratur in solidum, an Mævio pro parte, & hereditati filiif. pro altera parte, quasi dominæ: vulgo dicitur hereditatem jacentem fungi vice dominæ, *l. non minus, §. ult. de hered. inst. l. cum hereditas, C. depos.* nulla vox frequentius occurrit in his libris, & ob id servus here- B ditarius recte stipulatur hereditati quasi dominæ, *l.35. hoc tit.* vel si stipuletur sibi aut impersonaliter, stipulatio interim acquiritur hereditati, & per hoc etiam heredi postea facto, ut est in *Inst.* scriptum, *eod. tit.* Verum ad hæc sciendum est, filiumfamil. in castrensi peculio, quasi patrem famil. esse, *l.2. ad Maced.* sed non omnino quasi patremfam. esse, ut ait *l. ult. ad Tertull.* Et confirmatur *l.1.2.9. & l. pen. §. pater, de castren. pec. l.1. §. si is qui bona, de collat. bon. l. filiusfam. ad leg. Falcid.* Nam si filiusfam. moriatur intestatus, in castrensi peculio heredem non habet, nisi hodie ex Novel. 118. liberos suos, sed veluti quodam postliminio bona castrensia jure peculii remanent apud patrem, perinde ac si retro peculium fuisset acquisitum patri, nec ullum jus in eo habuisset filiusf. id enim jus, quod ei in eo dederunt C constitutiones principum, privilegium est personale, privilegium militiæ, quo si non utatur filiusfam. ut si testamentum non faciat de castrensi peculio, pater peculium quasi rem suam suo jure occupat: non habet igitur filiusfam. heredem castrensis peculii, nisi testamento heredem sibi instituerit. Hoc non est satis. Addendum, ut is heres institutus hereditatem adierit:. Nam si non adierit hereditatem, nec retro filiifam. hereditas fuisse intelligitur. Testamentum filiifam. militis, ut ait eleganter Papinian. hoc loco, aditione confirmatur, quod ut mox dicam, non potes etiam dicere de testamento patrisfam. Testamentum igitur filiifam. militis aditione confirmatur, id est, hereditas ejus fit aditione, *d. l. filiusfam. ad leg. Falcid.* nec enim ante aditionem videtur ejus hereditas fuisse, & patrisfam. testamentum morte confirmatur, D ut & D. Paulus ait in epist. ad Hebræos, & statim a morte defuncti hereditas esse intelligitur, antequam adita sit: ergo filiofam. qui testamentum fecit de castrensi peculio heres est, qui scriptus est, & adire potest, *heres existit*, ut loquitur Papinian. hoc loco. Quod notandum. Nam heredem *existere* alias est ipso jure hereditatem acquirere, etiam ignorantem & invitum: alias est miscere se bonis: hoc loco est heredem institutum esse, ut adire possit. Unde sic dico, filiofamil. qui testamentum fecit de castrensi peculio, heres est, qui scriptus est, & adire potest, sed non est hereditas antequam adierit heres, non est hereditas, antequam adita sit. Neque hoc valet argum. a conjugatis, *si heres est, & hereditas igitur*, quod etiam genus argumentationis Quintilianus non magnopere probat: valet tamen argumentum concludendo negative hoc E modo: *si hereditas non est, nec servus igitur hereditarius est*: Nam servus hereditarius ab hereditate, non ab herede, dicitur hereditarius; & ob id semper *servus hereditarius* dicitur: tamen jacente hereditate & vacante, nec dum adita, quoties hereditas dici potest, ante aditionem veluti de bonis patrisfam. Ex quo efficitur, quod ante aditam hereditatem filiifa. stipulatur servus communis, Mævii & castrensis peculii, id hereditati acquiri non posse, quæ nondum est, quia non est hereditas filiifam. ante aditionem: ei igitur acquiri in solidum, quia solius est, cui acquiri potest, & nemo ei partem facit, nemo concurrit, ut servus solus Mævii est interim, nec potest dici hereditarius, quia nondum est hereditas: sed quæso legamus integra verba Papin. *Si servus.* Verum addendum est ex eodem Papin. libro, ex *l.4. de castrens. pecul.* ante aditionem nihil videri adquisitum hereditati, ex stipulatione servi castrensis, qui nondum est, sed post aditionem retro intelligitur servus hereditarius, & hereditas fuisse a morte filiifamilias, quia aditio retrotrahitur semper in jure, *l. heres quandocunque, de acquir. hered. l. si ex re, §. ult. hoc tit.* Et consequenter, pars stipulationis ad heredem, qui adiit, pertinet, pars ad Mævium: quod si non sit adita hereditas, si omissa sit ab herede scripto; patri, apud quem peculium residet, sane stipulatio non acquiritur, sed omne ejus emolumentum in solidum pertinet ad Mævium: legatum autem, puta, si interim servo sit relictum, omisso testamento patri acquiritur, saltem eo tempore, quo omisso testamento servus fit patris, atque ita est hac in re differentia inter stipulationem & legatum. Et ratio differentiæ hæc est, quia ex stipulationibus tempus contractus spectatur. Eo autem tempore non fuit servus patris, ergo per eum nihil acquiritur patri, nec si postea fiat patris, quia non quod postea successit, tempus spectatur in stipulationibus, sed tempus contractus tantum, in legatis non spectatur tempus, quo legatum relinquitur, *l. si filiusfam. de verbor. oblig. l. ususfruct. h. tit.* Quæ differentia inter stipulationes & legata manat latissime, & ferit alias innumeras.

Sed quæso transeamus modo ad eam *l.14.* ex qua hoc sumimus, ut eam totam interpretemur per partes, alioquin non possit probe intelligi. Initio *d. l.14.* ponit, quod est certissimum, filiumfam. militem ante captivitatem fecisse testamentum de castrensi peculio jure concessum, & deinde eundem mortuum apud hostes: testamentum ejus confirmatur lege Cornelia, quæ fingit non mortuum eum esse in captivitate, sed paulo ante captivitatem civem Romanum: fictio legis Corn. & hereditatem, & heredem facit, *d. l. filiusfam. ad l. Falcid.* Eo igitur ibi mortuo heres ejus, qui testamento scriptus est, si cessaverit, id est, si non adierit, non erit hereditas filiifa. sed erit peculium, quod jure pristino pertinebit ad patrem, jure scil. eo, quod pater habuit in omnibus filiisfa. indistincte ante privilegia constitutum, jure primo, jure patriæ potestatis, jure patris, ut ait hoc loco, & in *l. pen. §. pater, hoc tit.* Quod & jus pristinum dicitur, & jus antiquum, quod fuit ante constitutiones in iisdem locis, in *d. l. filiusf.* & hoc est quod ait in 1. *parte l.14. filiusfamilias.*

Sequitur secunda pars. Finge: post mortem filiif. qui testamentum fecerat, ante aditam hereditatem servus castrensis aliquid stipulatus est ab extraneo, vel etiam aliquid per traditionem nactus est. Pap. ait in hac *l.14.* hanc speciem esse proximam, id est, esse consequentem superiori, ut sc. inspiciatur ex cujus persona vires habeat id, quod servus castrensis interim acquisivit ex stipulatione, vel ex traditione. Et Papin. distinguit inter patrem & heredem: quantum ad patrem attinet, nulla est stipulatio, nulla traditio, quia etiamsi peculium apud patrem resederit repudiata hereditate testamentaria filii sui, nihil ei acquiritur ex stipulatione, vel traditione, quia eo tempore, quo intervenit stipulatio, vel traditio, servus neque fuit, neque intelligitur fuisse patris: quod ad heredem attinet, stipulatio & traditio in pendenti est, in suspenso, quia si heres adierit, servus ei retro intelligitur acquisiisse ex stipulatione, propterea quod aditio retro recurrit, si non adierit, nulla est acquisitio. Et ita quidem Papin. constituit hanc differentiam inter patrem & heredem, tractans de stipulatione, & traditione, nondum de legato his verbis, in secunda parte, *proxima species.* Ergo hac parte Pap. ponit differentiam inter patrem & heredem, quam exposui. Quod subjicitur in tertia parte est nota Ulpiani ad Pap. ut apparet ex *l. in eo, de acq. rer. dom.* Supprimitur nomen Ulpian. nomen ejus, qui notat Pap. ut *lib.3. l. filius, qui patri, §. cum filius, de bon. libert. l. pen. de jure cod.* Et ita suppresso nomine Ulpiani, qui scripsit notas ad Pap. subjicitur in tertia parte: paternam verecundiam postulare, ut &, quod ad patris personam attinet, intelligatur stipulatio & traditio esse in suspenso, ante aditionem,

nem, ita ut si peculium remanserit apud patrem, servus retro intelligatur acquisiisse peculio, & per hoc patri jure patris postea nacto peculium: si adierit heres, acquirat heredi, excluso patre. Et hæc sunt verba notæ, *sed paterna*, *&c.* quæ tertia pars plane abrogat secundam. Ac præterea ut apparebit ex 4. *& ult. parte*, idem Pap. constituebat differentiam inter stipulationem & legatum, si repudiaretur hereditas filiif. militis, si omitteretur testamentum: Nam ex stipulatione dicebat nullo modo acquiri patri, sed notatus fuit ea in re, legatum tantum acquiri patri, quod ei servo interim esset relictum, & eo sc. tempore demum, quo repudiata esset hereditas, nec eis retro legatum patri acquisitum fuisse videri. Imo vero interim propter incertum nulli acquisitum fuisse legatum. Et dicebat hanc esse differentiam inter hereditatem & peculium, quod si adeatur hereditas, servus interim videatur legatum acquisiisse hereditati, quia aditio retrotrahitur: si omittatur hereditas, & jure patris peculium resideat apud patrem, servus deliberante herede scripto legatum non videatur acquisiisse peculio: jus patris non retrotrahi, quia medium tempus obstat, quod deliberante herede scripto imaginem hereditatis præbuit, ut eleganter ait *l. pen. §. 1. hoc t.* Et ob id aditio quidem hereditatis retrotrahitur, sed jus patris non retrotrahitur, vel si retrotrahatur, ut ait, *hodie*, id est, nunc primum omissum est testamentum, *non consideraretur*: atqui nunc primum consideratur: ergo non retrotrahitur, ergo nunc primum per servum patri acquiritur legatum, nec retro ei censetur acquisitum esse. Et ita explicanda est ult. pars hujus legis. Atqui hodie consideratur, ergo retro peculio non videtur acquisitum legatum, id est, licet retro videatur acquisitum hereditati; exemplum hereditatis non admittimus in peculio. Sed ad hanc ult. partem volo adjici etiam superiorem notam Ulp. ut etiam legatum videatur retro fuisse acquisitum peculio, & jus patrium retrotrahatur, *d. l. in eo*, *de acq. rer. dom.* Cui in hanc rem conjungenda est *l. 9. h. t.* quæ est ex eod. lib. Ulp. Et utraque ostendit, non adita hereditate filiifa. retro peculium castrense videri accessisse bonis paternis, & hanc etiam forte cuilibet licebit expedire quæstionem propositam in *l. pen. §. pen. h. t.* si dum deliberat heres scriptus testamento filiif. cesserit dies legati relicti servo castrensi in testamento ejus, ex quo pater nihil capere potest, heres filii capere potest. Quæritur, *an postea repudiante herede scripto, legatum pertineat ad patrem jure peculii, cum pater ejus testamenti sit incapax, quo legatum servo relictum est?* Sane legatum pertinebit ad heredem si adierit, quia heres fuit capax, atque secundum Pap. sententiam si non adierit heres scriptus, legatum pertinebit ad patrem, quia ex Pap. sententia, tunc cum cessit dies legati, pater dominus servi fuisse non intelligitur; ita ut ex ejus persona possit dici inutiliter cessisse diem legati: nam dominus est incapax & servus quoque: vel si capax, & servus quoque. Et id est quod dicitur, *cum servo esse testamenti factionem ex persona domini*: nam si non est cum domino, nec cum servo, *l. debitor*, *§. servus*, *de leg. 2. l. non minus*, *de her. inst.* Non possis igitur dicere, legatum inutiliter cessisse, quasi incapaci relictum, cum quo tempore cessit pater qui erat incapax, non fuerit dominus servi, ex sententia Pap. secundum aliorum sententiam, quæ obtinuit, addamus legati diem cessisse etiam servo non habenti dominum, ac post acquiri novo domino, puta patri omisso testamento filiif. etiamsi ex eo testamento non potuerit capere, in quo legatum relictum est servo castrensi; at si contra aliorum sententiam legatum non acquiratur patri, qui tempore cessionis legati pater intelligitur fuisse dominus servi, ergo incapacitas ejus legatum inutile constituit. Est quod addam in illum locum: *sed paterna verecundia*, verecundia paterna, ut verecundia materna, *l. 32. §. 1. de do.* verecundia patronalis, *l. 20. eod. t.* non est verecundia, quæ in eis personis est; sed observantia quædam, quæ eis debetur & exhiberi debet ab omnibus, quoties de eorum jure disceptatur, quæ ratio efficit sæpe, ut quod jure non debetur patri vel matri, ei tamen concedatur, indulgeatur, accommodetur: jure nihil quicquam debetur patri, apud quem peculium castrensis filii remansit, omisso testamento filii, ex stipulatione, quam servus castrensis medio tempore contraxit, deliberante herede scripto in testamento filii, neque ex eo, quod is servus interim ab alio per traditionem accepit: legatum autem quod ei servo interim relictum est, patri debetur ex eo tantum tempore, patrive acquiritur, quo omisso testamento filii, peculium apud eum jure pristino residere cœpit, & acquisitio peculii, sive jus patris non retrotrahitur. Jus ita est, sed paterna observantia, ut notatur ad Pap. in *d.* *l. 14.* facit, ut ex omnib. causis indistincte retro censeatur peculio is servus acquisivisse, quod acquisiit medio tempore, deliberantib. scriptis heredib. testamento filiif. ac per hoc etiam patri postea nacto peculium. Atque ita non existimandum est, temere omnino & perperam judicare eos, qui plus deferunt patri vel matri, quam juri, plus verecundiæ paternæ vel maternæ, quam rationi juris. Erubescimus contra has personas pronuntiare, quoties de eorum jure agitur, etiamsi contra eas pronuntiari jus velit. Quo colore, hodie nobis licet excusare & defendere Senatus decreta, & hujus animadversionis vos meminisse semper velim; sæpe occurrit Senatus decretum, quod nemo est, qui non arguat iniquitatis, quod licet defendere, obtentu paternæ aut maternæ observantiæ, cui postponitur ratio juris. Non male nunc persequar reliquas quæstiones, quæ sunt in *l. 18. de stipul. serv.*

Ad §. Si servus L. XVIII. de Stip. serv.

Si servus Titii & Mævii partem, quæ Mævii est, sibi dari stipuletur, nulla stipulatio est: cum si Titio dari stipulatus fuisset, Titio acquireretur. Quod simpliciter concepta est stipulatio: veluti, partem eam, quæ Mævii est, dare spondes? non adjecto mihi, prope est, ut quia sine vitio concepta est stipulatio, sequatur ejus personam, cujus potest.

QUæritur in §. *si servus*, an valeat stipulatio, si servus communis Titii & Mævii, de Mævio partem, quæ Mævii est, sibi dari stipuletur? Et distinguit eleganter Pap. hoc modo; Aut stipulatur eam partem Titio dari alteri domino, & Titio acquiritur obligatio absque dubio: aut eam partem sibi dari stipulatur hoc modo: *partem tuam Mævi mihi dare spondes?* & vitium inest stipulationi propter verbum, *mihi*, quia non possum me mihi stipulari, ergo nullius momenti est stipulatio, *l. 2. hoc t.* Servus ipse sibi stipulari non potest, ipsa ultima syllaba hujus vocis, *ipse*, absorbuit alterum, se, quæ sequebatur, namque ita corrigenda est lex, *servus communis ipse se mihi stipulari non potest, alteri domino se stipulari potest.* Et ita etiam verbum *mihi*, vitiat stipulationem in specie *leg. si servus meus, hoc t. & l. 10. de oper. libert.* Si servus meus stipulatur a liberto meo operas sibi dari, quæ non possunt deberi nisi soli patrono, inutilis est stipulatio: quæ tamen esset utilis si non dixisset *mihi*, si sibi stipulatus non fuisset. Itaque quod dicitur in *l. 1. & l. 15. hoc t. nihil interesse servus stipuletur sibi, an domino, an simpliciter, an impersonaliter*, ita intelligi debet, si id quod stipulatur sibi, sibi dari possit; nam per eum domino acquiritur, perinde atque si domino stipulatus esset, non si seipsum sibi stipuletur ab uno ex dominis: Nam si operas sibi stipuletur a dominis, quia aliis casibus prorsus inutilis stipulatio est: vitium etiam inest in substitutione pupillari, propter verbum *mihi*, ita concepta, si filius meus intra pubertatem decesserit, tunc ille mihi heres esto, quia substitutione pupillari, non mihi, sed filio impuberi heres institui potest: substitutio pupillaris est testamentum filii, non tamen meum, & ubi testamentum ibi hereditas, ut eleganter Ambrosius epistola 73. *Si sub lege Dei sumus, & lex est testamentum vetus, ergo heredes sumus: nam ubi testamentum ibi hereditas.* Et tamen utilis est substitutio ea, licet adjecerit *mihi*, *l. 1. l. coheredi*, *§. ult. de vulg. substit. l. si ita scriptum*, *§. qui filio*, *de bonor. possess. secund. tabul.* Cur ita? quia testamentorum vitia aut menda non vitiant testatoris voluntatem, *l. 1. de condit. instit. l. hereditas*, *de hered. instit.*

instit. quia testantium voluntates latius accipiuntur: stipulationum vitia vitiant obligationem, quia stipulationes strictius accipiuntur, *l.quicquid, de verb. oblig. l.stipulatus, de fidejussor.* Restat adhuc tertium membrum distinctionis: Aut servus ille communis Titii & Mævii partem Mævio dari stipulatus est simpliciter, *l.15. h.tit.* non adjecto verbo *mihi*, vel alio. Et tunc constat valere stipulationem, quia sine vitio concepta est: consequenter obligationem adquirit Titio alteri domino in solidum, quia is solus est, cui adquiri potest. Et ita in *l.si servus meus, h.tit.* detracto verbo *mihi*: Detracto illo vitio, si servus meus stipuletur operas dari a liberto meo simpliciter, valet stipulatio, perinde ac si nominatim mihi stipulatus fuisset, non sibi. Et ita proculdubio *l. servus, 10. de oper. libert.* dum significatur, eos qui sunt in potestate patroni, recte stipulari operas a liberto ejus, in cujus sunt potestate, hoc debet intelligi, si modo rite concepit stipulationem, puta si eas stipuletur patrono, vel impersonaliter: nam si sibi, nihil agunt. Et hoc est quod ait §. *si servus.*

Ad §. Servus II. eod.

Servus capto domino ab hostibus, domino dari stipulatus est: quamvis, quæ simpliciter, vel ab alio accepit, etiam ad heredem captivi pertinent, aliudque sit juris in persona filii, quia nec tunc fuit in potestate cum stipularetur, nec postea deprehenditur, ut servus, in hereditatem: tamen in proposito potest quæri, num ex hac stipulatione nihil acquisitum heredi videtur, quomodo si servus hereditarius defuncto, aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset. Sed in hac specie servus filio exæquabitur: nam etsi filius captivo patri suo stipulatus fuerit dari, res in pendenti erit etsi pater apud hostes decesserit, nullius momenti videbitur fuisse stipulatio, quoniam alii, non sibi stipulatus est.

SEquitur alia quæstio in §. *si servus*, non jam de servo communi, sed de servo unius proprio, an valeat stipulatio vel traditio, si servus captivo alicui dari stipulatus fuerit, vel per traditionem acceperit, & dominus apud hostes decesserit: si reversus fuerit postliminio, nullus est labor: quia retro creditur in civitate fuisse propter fictionem postliminii, & perinde omnia servantur, atque si nunquam venisset in potestatem hostium. Sed si moriatur apud hostes, quæstionis est, quid fiat de his, quæ servus ejus, vel filius interim acquisivit. Et in hac quæstione utemur varia, & multiplici distinctione, cujus prima pars hæc erit: Aut servus captivi simpliciter stipulatus est dari, vel simpliciter ab alio rem sibi traditam accepit, non dicens, cui stipularetur, nec cui acciperet. Et hoc casu heredem captivi quem fictio legis Corneliæ heredem facit, ita ut retro credatur ei fuisse delata hereditas eo tempore, quo ille captus est, quia ille tunc decessisse videtur, cum captus est, *l.18. de cap. & postlim.* quia ut ait *l.justo, in fine, de usurp. & usuc.* tempus captivitatis ex die, quo captus est, morti postea secutæ jungitur, concinnatur unum tempus, confusio captivitatis & mortis tempore: heredem, inquam, captivi sequitur stipulatio simpliciter concepta a servo, vel traditio facta servo simpliciter, & impersonaliter, quia lege Cornelia servus hereditarius fuisse intelligitur: quod autem servus hereditarius simpliciter stipulatur, id hereditati, & per hanc heredi postea facto acquiritur. Et hac in re notatur hoc, differentiam esse magnam inter servum, & filium: nam si quid filius captivi stipuletur vel accipiat simpliciter, mortuo patre apud hostes, id videtur sibi acquisisse in solidum, non hereditati, non heredi patris, si ipse exheredatus sit, non coheredi pro parte, *l.in bello, §.si quis capiatur, de capt. & postlim.* Et ratio differentiæ redditur inter filium & servum cum in hoc loco, tum in *d.§.si quis capiatur*, evidenter, quia servus stipulationis tempore fuit in bonis defuncti, & in bonis esse perseverat, heredemque defuncti sequitur, id est, in hereditate deprehenditur: filius ante non fuit in potestate stipulationis tempore, nec postea deprehenditur ut servus in hereditate, quia sui juris esse videtur, ex quo captus est pater, ac proinde sibi interim acquisisse ex stipulatione traditioneve, itemque legato, non hereditate, ut ait *d.§. si quis capiatur*: qui hereditatem interim capere non potest, acquirere non potest, propterea quod modus status ejus in pendenti est, & si redeat pater, videbitur semper fuisse filiusfam. si ibi moriatur, videbitur fuisse paterfam. statim ex quo captus est pater, *l.bona, §.quod si filius, eod. tit. §.si ab hostibus, Inst. quib. mod. jus pat.* Qui dubitat de suo statu filiusfam. sit an paterfam. potest acquirere sibi delatam hereditatem adeundo vel pro herede gerendo, *l. sed etsi de sua, de acquir. hered.* non etiam is cujus status est, cujus statum in suspenso esse certum est, atque compertum. Sed persequar alias partes distinctionis. Aut servus captivi stipulatur nominatim Titio domino suo, qui est apud hostes: Et hoc casu nihil valet stipulatio, nec pertinet ad heredem captivi eo ibi mortuo, quia servus hereditarius fuisse intelligitur, ut dominus ille fingitur mortuus stipulationis tempore: servus autem hereditarius inutiliter stipulatur Titio domino suo mortuo jam, *l.pen. de reb. cred.* quia desiit esse dominus, & non domino facta stipulatio non valet: alteri facta stipulatio, qui neque est dominus, neque pater, id est, cujus juri subjectus non est, non valet. Idemque etiam dicendum est, ut ostendit hoc loco Papin. in filio captivi, si quid patri stipuletur, mortuo postea apud hostes, quia intelligitur stipulatus ei, cuius juri subjectus non fuit, & extraneo facta stipulatio nullius momenti est. Ergo quod attinet ad priorem partem distinctionis, est differentia inter servum & filium. Quod ad secundum, nulla est differentia, sed exæquatur servus filio, filius servo. Sequitur tertia pars distinctionis. Aut servus captivi stipulatus est dari heredi futuro nominatim, ut extraneo cuilibet, hoc modo: *Titio dari*, qui postea heres extiterit captivo: Et hoc casu videtur non valere stipulatio, quia heres non fuit dominus stipulationis tempore, *l.16. hoc tit. l.si servus, §.ult. de pact.* Aut stipulatus est dari heredi futuro non nominatim hoc modo: *heredi domini mei futuro dare spondes?* Et hoc casu valet stipulatio & acquiritur heredi, qui postea adierit, quia retro intelligitur fuisse dominus servi, eique servus stipulatus est, ut domino, non ut extraneo, *l.si ex re, §.ult. l.35. hoc tit.* Quia, ut diximus, semper aditio retrotrahitur, sive tempus aditionis tempori mortis testatoris jungitur, nectiturque; & ex duobus temporibus constatur unum tempus. Idemque erit si servus stipuletur hereditati, quia est vice domini. Idem erit si sibi stipuletur rem quæ sibi dari possit, *d. l. pen. de reb. cred.* Sed his ultimis casibus, quos adnotavi, & in quibus idem esse constitui, præterquam si stipuletur nominatim heredi futuro, differentia est rursus inter servum & filium: nam sive filius captivi stipuletur heredi patris postea adituro, sive non nominatim, sive stipuletur hereditati, nihil agit: at si stipuletur sibi, sibi acquirit, non hereditati. Et hæc est finitio hujus quæstionis.

Ad §. Ultim.

Cum servus fructuarius operas suas locasset, & eo nomine pecuniam in annos singulos dari stipulatus esset: finito fructu domino residui temporis acquiri stipulationem Julianus scriptum reliquit. Quæ sententia mihi videtur firmissima ratione subnixa: Nam si in annos forte quinque locatio facta sit, quoniam incertum est, fructus in quem diem duraturus sit, singulorum annorum initio cujusque anni pecunia fructuario quæreretur: secundum quæ non transit ad alterum stipulatio, sed unicuique tantum acquiritur, quantum ratio ejus permittit. Nam & cum servus ita stipuletur; quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantum dari spondes? in pendenti est, quis ex stipulatu sit habiturus actionem; si enim ex re fructuarii, vel operis suis pecuniam dedero, fructuario: si vero aliunde, domino stipulatio quæretur.

IN princ. *l.18. de stip. serv. & in §.1.* actum est de servo communi duorum vel plurium. In §. *servus*, de servo unius

nius proprio. Nunc in §.*ultim.* in quo sane magno labore A opus est, agitur de servo fructuario, in quo sc. unus usumf. habet, alter proprietatem nudam, qui neque est proprius hujus vel illius pleno jure, neque communis inter eos: nam communio est societas juris ejusdem, non pro solido, sed pro partibus indivisis, & inter proprietarium & fructuarium non est communio juris ejusdem, sed neque inter duos fructuarios est communio, qui pro solido singuli usumf. habent, non pro parte, *l.32. h.tit.* & ususf. potest esse duorum in solidum, non dominium, *l.si is incerto*, §. *ult. com. præd.* non possessio ex Proculianorum sententia, quæ obtinuit. Communio igitur est communio juris ejusdem non pro solido, sed pro partibus indivisis. Servus autem fructuarius fructuario acquirit ex duabus causis tantum: ex re fructuarii, ex peculio, quod habet a fructuario, & ex suis operis, ut si se locaverit, vel si fructuarius ipse B eum locaverit, *l.2. de usuf. leg.* Quod obtinet etiam in servo alieno aut libero homine bona fide possesso, imo & in servo communi effectu ipso, *l.si ex re*, §. 1. *h.t.* non in servo usuario: nam hic usuario acquirit ex re usuarii tantum, non ex suis operis, *l.14. in pr. de usu & hab.* nisi quatenus operis ejus utitur usuarius, tabernæ forte præpositi, vel officinæ, vel cui alii rei ad eum pertinenti, *l.12. in p. l. 16. §. ult. h.t.* Atque ita non semper operæ, licet exhiberi nobis jure debeant, habentur & ex re nostra. Et recte huic sententiæ adjicitur articulus, *quodammodo*, *l. qui bona fide*, *de acq. rer. dom.* sed de servo fructuario tractemus. Finge: Servus fructuarius operas suas locavit in quinquennium, & eo nomine pecuniam, id est, mercedem certam, in annos singulos dari stipulatus est, & interim nondum peracto tempore locationis, ususf. interiit morte fructuarii. C Papin. refert hoc loco Julianum scribere residui temporis stipulationem domino, id est proprietario acquiri. Et vehementer laudat sententiam Juliani, cum eam dicat esse firmissima ratione subnixam: nam in pendenti esse ait, cui & quatenus acquiratur ea stipulatio, fructuario an domino, propterea quod incertum est, in quem diem duraturus sit ususf. qua ratione incertum dicitur in obligationem deducere, qui usumfructum stipulatur, *l. ubi autem*, §. *fin. de verb. oblig.* Denique non est certum, an quinquennio integro duraturus sit ususfructus. Et ideo incertus est rei eventus & res in pendenti est, *l. bovem*, §. *ultim. de ædil. edic.* Si ususfructus biennio tantum duraverit, pro rata tantum biennii stipulatio fructuario acquiretur, sequentium autem annorum stipulatio acquiretur domino. Non possis igitur ab initio constituere eam D totam stipulationem acquiri fructuario: sed hoc recte dices, esse in pendenti, in eventu, in casu, in accidente. Et notandum est valde, quod ait Papinian. hoc loco, *singulorum annorum initio cujusque anni pecuniam*, id est, actionem petendæ mercedis in stipulationem deductam, *in annos singulos fructuario acquiri*, quia sc. pura est stipulatio, si quis certam pecuniam annuam, vel in annos singulos dari stipuletur, §. *at si ita*, *Inst. de verb. oblig.* Et consequenter initio cujusque anni pecunia peti potest, quia pure debetur. Qua de causa si in ingressu cujuslibet anni moriatur fructuarius, dicam mercedem hujus anni integram ad heredem fructuarii pertinere. Nec quicquam moveor *l.8. de ann. leg.* nec §. *is vero*, *Inst. de rer. divis.* quibus locis negatur, fructuarium heredi suo relinquere fructus, qui mortis suæ tempore maturi erant, E nec dum percepti, & a solo separati: nam est differentia aliqua inter fructus & hanc stipulationem. Fructus ejus anni, quo mortuus est fructuarius, qui moriente eo pendebant, domino acquiruntur, non heredi fructuarii: stipulatio pertinet ad heredem fructuarii, quæ jam non pendebat, sed acquisita erat fructuario initio anni. Sed & hoc vos maxime notare velim: ut dominus, ex fructibus debet conferre & contribuere heredi fructuarii pro rata temporis, quo eo anno ususfructus stetit, quia etsi ususfruct. ei acquiratur, non ideo minus fructus sunt contribuendi, *il faut qu'il soit remboursè*, quia dominium non impedit contributionem. Nam & ita fructus pendentes facto divortio, quamvis mulieri acquirantur, tamen in contributionem veniunt, ut ex eis vir partem ferat pro rata temporis, quo eo anno matrimonium stetit, *l.7.* §. *interdum*, *l. si filiofam.* §. *ult. solut. matrim.* Ita vero, licet illa stipulatio in annos singulos, initio cujuslibet anni, mortuo fructuario, quasi semel acquisita fructuario transmittatur ad heredem, tamen pati debet heres, ut in partem pecuniæ veniat dominus pro rata residui temporis, quo ususfruct. non stetit. Et est hac in re paulula quædam differentia inter hanc stipulationem, & legatum relictum in annos singulos: nam cœpti anni legatum debetur heredi legatarii in integrum, ita ut heres testatoris ex eo nihil deducere, vel deminuere possit, *l.5. de ann. leg.* Cœpti anni stipulatio interposita ex causa locationis operarum a servo fructuario, ad heredem fructuarii etiam pertinet, sed ex ea debet domino partem contribuere, ne videatur ultra mortem fructuarii ususf. permansisse, quod utique Accurs. non male ait, dominum consecuturum condictione sine causa. Sequentium autem annorum stipulatio domino acquiritur ipso jure. Et ita concludit Papinian. Ex quo apparet, & in hoc versari potissimum difficultatem rei propositæ, stipulationem semel acquisitam fructuario, non transire ad dominum, sed ad heredem fructuarii, secundum communem formam juris, puta stipulationem quæsitam fructuario jam ab initio ejus anni, quo vita functus est, licet ex ea debeat heres domino partem contribuere, & sequentium quoque annorum stipulationem non transire ad dominum a fructuario, quæ nunquam videtur fuisse acquisita fructuario, non transire, inquam, sed acquiri domino. Et ideo recte Julianus scripsit: *Residui temporis stipulationem domino acquiri*, non dixit, *transire*, sed, *acquiri*, & Paulus *pertinere*, in *l. si operas*, *de usufr.* & Papinian. tacite hoc loco reprehendit Ulpianum, & hoc est certissimum, qui scripserat stipulationem quæsitam semel fructuario transire ad dominum in *l. sed & si* §. *si operas*, *de usufr.* contra regulas juris, quæ volunt, ut stipulationes vel obligationes quæcunque nobis acquisitæ semel, non transeant nisi ad successorem universi juris nostri, id est, ad eum, qui in jus nostrum universum successerit, veluti ad heredem, bonorum possessorem, fideicommiss. Trebellianum, vel patrem adrogantem, sed reprehendit Ulpianum Papin. ut dixi, non nominatim, sed tacite, non studio notandi, sed inquirendi veri, his verbis, *secundum quæ non transit ad alterum stipulatio*, quasi velit dicere, non debuit Ulpianus uti verbo transeundi, sed acquirendi, *quia unicuique tantum acquiritur*, ut ait, *quantum ratio juris permittit*, nec ab uno ad alterum transit stipulatio, quasi ad successorem, cum non sit successor juris fructuario dominus. Fuit, ut alias dixi, inter Ulpianum & Papin. æmulatio quædam, quæ dicitur alere firmiores profectus in literis, uberiores fructus in literis, & quodammodo laudabilis: evidens est dissidium inter juris auctores, quoties alter alterius verbum aut rationem perstringit & rejicit, ut in *l. singularia*, *de rebus cred.* & *l. qui negotia*, *mand.* idemque in *l.3.* §. *pen. de act. emp.* & *l.4. de usur.* Et stultæ est aut obscuræ diligentiæ, quod evidens est, dissidium inter auctores, id modo quocumque finire conari. Jam sumus prætervecti hunc scopulum. In extremo hujus §. ne novum videretur quod dixi ante, in pendenti esse illam stipulationem, de qua fuit posita species, cui scilicet acquiratur, tradit similem casum, quo etiam in pendenti est stipulatio cui acquiratur, fructuario an domino, quem & ex Juliano Ulpianus retulit in *d. l. sed & si quis* §. 1. Finge: Servus est numeraturus pecuniam Titio mutui nomine, & antequam numeret, stipulatur de Titio, tantam pecuniam sibi reddi, quantam intra biduum illi numeraverit: nihil refert stipulatio præcedat mutuum, an sequatur, *l.6.* §. *ult. de novat. l.3.* §. *ult.* & *l. contra*, *ad Maced.* In pendenti est, cui acquiratur stipulatio: in pendenti est acquisitio stipulationis hujusmodi, & numeratio declarabit, quæ post sequetur, cui sit acquisita: nam si servus pecuniam numeravit ex re fructuarii, vel ex suis operis, retro videbitur acquisita fructuario: si

aliud

aliud numeraverit domino, & interea traditio quoque ſive acquiſitio domini in plerìſque caſibus in pendenti eſt, ut in *d.l.ſed & ſi quis*, §.1.*l.arboribus* §.*ult.l.quid ergo*, §.1. *de uſufr.l.ſervus*, §.*ult.de acq.rer.dom.l.pen.*§.*ult.de caſt.pec. l.bovem*, §.*ult.de ædil.edic.* Stipulatio eſt pura, fateor, traditio eſt pura, ſed propter conditionem juris, ut eleganter ait lex *bovem*, §.*ult.* in pendenti eſt, id eſt, propter tacitam conditionem, cujus ratione ſtipulatio vel traditio non fit conditionalis: tacita conditio non eſt conditio, *l.conditio, de cond.& demon. l.3.de leg.*1.Non omne quod ſuſpendit rem, eſt conditio: hæc ſtipulatio eſt pura; & tamen in pendenti eſt. Et male igitur Joannes hoc loco generaliter definit, puram ſtipulationem in pendenti eſſe non poſſe: ut ſtipulatio uſuſf. quam facit ſervus hereditarius, non poteſt eſſe in pendenti, quia initium vitioſum habuit, non exiſtente perſona, aut jacente hereditate, cui acquiri poſſet uſusfructus, *l.uſusfruct. hoc tit.*Item ſtipulatio interpoſita a ſervo communi duorum hoc modo, *ut Cal. Januariis illi aut illi dominis ſuis, uter eorum viveret, daretur aliquid*, in pendenti eſſe non poteſt: quia initium eſt vitioſum, non exiſtente certo domino, cui acquiratur ſtipulatio propter illam adjectionem, uter eorum vixerit, *l.2.hoc tit.* Fateor, has ſtipulationes in pendenti eſſe non poſſe, ſed non idem ſtatuendum eſt in ceteris omnibus ſtipulationibus puris, ut in pendenti eſſe non poſſint, ſi modo exiſtat homo certus, cui acquiri poterit ſtipulatio, aut retro acquiſita fuiſſe ex poſt facto apparere poterit ab initio contractus. In ſpecie *d.l.uſusfruct.* uſusfructus ſtipulatio inutilis eſt, non exiſtente perſona, aut jacente hereditate, cui ab initio contractus acquireretur uſusfructus, quod jus ſine perſona eſſe non poteſt, vel conſtitui. In ſpecie *l.21.* non eſt dominus, cui retro poſſis dicere, fuiſſe acquiſitam ſtipulationem: nam tempore contractus alter alteri obſtitit, nec poterat vivo utroque alteri acquiri: nec poteſt igitur alteri acquiſita videri retro; & in ſtipulationibus ſemper ſpectamus tempus contractus: ſi enim in conditionalibus ſpectamus, & multo magis in puris ſtipulationibus.

Ad L. Si teſtamento XLIX. de Fidejuſſ.

Si teſtamento liberatum debitorem heres omittat, fidejuſſorem autem ejus conveniat, proderit exceptio doli mali fidejuſſori, propter improbitatem heredis, quæ prodeſſe reo debuerat ſi conveniretur.

RESTAT tantum ex hoc libro *l.49.de fidejuſſ.* cujus initio ita ſcriptum eſt, *ſi teſtamento*, &c.Liberatur debitor teſtamento, ſi teſtator dixerit vel ſcripſerit, ſe eum liberare, vel ſe ei remittere debitum, vel ſi heredem noluerit ab eo petere, quem ita liberavit teſtamento. Itaque ſi eum conveniat heres, repelletur exceptione doli mali propter improbitatem ſuam: improbæ petitioni opponitur exceptio doli mali, & improbitas eſt non ſequi voluntatem teſtatoris, & quæ indevotio dicitur, & contumacia, improba petitio eſt, quam intendit heres contra judicium defuncti. Idemque erit, ſi heres conveniat fidejuſſorem debitoris teſtamento liberati, quia qui a fidejuſſore petit, vi ipſa a debitore petit, *l.adverſus, de recep.qui arbit.*Debitor fidejuſſ. qui coactus eſt ſolvere, tenetur actione mandati, ut refundat quod ſolvit, *l.ſi quis reum, in princ. de liber.leg.* Igitur ſi nulla ſit actio mandati fidejuſſori, ut ſi donandi animo fidejuſſerit, aut ſi in rem ſuam fidejuſſerit, ut *l.ſi qui reum*, vel ſi pro invito fidejuſſerit, *l.ſi pro te, mandat.* vel ſi juſſu teſtatoris, ut in ſpecie legis *tribus, de uſufr. ear. rer. quæ uſ.conſum.* his caſibus, quibus fidejuſſori, qui ſolvit, non competit actio mandati, non eſt regreſſus ſive ἀναφορὰ, adverſus reum principalem: dicimus exceptionem doli non prodeſſe fidejuſſori, quæ prodeſſet tamen reo, ſi conveniretur, *l.quod dictum, de pact.* Nec enim his caſibus, qui a fidejuſſore petit, a reo vi ipſa petit, quia ad reum non eſt fidejuſſori regreſſus. Idem etiam erit, ſi ſit actio mandati, ſed teſtator nominatim caverit, ut duntaxat a debitore non peteretur a fidejuſſore peteretur: neque enim omnino inutile eſt legatum aut fideicommiſſum, licet fidejuſſor adverſus debitorem regreſſum habiturus ſit, cum & ſimile pactum, ut duntaxat a reo non petatur, non ſit inutile, *l. niſi hoc actum, de pact.* Utilitas in eo eſt, quia forte debitoris intereſt fidejuſſori potius ſolvere, quam creditori, vel heredi creditoris. Et hoc eſt quod attinet ad initium h.l.

Ad §.1.

Ex duobus fidejuſſoris heredibus, ſi per errorem alter ſolidum exſolvat, quidam putant habere eum condictionem, & ideo manere obligatum coheredem. Ceſſante quoque condictione durare obligationem coheredis probant, propterea quod creditor, qui dum ſe putat obligatum, partem ei, qui totum dedit, exſolverit, nullam habebit condictionem. Quod ſi duo fidejuſſores accepti fuerint, verbi gratia in viginti, & alter ex duobus heredibus alterius fidejuſſoris totum creditori exſolverit: habebit quidem decem, quæ ipſo jure non debuit, condictionem: an autem & alia quinque millia repetere poſſit, ſi fidejuſſor alter ſolvendo eſt, videndum eſt: ab initio enim heres fidejuſſoris ſive heredes ut ipſe fidejuſſor audiendi ſunt, ut ſcil. pro parte ſinguli fidejuſſores, qui ſunt, conveniantur. Severior & utilior in utroque caſu eſt illa ſententia, ſolutionem non indebitæ quantitatis non debere revocari, quod etiam epiſtola D. Pii ſignificatur in perſona fidejuſſoris, qui totum exſolverat.

SEquitur alia quæſtio in §. 1. quæ pertrahitur uſque ad §.*ult.* Unius fidejuſſoris & ſolius duo ſunt heredes, ſinguli ex cauſa fidejuſſionis tenentur non in ſolidum, ſed pro hereditariis portionibus, ipſo jure, id eſt, ex l.XII. tabul. quibus æs alienum hereditarium dividitur inter heredes pro hereditariis portionibus, *l.pacto, C.de pact. l.6. C.fam. erciſ.*At finge: unus ex eis heredibus per errorem ſolidum ſolvit, qui non debuit niſi partem hereditariam: ſi per errorem juris ſolvit ſolidum, qui ſolvendo pro parte hereditaria ſe liberare potuiſſet, non habet condictionem indebiti, niſi ſit ex eis perſonis, quibus jus ignorare permiſſum, *l.cum quis, de jur. & fact. ignor.*Si per errorem facti ſolidum ſolverit, forte dum putavit, teſtatorem ſibi injunxiſſe onus exſolvendi, pro parte ſua liberatur, pro parte coheredis habet condictionem indebiti, quia pro altera parte non tenebatur, & pro ea parte in coheredem creditori integra eſt actio; coheres manet obligatus pro ſua parte. Is, qui ſolvit ſolidum, & partem, pro ſua parte liberatus eſt: ergo omnino liberatur ex l.12. tabul. Imo vero & condictione ceſſante, id eſt, ſi is qui ſolvit, non condixerit, quod plus debito ſolvit, id eſt, quod ſolvit ultra portionem hereditariam, coheres ejus pro parte, qua heres eſt, obligatus manet, nec cenſetur liberatus ſolutione coheredis ejus, qui totum ſolvit: quia non communi nomine ſolvit, quo caſu ipſe & coheres proculdubio liberaretur etiam invitus, & ignorans, *l.ſolutione, in fi. de ſolut.*nec competeret condictio indebiti, ut Accurſ. recte in *l.ex parte, inf.de ſolut.*ſed ſolvit ſuo proprio nomine, cum putaret ſe totum debere. Igitur non liberabit coheredem, & ſive condixerit, ſive non condixerit quod plus ſolvit, coheres obligatus manet; & coheredem liberatum non eſſe probat, aut probant hi, quorum ſententiam refert Papin. hoc argumento ſubtiliſſimo: Si coheres eſſet liberatus, creditor qui dum putat ſe plus debito accepiſſe, & teneri condictione indebiti pro parte heredis, qui non ſolvit, ſi partem reddidiſſet ei, qui totum ſolvit, haberet condictionem ejus partis, quam reddidit ſi uterque eſſet liberatus, non haberet condictionem ejus partis quam reddidit, cum quod plus debito accepit, id ipſe jam debuerit, atque ita debitum reddiderit: ergo ille liberatus non eſt, & pro ſua parte conveniri poteſt a creditore, licet nihil ab eo creditore condixerit is, qui totum ſolvit. Et hoc quidem de duobus heredibus unius, & ſolius fidejuſſoris hic refert Pap. ex aliorum ſententia, quam non improbat.

Nunc tractemus, quid sit dicendum de duobus fide- A jussoribus ejusdem rei, si unus ex iis solidum exsolverit, puto vos scire, quod sciunt in foro omnes: fidejussores ex epist. D.Hadriani, cui ideo plerumque, dum se obligant, solent renuntiare satisagentibus tabellionibus, aut creditoribus, ex ea epistola, inquam, eos habere beneficium dividendæ actionis, ut tametsi ipso jure singuli teneantur in solidum, tamen non conveniantur nisi pro parte virili, videlicet si omnes sint solvendo. Nunc igitur finge: duo sunt fidejussores, unus ex eis solidum solvit, qui usus beneficio epistolæ D.Hadriani, partem tantum solvisset virilem: quæro, *an pro parte confidejussoris condictionem habeat?* Et est certissimum non habere: & esse differentiam inter hunc & superiorem casum, inter hunc casum de duobus fidejussoribus, & superiorem de duobus heredibus unius fidejussoris: quia singuli heredes B unius fidejussoris ipso jure debent tantum partes hereditarias, id est, ex XII. tab. Singuli autem fidejussores ipso jure solidum debent, & sunt duo rei debendi *§.si plures, Inst. de fidejuss. & l.si plures §.1. eodem tit.* Nec obstat quod si ambo solvendo sint litis contestatæ tempore, uti potest beneficio epistolæ D.Hadriani, id est beneficio divisionis, qui in solidum convenitur, ut sc. pro parte tantum virili in se detur actio & fiat condemnatio: nam hoc beneficio uti potest ab initio, antequam soluerit, sed postea, quam soluit solidum, quod sane debuit ex ea epistola, non datur ei condictio. Denique ex ea epistola datur exceptio, ne ultra partem virilem solvat, si confidejussor sit solvendo, non etiam datur condictio, ut repetat quod soluit, id est, ultra partem virilem. Paulatim progredimur ad difficiliora. Nunc C igitur, quod est difficilius, quodque diximus in duobus fidejussoribus, an idem procedit in duobus heredibus unius fidejussoris, cum essent duo fidejussores, si unus heredum soluerit solidum? Finge, est elegantissima species: duo sunt fidejussores ejusdem pecuniæ, puta XX. millium, ut ponit Papin. primus & secundus: primus duos ex æquis partibus heredes reliquit superstites secundo fidejussori, & unus ex heredibus primi, creditori solidum soluit, id est, viginti millia: sane pro parte coheredis habet condictionem decem millium, quia ipso jure: id est, ex XII. tab. debuit tantum decem: alia decem debuit coheres, non ipse. Et hoc est certissimum. Verum dubitatur maxime, an quia alter fidejussor, qui superest, est solvendo, & epistola D. Hadriani dividit actionem, ita ut alter fidejuss. conveniatur in decem mil- D lia, heredes autem mortui fidejussoris in alia decem, non quidem singuli in totum, quia in ea decem coguntur, sive rediguntur beneficio epistolæ, sed singuli in quinque millia, pro hereditariis portionibus, an hic, qui integra viginti millia soluit, & condixit decem, quæ non debuit ipso jure, sed coheres, possit etiam ex aliis decem condicere quinque, quæ beneficio epist. potuisset non solvere? Et ait, nihil posse eum condicere ex aliis decem, quia ipso jure decem debuit, & indistincte. Ita distinguit eleganter Pap. *utroque casu*, id est, sive unus ex duobus fidejussoribus solidum soluerit, sive unus ex heredibus unius fidejussoris, soluerit solidum, pro parte hereditaria, id est, decem, qui usus beneficio epistolæ non soluisset nisi quinque, non posse condicere partem decem, nihil posse condicere, quia uterque solidum sol- E vit, quia uterque quod soluit, ipso jure debuit. Et hoc ita omnino proponitur in eo, quod sequitur, *quod si duo, &c.* In qua parte observandum est, quod est scriptum Florentiæ, *severior & utilior est*, rectius legi vulgo, *sed verior & utilior*: ratio veterum Jurisconsultorum ut Juliani, Marcelli & aliorum, ut idem Papin. ait in *l.cum servus, mand.* verius & utilius. Item illo loco, *epistola D.Pii*, observandum est, epistolam Divi Hadriani tribui Divo Pio, hoc uno loco juris nostri. Ex quo apparet, illam epistolam non esse Hadriani, sed Divi Pii, quem Hadrianus adoptaverat. Et ita sæpissime in jure Divus Hadrianus est Divus Pius, non ille, qui singulari nomine dicitur Hadrianus, sed qui Pius adoptionis

A jure, Hadriani nomen assumpsit, *§.1. de Senatusc. Tertyll.* Senatusconsultum Tertyllianum factum fuisse Hadriani temporibus, quod ex consulibus, qui nomen dederunt Senatusconsulto, Tertyllo, & Sacerdote constat factum fuisse D.Hadriani temporibus, *& l.acceptis, ad l.Falc. l.deducta, §.acceptis, ad Trebell.* D.Hadrianus est D. Pius, un constat ex *l.in quartam, §.1. ad l.Falc.* & sic in *l.si de vi, de judic.* quod tribuitur Hadriano, tribuitur Pio in *l.de vi publ.* In illa igitur Hadrianus, id est, Pius: & sic in *l.3.si pars hered. pet.* ad Hadrianum fuisse perductam mulierem quandam cum quinque liberis, quos enixa erat uno partu. Ex Capitolino in Pio constat perductam fuisse ad D.Pium. Ac similiter in *l.3.§.Divus, de sepulc. viol.* D.Hadrianum constituisse, ne quis in urbe sepeliretur: quod idem Capitolinus D. Pio tribuit, B & nulla est diffidentia: Nam Hadrianus illo loco est D.Pius, ut in ceteris. Non mihi satisfacio, nisi quæstionem, quam heri tractavi ultimo loco, facio summam, brevem & dilucidam. Duo sunt fidejussores viginti millium: unus eorum defunctus est, relictis duobus heredibus ex æquis partibus: defunctus ipso jure debuit solidum, id est, viginti millia, quoniam erant rei ejusdem pecuniæ. Sed qui solutione nondum facta, beneficio epistolæ D.Hadriani conventus tantum in decem condemnatus fuisset: solutis viginti integris, condictionem nullam habuisset, quoniam ipso jure debuit XX. Singuli autem heredes ejus ipso jure debent, non viginti, sed decem tantum, divisa obligatione pro hereditariis portionibus ex XII. tab. Sed solutione nondum facta beneficio ejusdem epistolæ, adscriptis decem fidejussori superstiti, C singuli heredes convenientur tantum in quinque, aliis scil. decem ex æquo inter eos divisis secundum XII. tab. Quod si unus eorum per errorem solverit integra viginti, potest quidem condicere decem, quæ debuit coheres, non ipse. Ex aliis decem non potest condicere quinque, quoniam ipso jure debuit decem integra ex sua persona, & coheres alios decem cessante beneficio epistolæ, quod utique post solutionem cessat. Nunc facillime rem intelligetis. Jam transeamus ad §. *ult.*

Ad §. ultim.

Quæsitum est, an fidejussor, qui Capuæ pecuniam se daturum Romæ promisit: si reus promittendi Capuæ esset, statim conveniri possit? dixi non magis fidejussorem confestim teneri, quam si ipse Capuæ spopondisset, cum reus adhuc Ca- D *puam pervenire non potuisset: nec ad rem pertinere, quod hoc latere nemo dubitet, nondum fidejussorem teneri: quia nec ipse reus promittendi teneretur. Nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor Capuæ sit, fidejussorem confestim teneri, non habita ratione taciti proprii temporis, eventurum, ut eo casu fidejussor conveniatur, quo debitor ipse si Romæ fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet fidejussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona recuperare tam rei promittendi, quam ipsius fidejussoris, quoniam aliud respondentibus, contra juris formam in duriorem conditionem acceptus intelligetur.*

Fidejussor, cum esset Romæ, promisit se pecuniam Capuæ daturum pro reo principali, qui jam erat Capuæ, & Capuæ promiserat: Quæritur, an fidejussor statim conveniri possit? Movet, quod principalis reus, cum E sit Capuæ, statim conveniri potest. Ergo est eadem conditio fidejussoris, ut statim possit conveniri: At respondet Papin. non ideo fidejussorem statim conveniri posse, quod possit reus principalis: quoniam stipulationi, quæ Romæ est interposita pecuniam Capuæ dari, inest tacitum proprium tempus, quo Capuam fidejussor pervenire potest. Inest tempus, ut Græci ajunt hoc loco, *πρὸς τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα*, id est, *propter viæ distantiam, in l.2. §.qui ita stipulatur, de eo quod cert. loc. l.9. §.ult. de duobus reis, l.servus si heredi, §.1. de statulib. l.quoties, de oper. libert.* Nec quicquam vetat, reum statim conveniri posse, non etiam fidejussorem: nam & reo pure accepto, fidejussor recte accipitur ex die, nec ut reus statim conveniri potest, *l.Græce, §.item accepto, hoc tit.* Obstare

tamen

tamen videtur lex *fidejuſſor obligari*, §. 1. *hoc tit.* quæ ait, fidejuſſorem non obligari, ſi reo accepto pure fidejuſſor accipiatur cum adjectione loci, ut contigit in hac ſpecie: quia ſcil. durior eſt conditio ejus, qui promittit cum adjectione loci, id eſt, qui certo loco ſe daturum promittit, quam ejus, qui pure promittit, quoniam is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promiſit, ſolvere compelli poteſt invito ſtipulatore, *l. 2. §. idem Julianus, & l. pen. de eo quod cer. loc.* Fidejuſſoris autem non poteſt eſſe durior conditio, poteſt eſſe levior, non durior, aut deterior. *l. hi qui h. t. §. fidejuſſores, eod. Inſt.* At ita reſpondendum eſt ad *d. l. fidejuſſor*, §. 1. Quod ea lex ait, verum eſt, ſi alio loco pure reus accipiatur, quam quo fidejuſſor ſe daturum promittit, non ſi eodem uterque loco, ut in hac ſpecie uterque promittit ſe daturum Capuæ, ſed reus præſens, fidejuſſor abſens. Verum modo convertamus caſum, quem propoſuimus initio, & inveniemus idem juris eſſe e converſo. Finge: Reus cum eſſet Romæ, promiſit ſe Capuæ pecuniam daturum: fidejuſſor autem jam erat Capuæ, & Capuæ promiſit: certe reus non poteſt conveniri ſtatim, ſed neque fidejuſſor. Neque priore igitur caſu, neque poſteriore fidejuſſor poteſt conveniri ſtatim, ſed obligatio dilationem capit: priore caſu ex perſona fidejuſſoris: & poſteriore ex perſona rei, obligatio, inquam, utriuſque. Nec rurſus obſtat huic parti, quod reo accepto ex die, fidejuſſor pure acceptus non obligatur ei, *d. §. fidejuſſores*: ne contra juris formam in duriorem cauſam obligetur: Nam hoc verum eſt, ſi reus ex certo die acceptus ſit nominatim, fidejuſſor præſenti die: non ſi in eodem quiſque loco ſe daturum promiſerit, ut in hac ſpecie, ſed reus abſens ab eo loco, fidejuſſor præſens. Eſt enim utilis fidejuſſio, licet fidejuſſor non teneatur, antequam reus teneri cœperit, id eſt, antequam præterierit tempus, quo reus pervenire Capuam potuit, cum & futuræ obligationi fidejuſſor poſſit adhiberi, *l. 6. hoc tit.* Et in priore caſu ſi fidejuſſor fuerit Romæ, reus Capuæ, cur ſtatim non tenetur fidejuſſor, exemplo ſcilicet rei? quoniam & reus, ſi Romæ fuiſſet, non teneretur ſtatim, ut ait Papin. Et in ſumma concludit, utroque caſu fidejuſſoriæ obligationi ineſſe tacitum tempus. Priore caſu, ſi fidejuſſor fuerit Romæ, reus Capuæ, ineſt tacitum tempus ex perſona fidejuſſoris: Poſteriore caſu, ſi fidejuſſor Capuæ fuerit, reus Romæ, ineſt tacitum tempus ex perſona rei. Quod quidem utriuſque obligationem moratur atque ſuſpendit: alioqui priore caſu eſſet inutilis fidejuſſio, quaſi fidejuſſore accepto in duriorem cauſam: eſt enim durior cauſa ejus, qui promittit cum adjectione loci, *d. l. fidejuſſor obligari*, §. 1. Et fidejuſſor inutiliter accipitur in duriorem cauſam; Ergo rapienda eſt occaſio, quæ utilem facit potius quam inutilem obligationem: & portio utilis erit obligatio fidejuſſoria, ſi dixeris, eam obligationem differri in tempus, quo fidejuſſor Capuam pervenire poſſit. Quidam negabant priori caſu comparandam eſſe poſteriorem obligationem priori. Comparat Papin. priorem poſteriori, utroque caſu fidejuſſorem non poſſe ſtatim conveniri: alii non admittebant hanc comparationem: Nam poſteriore caſu facile admittebant fidejuſſorem nondum teneri, quoniam nec ipſe reus ante tenebatur, qui Romæ promiſerat ſe Capuæ daturum. Priore autem fidejuſſorem dicebant confeſtim teneri, quoniam & reus confeſtim teneretur, qui præſens Capuæ promiſiſſet. Quod ita eludit Papin. ut dicat non magis priore, quam poſteriore caſu ſtatim conveniri fidejuſſorem poſſe: neutro igitur poſſe, quoniam ei in priori caſu eadem intervenit ratio, quæ in poſteriori, quæ efficit ne teneatur fidejuſſor, *quoniam*, inquit, *nec reus ſi Romæ fuiſſet, teneretur ſtatim.* In qua eluſione Papin. eſt captio evidens, & ſi animadvertimus ſubtilitatem ingenii, Papiniano excidunt nonnunquam κακοσοφισμοί, id eſt, captiones quædam. Captio hic eſt evidens, quoniam quod poſteriore caſu dicitur ſimpliciter, non ſtatim teneri reum, qui Romæ promiſit ſe daturum Capuæ, id Papinian. in priore caſu adſumit conditionaliter, non teneri reum, ſi Romæ fuerit. Sed tamen utilior eſt Papin. ſententia, & tenenda omnino, quoniam commodius eſt ita accipi, quo ſtipulatio magis valeat, quam pereat, & æquum eſt etiam priore caſu ex perſona fidejuſſoris, eum qui Romæ promiſit, ſe Capuæ daturum, habere rationem taciti proprii temporis, quo Capuam ire fidejuſſor poſſit. Et in illum locum, *nec ad rem pertinere*, ut res ſit dilucidior, velim vos notare, quod notavit Rogerius, nihil attinere, quo magis, inquit, fidejuſſor conveniri poſſit, in priori caſu ſtatim quam in poſteriori, id eſt, ut ſentit Accurſ. non eſſe differentiam inter primum & ſecundum caſum. Et in illum locum: *nam e contrario*, idem Rogerius ita notat, & eleganter eorum objectis reſpondet: qui primum caſum ſecundo comparandum inficiabantur, facillimus hic §. ita videbitur, ſi reus principalis cum eſſet Capuæ, Capuæ promiſerit certam pecuniam, fidejuſſor autem, qui pro eo interceſſit, cum eſſet Romæ, promiſerit ſe eam pecuniam Capuæ daturum: reus quidem, qui jam eſt Capuæ, ſtatim conveniri poteſt, fidejuſſor autem ex ſententia Papin. ſtatim conveniri non poteſt, quoniam habenda eſt ratio taciti proprii temporis, quo fidejuſſor Capuam pervenire poteſt. Ergo licet reus ſtatim teneatur & conveniri poſſit, tamen fidejuſſor conveniri non poteſt. E contrario, ſi principalis reus cum eſſet Romæ promiſerit ſe Capuæ daturum, fidejuſſor autem cum jam eſſet Capuæ, Capuæ promiſerit, hoc caſu, non poterit etiam fidejuſſor Capuæ conveniri ſtatim, quoniam & fidejuſſoriæ obligationi ineſt tacitum tempus ex perſona rei. Denique fidejuſſor, licet jam ſit Capuæ, & Capuæ promittat pure, non tenetur ſtatim, quoniam nec reus tenetur ſtatim, & priore illo caſu fidejuſſor etiam non tenetur ſtatim, licet reus teneatur ſtatim: quod tamen quidam non admittebant. Sed eorum ſententiam improbat Papin. hac ratione, quoniam ſi dixeris, priore illo caſu fidejuſſorem conveniri poſſe confeſtim, ut reus principalis poteſt, qui jam eſt Capuæ, inutilem efficies fidejuſſoriam obligationem, quaſi fidejuſſore accepto in duriorem cauſam. Quærebam, cur videretur acceptus in duriorem cauſam? & dicebam, quoniam durior eſt cauſa ejus, qui promittit cum adjectione loci, qualiter fidejuſſor promiſerat ex *l. fidejuſſor obligari*, §. 1. *de fidejuſſ.* male, & jam ante bene explicaveram *d. l. fidejuſſor*, hoc modo: Si priore illo caſu fidejuſſor tenetur ſtatim ſicut reus, qui jam eſt Capuæ, durior eſt ejus cauſa quam rei: nam ſi reus Romæ eſſet, non conveniretur ſtatim: fidejuſſor Romæ eſt, & vis eum conveniri ſtatim: duriorem igitur conditionem ejus facis contra regulas juris, atque ita ſecundum regulas juris, inutilem facis fidejuſſoris obligationem: in perſona rei habetur ratio taciti proprii temporis, & ſi vis fidejuſſorem ſtatim conveniri qui Romæ eſt, necdum Capuam pervenit, aut pervenire ſubito poteſt, non habes in perſona fidejuſſoris rationem taciti proprii temporis, ergo duriorem ejus cauſam facis. Denique inutilem fidejuſſoris obligationem facis. Id accipiamus, quod utilem potius quam inutilem obligationem fidejuſſoris faciat: melius eſt conſtituere generaliter fidejuſſoriæ obligationi ineſſe tacitum tempus, non tantum ex perſona rei, ſed & fidejuſſoris. Ego nolui hoc diſſimulare, & miror, quod nemo hoc animadverterit, & reprehenderit.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXVIII. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. III. de Condict. indeb.

Idem eſt et ſi ſolutis legatis nova & inopinata cauſa hereditatem abſtulit: veluti nato poſtumo, quem heres in utero fuiſſe ignorabat: vel etiam ab hoſtibus reverſo filio, quem pater obiiſſe falſo præſumpſerat: nam utiles actiones poſtumo, vel filio,

lio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus rescripsit: scilicet quod bonæ fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur: nec periculum hujusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.

ERIT breve initium, sicut omnia debent esse initia, nam & cœpisse multum est. Condictio indebiti, vel est directa, vel utilis: Directa datur ei, qui solvit indebitum. Quid est condictio indebiti? solutionis nón debitæ quantitatis, vel rei revocatio. Condictio indebiti revocat solutionem non debitæ quantitatis. Utilis autem datur etiam nonnunquam ei, qui non solvit, adversus eum, qui ab alio solutum accepit, ut si heres scriptus testamento, vel nuncupatus, legata aut fideicommissa solverit testamento relicta, & postea apparuerit falsum testamentum fuisse, vel ruptum mutatione, vel irritum capitis deminutione, vel si rescissum fuerit querela inofficiosi, atque ita si apparuerit indebita fuisse legata vel fideicommissa: Nam res judicata contra testamentum, etiam legatariis nocet, *l. 3. de pignor.* Legatorum solutorum condictio competit heredi legitimo, qui ab herede scripto hereditatem abstulit & evicit. Competit igitur ei, qui non solvit, utilis, *l. 2. §. ult. hoc tit. l. Papinian. §. ult. de inoffi. testam.* Atque ita evenit, ut est scriptum in *l. 5. hoc tit.* ut quod alius solvit, alius condicat, ut quod solvit heres scriptus, condicat heres legitimus evicta hereditate. Idem subjicitur in *l. 3. ex Papin. & si solutis legatis, nova & inopinata causa hereditatem abstulerit: nova & inopinata causa*, id est, improvisus casus, ut ipse ait in *l. militis, §. miles insuper, de milit. test.* ut puta, si post solutionem legatorum ruptum fuerit testamentum agnatione postumi, quem heres qui solvit legata ignorabat esse in utero uxoris testatoris. Testamentum rumpitur duobus modis, mutatione testamenti, & agnitione sui heredis, qui neque institutus sit, neque ut oportet exheredatus, id est, qui sit præteritus silentio. Et de testamento rupto mutatione est lex 4. itemque *l. 2. hoc tit.* Et est emendanda glossa *l. 2.* ad verbum, *ruptum, ut per secundum tabulas*, inquit, legendum, *ut per secundum testamentum*. De testamento autem rupto agnatione sui heredis est *l. hæc 3.* veluti agnatione postumi testamento præteriti: huic postumo, qui evicerit hereditatem, dabitur condictio legatorum solutorum, licet ea ipse non solverit, sed scriptus. Et idem erit, si post solutionem apparuerit injustum fuisse testamentum. Injustum proprie dicitur, in quo filius est præteritus, non dico postumus: Nam ejus præteritio non facit injustum testamentum, sed rumpit. Præteritio filii ab initio facit injustum testamentum. Finge: filius captus est ab hostibus: pater falso præsumit eum obiisse apud hostes, & eum omittit testamento, & alium heredem scribit: heres solvit legata, post revertitur filius: videtur injustum fuisse testamentum ab initio, quia filius retro creditur in civitate fuisse, & ita injustum dicitur in *l. 6. §. sed si pater, de injust. rup.* Porro his casibus condictio solutorum legatorum datur ei qui postliminio reversus est, atque etiam postumo, qui hereditatem evincit, condictio utilis, & directa etiam ei datur ex cessione heredis scripti, qui solvit, *l. quod si in diem, §. ult. de petit. hered.* Et ita frequenter in jure, ubi est ex cessione directa actio, sine cessione competit utilis, *l. 1. §. nunc tractemus de tut. & rat. l. ex legato, C. de leg.* Hoc vero casu & ceteris, quos posuimus, heres solvit legata bona fide, & sine culpa, culpa ei nulla potest imputari: Ponamus igitur, eum legata solvisse bona fide de hereditate ipsa. At post quæremus de suo solverit-ne, an ex hereditate: heres tenetur petitione hereditatis postumo vel filio, in hoc tantum, ut cedat condictionem indebiti, nec tenetur in amplius quicquam, nec si hi, qui legata perceperunt, solvendo sunt: si egeni sunt, & inopes, qualiscunque cessio actionis, etiamsi sit inanis, propter inopiam reorum, pro satisfactione est, *l. ult. de admin. tut. l. Titio fundus de cond. & demonst.* Ergo liberatur heres scriptus ce-
A dendo condictionem indebiti, sive ea sit inanis, sive efficax, quia scil. qui bona fide possidet hereditatem pertinentem ad alium, tenetur tantum in quantum locupletior factus est: non ergo tenetur in legata, quæ erogavit & distribuit bona fide, secutus scripturam testamenti. Et hoc est ex Senatusconsulto de pet. hereditatis, ut qui bona fide possidet hereditatem, in id tantum teneatur, quo factus est locupletior. Senatusconsultum illud appellatur Hadrianum in *l. quod si possessor, de petit. hered.* Senatusconsulto Hadriano bonæ fidei possessor neque lucro, neque damno afficitur. Igitur periculum rerum puta legatorum indebite solutorum, ad eum non pertinet, si qui ea perceperunt, conventi, non sunt ea reddituri propter inopiam: & sufficit qualiscunque cessio condictionis indebiti, qua etiam omissa dabitur utilis postumo vel filio
B reverso ab hostibus. Recte posui heredem scriptum bona fide solvisse. Nam si solverit mala fide etiamsi solverit ante controversiam motam, ut ponendum est, nam post controversiam bona fide non potest solvere, puta sciens, in qua causa esset testamentum, sciens vitium testamenti, non liberatur cedendo condictionem indebiti: non semper cessio aut delegatio pro solutione est, sed omnimodo tenetur, atque si nec solvisset, quia dolo desiit possidere, & dolus præteritus venit in petitionem hereditatis. Et hoc ostenditur in *l. 17. §. ult. de petit. hered.* & nos exposuimus latius in lib. 20. in *l. si patroni, §. ult. ad Trebel.* Igitur, si post controversiam motam de hereditate, heres solverit legata, quia mala fide solvit, id ei imputatur, & venit in petitionem hereditatis in solidum: cum etsi ante controversiam motam dolo fecerit, id veniat
C in eandem actionem. Igitur cogetur præstare æstimationem litis, & heredi legitimo non est necessaria condictio indebiti, cum petitione hereditatis sit consecuturus pretium legatorum solutorum post litem contestatam. Vix etiam dabitur condictio heredi scripto, quia sciens solvit, & qui sciens solvit, donare videtur. Donati autem non est repetitio, & valet ea Donatio, si (quod pauci animadvertunt) non excedat legitimum modum, puta 300. aureos, & non intervenerit insinuatio. Nam si excedat, & non intervenerit insinuatio, hæc solutio, quæ pro donatione est revocari poterit. Et hæc omnia comprobantur in *d. l. Papin. §. ult. & l. militis, §. miles, de milit. testam. & l. 4. §. pen. si cui plus quam per leg. Falcid.* A Papiniano adducitur rescriptum D. Antonini: is est D. Pius, qui & D. Hadrianus dicitur, adeo ut possit tentari in *l. 2. & 4. h. t.*
D rescriptum, quod affert Ulpian. & Paulus esse D. Pii. Et hæc, ut initio posui, si heres scriptus legata solverit de hereditate. Quid si ea solverit de suo? sane hoc casu ei heredi scripto competit condictio indebiti: non competit legitimo per petitionem hereditatis, nacto hereditatem totam, cum nec deminuerit solutionem legatorum, nisi scilic. legatario cedatur condictio indebiti ab herede scripto, qui de suo legata solvit bona fide: & cedi debet heredi legitimo, si heres in judicio petitionis hereditatis actori velit reputare legata, quæ de suo solvit bona fide, & ea retinere ex hereditate, quod utique potest, si malit uti retentione quam condictione indebiti, adversus eos, qui legata perceperunt, forte quia non sunt solvendo, utetur retentione ejus quod solvit de suo, & cedet qualem qualem condictionem indebiti: Potest, inquam, heres
E reputare legata, quæ solvit de suo, quia scilicet ea bona fide solvit, licet revera fuerunt indebita ex scriptura testamenti: Excusatur qui solvit ex scriptura testamenti, justa ratione motus, sicut qui solvit ex condemnatione, *l. 2. §. solet, de hered. vend.* Hoc potest reputare evincenti hereditatem. Alia prorsus indebita, quæ solvit neque motus scriptura, neque condemnatione, neque ulla ratione justa, non potest reputare actori, quia temere ea solvit. Et ita accipienda est lex *item veniunt, §. sed si Senatus de pet. hered. & d. §. solet*, alioqui pugnaret cum *l. quod si possessor*, quæ rem hanc etiam evidenter explicat de herede scripto, qui bona fide ex suo solvit legata aut fideicommissa.

Ad L. LXVI. de Evictionib.

Si cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius, vel ea actione, quæ de fundo vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committetur stipulatio. Non idem in Serviana quoque actione probari potest: hæc enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, & soluta pecunia venditori, dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.

SCiendum est, stipulationem duplæ, qua emptor sibi a venditore cavet evictionis nomine committi, id est, ex ea agi posse, non tantum, si possidenti emptori res judicio evicta sit, sed si etiam emptor ex possessore petitor factus sit, casu aliquo amissa possessione sine culpa sua, & victus fuerit, *l. 19. §. 1. hoc tit.* Secus est, si culpa aut sponte emptoris possessio amissa sit, *l. si rem quam §. 1. h. tit.* quia hoc casu, culpa ei obesse debet, neque etiam intervenire oportet culpam venditoris, qui rem adhuc habet in potestate sua: habere enim est possidere, & stipulationis hujus formula hæc, *habere recte licere, aut duplam præstare*. Item secus est, quod ostenditur initio *h. l.* si initio, cum vellet emptor rem petere, cujus possessionem amiserat sine culpa sua, a venditore admonitus fuerit, ne eam peteret directa vindicatione, sed Publiciana, aut vectigali, id est, emphyteuticaria, quæ proponitur in tit. *si ager vectigalis, id est, emphyt. petatur*, si admonuerit, his judiciis superiorem eum fore, directa vindicatione inferiorem, & tamen emptor voluerit agere directa vindicatione, nec admonitioni venditoris audiens fuerit, atque ita superatus sit absoluto possessore, a quo rem petierat. Nam hoc quoque casu, non committitur stipulatio duplæ ob evictionem, quia vitio suo litem amisit dolo malo utens actione incongrua, contra quam admoneretur a venditore, quo magis vinceret, & venditorem sibi obstringeret evictione duplæ, quod rationem summam habet. Idem etiam erit, si ab initio emptor non fuerit admonitus a venditore, sed ipse emptor ultro egerit directa, & victus fuerit, ac postea admonitus noluerit agere Publiciana aut vectigali. Nam quod notandum, victo in proprietatis judicio, non obstat exceptio rei judicatæ, si postea agat Publiciana, quæ est utilis prætoria, aut vestigali, quæ de agro emphyteuticario proponitur. Et hoc esse verum aperte ostendit lex *minor, §. si servus, h. t.* Quamvis Accursius, id eo loci frustra revocet in dubium: nihil enim adfert quod quenquam in dubium plane vocet. Et hujus sententiæ ratio est evidentissima, quia alia est causa Publicianæ, alia civilis & directæ vindicationis. Si alia est causa, ergo, qui una non obtinuit, non prohibetur venire postea ad alteram: civilis & directæ vindicationis causa est proprietas: Publicianæ justa possessio: vectigalis, jus emphyteuticum. Diversæ igitur sunt harum actionum causæ, ergo alia aliam non elidit, in *l. & eadem, de except. rei jud.* Cum quæritur, an obstet exceptio rei judicatæ, videndum est, an eadem sit causa petendi denuo. Nam si sit eadem, obstat exceptio: si sit alia, nihil obstat, & quærenda causa actionis proxima, ut ait lex, *cum de hoc, de except. rei jud.* ut Aristot. monet in 8. cap. 4. Metaphysicor. semper esse quærenda τὰ ἐγγύτατα αἴτια, id est, *proximas causas*, & eam esse proximam causam, quæ rei est propria, ut propria causa vindicationis est dominium: Publicianæ bonæ fidei possessio, quam prætor tuetur perinde ac proprietatem si amissa sit casu quodam. Ergo ita concludamus: sive initio sive postea admoneatur emptor a venditore, ut agat potius Publiciana, aut vectigali, quam directa, & admonitioni locum non reliquerit, sed egerit directa, & succubuerit, non committitur stipulatio duplæ. Additur hoc loco a Papiniano, non idem esse dicendum, si venditor, cui ea res erat pignerata, nec ullum aliud jus habebat, admonuerit emptorem ut ageret Serviana, id est hypothecaria: nec enim ideo minus committitur stipulatio duplæ, etiamsi admonitioni emptor non paruerit, quia recte agere non potuit suo nomine actione Serviana: si non potuit suo, nec alterius igitur nomine. Competit enim ei tantum, in cujus persona pignus constitutum est, nec transit in emptorem: dominium transit in emptorem: vel quod dominio simile vel proximum, veluti jus vectigale, superficiarium jus, jus bonæ fidei possessoris quod parit Publiciana: non transit jus pignoris in emptorem, transeunt actiones in rem, quæ non avocant nudam possessionem, sed dominium vel quasi dominium. Actio serviana est quidem in rem, *l. pignoris, de pign.* quæ personam non obligat, sed sequitur rem pigneratam, *l. 2. C. si unus ex plurib. hered.* sed nudam possessionem avocat, non jus aliquod stabile & perpetuum, quod sit dominio simile: nam & soluta pecunia dissolvitur obligatio, & actio Serviana, *l. evictis autem, hoc tit.* Quam quidem pecuniam debitam, ut dissolvatur obligatio, solvi oportet venditori, non emptori, ex eo satis apparet, venditorem solum posse experiri actione Serviana, nondum sibi soluta pecunia, non etiam emptorem. Ergo non est quod imputet venditor emptori, si monitus non egerit Serviana, qui nec potuit: & ideo si non obtinuerit, habet regressum adversus venditorem ex stipulatione duplæ. Alia igitur est possessio nuda, alia conjuncta dominio aut veluti dominio, aut brevius, conjuncta juri perpetuo: jus hypothecæ non est perpetuum, quod solutione dissolvitur, & alio genere, quod sit solutionis vice.

Ad §. I.

Si is, qui reipublicæ causa abfuit, fundum petat, utilis possessori pro evictione competit actio. Item si privatus a milite petat, eadem æquitas est emptori restituenda pro evictione actionis.

IN §. 1. ostendit stipulationem duplæ committi non tantum si judicio ordinario, & usitata actione res emptori evicta sit, sed etiam si evicta sit judicio extraordinario, puta per restitutionem in integrum, quod est auxilium extraordinarium, *l. in causæ, ff. de minor.* Finge: vendidi rem militis vel alterius, qui aberat Reip. causa, vel captivi: nam & hujus eadem est conditio: & emptori cavi duplum, & milite vel alio absente nondum reverso, res ea ab emptore qui eam bona fide possederit usucapta est: usucapione perempta est militi actio in rem, emptori perempta est stipulatio duplæ, quia jam factus est dominus rei, *l. qui alienam, in princ. hoc tit.* At reverso milite restituitur actio in rem, rescissa usucapione ex edicto *ex quibus caus. major.* Ergo æquum est, etiam emptori restitui stipulationem duplæ, sive actionem pro evictione per eundem prætorem, quæ dicitur utilis actio, quia est restitutoria, ut in *l. minor, in princ. hoc tit.* omnis actio rescissoria vel restitutoria est utilis. Idem vero evenit a contrario, si quis militi vendiderit rem alienam, quem constat abesse Reipub. causa, rem alienam privati hominis, inquit, id est, pagani: privatus opponitur militi hoc loco: & miles cum abesset nec defenderetur, usu eam ceperit: Nam privato, cujus res fuit in militem, cum reversus erit, datur actio rescissoria, quæ rescindit usucapionem, & restituit privato, id est, pagano actionem in rem. Ac proinde etiam militi in venditorem restituitur actio ex stipulatione duplæ: ob evictionem, quam usucapio peremerat: & hæc est sententia hujus §. ex quo intelligitur tam militi in privatum, quam privato in militem dari actionem restitutoriam ex illo edicto ex quib. causis majores, quod probatur *l. 1, l. item ait prætor, ex quib. caus. major l. non quocunque, §. 1. de leg. 1. l. 18. C. de captiv. & postlim.* Et ratio dandæ actionis ex utroque latere est in *l. 29. ex quib. caus. major.* ne cui militia vel damno vel compendio sit: compendio, in perniciem alterius scilicet. Et non est ferendus interpres quidam, qui negat dari rescissoriam militi in privatum: in *§. rursus Instit. de act.* qui est de hac actione, datur tantum privato in militem hæc actio. Sed non ex eo sequitur, denegandam esse militi in privatum, quod supra dd. ll. demonstrant, ut & hæc. Et quod est stultius, idem negat, actionem rescissoriam esse restitutoriam, id est, negat remedio actionis rescissoriæ in integrum restitui eum,

cujus

cujus res usucapta est. Nam si ita est, titulus ergo, *ex quib. caus. major.* nihil pertinet ad causam restitutionis, quod falsum est, *l. 1. C. de restit. in integ.*

Ad §. Pen. & ult.

Si secundus emptor venditorem eundemque emptorem ad litem hominis dederit procuratorem, & non restituto eo damnatio fuerit secuta; quodcunque ex causa judicati præstiterit procurator, ut in rem suam datus, ex stipulatu consequi non poterit, sed quia damnum evictionis, ad personam pertinuit emptoris, qui mandati judicio nihil percepturus est: non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agetur ex vendito.

§. 1. *Divisione inter coheredes facta si procurator absentis interfuit, & dominus ratam habuit, evictis prædiis in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum, qui negotium absentis gessit: ut quanti sua interest, actor consequatur scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa, finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, deminuat, vel excedat.*

SEquitur altera pars hujus legis, quæ continet etiam duas quæstiones. Et ad primam, quæ proponitur in §. *pen.* sciendum est, in stipulationem duplæ, quæ interponitur evictionis nomine, inter cetera ita emptorem cavere sibi & stipulatori, *si ea res a me petita erit, tum de ea re agenda adesse, & litem recte defendere, ubi denuntiatum erit spondes? spondeo:* secundum quæ verba emptor, a quo res petitur, debet denuntiare venditori, ut de ea re agenda adsit: debet, ut brevius dicam sermone nostrorum auctorum, laudare auctorem: denuntiare venditori est laudare auctorem, *sommer son garent, a ce qu'il prenne le faict en main:* & in *l. qui absentem, de procur.* postulare a venditore, ut ab eo defendatur, *l'appeller a ce qu'il prenne la garendie pour luy.* Hoc est laudare auctorem; & *laudare*, est nominare, eique denuntiare. Alioquin omissa denuntiatione emptor re evicta agere non potest de evictione, *l. si fundo §. ult. hoc tit. l. 8. C. eod. tit.* nisi pacto remissa sit denuntiandi necessitas, *l. Herennius h. tit.* Et notandum eam denuntiationem quocunque tempore fieri posse, *l. si rem quam §. ult. h. tit.* Quocumque tempore, est vel ante litem contestatam, vel post, pendente judicio, necdum finito. Et hoc est, quod vulgo dicitur, *sommation de garant est perpetuelle*, dummodo non fiat prope sententiam, re perducta prope ad condemnationem, quia sane fit tum intempestive: post denuntiationem non debet venditor, qui auctor laudatus est, defugere auctorem suum: *il ne doit point de faillir en garant*, sed liti adsistere, adesse, rem defendere, & instruere debet, qua de re memini, me planius tractare ad Afric. in *l. 24. h. tit.* vel ipsemet venditor debet litem agere mandatu emptoris, quo genere fit procurator in rem suam. Nam ea lis non minus est venditoris quam emptoris, sed emptoris principaliter vocati, ad judicium nimirum: & venditoris, quia est procurator in rem suam. Ideo si venditor, qui litem agit mandatu emptoris, condemnetur in æstimationem ejus, quo de agetur, forte dum non restituitur res, quam actor ab emptore vindicat secundum denunciationem, *l. qui restituere, de rei vind.* si, inquam, condemnetur in litis æstimationem, & solvat, non habet actionem mandati adversus emptorem, ut consequatur litis æstimationem quam solvit procuratori in rem suam, non datur actio mandati, ut fidejussori in rem suam; *l. si quis rem, §. 1. de lib. leg.* Atque ita hoc casu, cum emptori neque res absit, neque æstimatio, non committitur stipulatio duplæ, *l. si servus venditus, §. 1. h. t.* Quibus præmissis, finge: Primus vendidit servum Secundo, & cavit de evictione interposita stipulatione duplæ: post Secundus eundem servum vendidit Tertio, & similiter cavit duplam. Quidam a Tertio secundo emptore eum servum vindicat, Tertius laudat auctorem suum, puta Secundum, eumque ad eam litem procuratorem facit: procuratorem igitur in rem ejus, quia res est venditoris non minus, quam emptoris, cum defensio rei venditori incumbat auctoritatis nomine: egit igitur eam litem Secundus, qui vendiderat Tertio, a quo homo

A vindicabatur, & non restituitur is, homo arbitrio judicis. In vindicatione sunt duæ clausulæ, ut fere in omni actione arbitraria, una est de restitutione, altera de condemnatione in litis æstimationem, id est, quanti adversarii intersit, vel quanti adversarius in litem juraverit, in quantum litem juratus ipse æstimaverit, *d. l. qui restituere*. Sunt duæ quodammodo sententiæ: si pareatur primæ, res finita est: si non pareatur primæ, transitus fit ad secundam, & clausulas illas vocat Asconius in prætura Siciliensi, stricti juris observationes: quia igitur Secundus non restituebat servum, non parebat præcepto judicis jubentis restitui, Secundus ex condemnatione litis æstimationem subiit & solvit Primo, quia in eum competit actio judicati, cum non in rem alienam, sed in suam factus sit procurator, *l. 4. de re jud.* Si esset in B rem alienam, actio judicati daretur in dominum, non in procuratorem. Et eadem ratione, ut diximus supra, quod solvit Secundus, actione mandati a Tertio, cui ipse rem vendiderat, & cujus nomine litem susceperat, ac peregerat, recipere non potest. Et in *hoc* §. additur, quod plus est, etiam Secundum non habere regressum adversus Primum auctorem suum, scil. ex stipulatione duplæ, ut consequatur quod solvit ex causa judicati, quia scil. id non præstitit suo nomine, sed procuratorio, alioqui suo nomine emptore condemnato in litis æstimationem, committitur stipulatio duplæ, perinde atque si res ablata fuisset, quia & ablata ei res fuisset, nisi litis æstimationem sustulisset: & jam emptor, qui litis æstimationem sustulit: rem habet, non ex prima emptione, sed ex secunda, id est, ex litis æstimatione, *l. 16. §. 1.* C *& d. l. si servus, §. 1. h. t.* quia litis æstimatio est similis emptioni. Cessat igitur actio ex stipulatu, quod judicacatum fecerit Secundus, non suo nomine sed procuratorio: verum non cessat tamen actio ex empto: nam æquitas & bona fides, quæ in hoc judicio maxime observatur, postulat, ut & litis æstimationem, quam non suo nomine præstitit, ab auctore suo id est Primo, consequatur, quia omne damnum evictionis ad eum pertinet, non ad emptorem secundum, a quo nihil potest percipere actione mandati, qui procurator fuit in rem suam. At actio ex vendito venditori, ex empto emptori proprie datur: sed hæ appellationes nonnunquam permiscentur, ut hoc §. *pen.* quæ datur emptori ob evictionem: dicitur ex vendito. Et in causa hujus promiscui usus hoc est, quia integra oratione, quæ datur actio D emptori vel venditori, dicitur ex empto vendito, vel ex vendito empto, *l. nullum, de hered. vend: l. etsi uno, de act. emp.* & apud Varronem secundo de re rustica. Adeo ut non male emptor dicatur agere ex vendito, cum agat ex empto vendito, vel retro. Sic igitur videmus in specie ejus §. deficiente actione ex stipulatu ob evictionem, non deficere actionem ex empto, quod accidit in specie legis 24. *h. tit.* Et in alia specie, quam tractavimus in *l. 6. de serv. export.* Et in plerisque aliis casibus a me notatis ad eundem Papin. lib. 23. in *l. 73. de leg. 2.* Et mox in §. *ult.* hujus legis: deficiente actione ex stipulatu ob evictionem, non deficit tamen actio ex empto, vel potius non competit actio ex stipulatu evictionis nomine in id, in quod competit actio ex empto. Et sciendum evictionis nomine actionem dari, non tantum ex E emptione venditione, sed etiam ex permutatione, *l. 1. & 2. de rer. permut.* Quia permutatio est similis emptioni. Ergo & ex divisione hereditatis: nam divisio hereditatis inter coheredes fit mutua partium permutatione, *l. cum pater, §. hereditatem, de legat. 2.* Quid est divisio? permutatio partium, vel distributio, quæ fit vicissim partibus commutatis, quas sociorum quisque habuit pro indiviso, in minimo quoque momento rem, quæ communis erit, per divisionem incipies habere pro diviso, nec potes facere partes pro diviso, nisi permutaveris partes pro indiviso, quæ fuerunt ante. Nunc fac ita esse: tres sunt coheredes, duo præsentes, & unus absens: præsentes adhibito procuratore voluntario absentis, id est, negotiorum gestore, intervenientes nomine absentis coheredes

here-

heredis divisionem fecerunt bonorum, eamque divisionem ratam postea habuit absens. Evicta sunt prædia quædam, quæ divisione facta bonorum heredibus obtigerant: evictionis nomine competit actio præscr. verbis: Nam ex divisione sicut permutatione datur actio præscriptis verbis, similis actioni ex empto, *l.his consequenter*, §.*idem quærit*, *l.si filia*, §.*si pater*, *fam.ercisc.l.licet*, *l.si familiæ*, *C.eod.l.si fratre*, *C.comm.utr.judic.* Competit autem in casu proposito actio præscriptis verbis ob evictionem, in procuratorem, qui divisioni interfuit, imo & in dominum competit, prout libuerit coheredibus, quia divisionem ratam fecit. Competit autem in hunc, vel illum id quod interest, ita scilicet, ut si post divisionem deteriora facta sint prædia, minuatur quantitas evictionis, & spectetur quanti sint prædia evictionis tempore, non quanti fuerint divisionis tempore. Et retro si meliora facta sint prædia, ut augeatur obligatio evictionis, & omne lucrum & commodum sit emptoris, non venditoris, ut in *l.70. h.t. l.Titius*; §.*ult. l. id quod*, *de action. emp.* Et hoc est quod ait in fine hujus legis, scil. vel *meliori vel deteriori*. Nec obstat quicquam lex *ex mille*, *hoc t.* quæ docet, non minui obligationem emptionis, si fundus venditus deterior factus sit, & non augeri, si factus sit melior, in causa evictionis spectari quanti fuerit venditionis tempore. Sed ut Accurs. animadvertit, lex *ex mille*, loquitur de actione ex stipulatu, quæ stricta est, *d.l.70.& d.l.Tit.&* lex *id quod*, *de act.emp.* de actione ex empto, quæ est bonæ fidei, & hic §. *ult.* de actione ex stipulatu simili actioni ex empto, id est præscriptis verbis, quæ etiam est bonæ fidei, quando datur ex permutatione, vel divisione: Nam ex aliis articulis actio præscriptis verbis est stricta. Et ita apparet differentiam esse constituendam inter actionem ex stipulatu, & actionem ex empto, quod non idem veniat in utraque, cum res, quæ evicta est, deterior aut melior effecta est post divisionem, vel post venditionem, vel permutationem.

Ad L.V. de Usuris.

Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur.

GEneraliter definitur in hac l. bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur: quæ definitio est certissima & pulcherrima, sed exemplis illustranda. Si ancilla vendita sit ea lege, ut prostituatur, ex ea lege nihil præstatur judicio empti venditi, si non fuerit prostituta: nec enim posset venditor sine rubore ex ea lege quidquam desiderare. Nam & vindictæ rationem actio ex vendito non recipit, *l.7. de serv.export.* Vindicta est contra bonos mores: jus est bonis moribus tuendi se, non ulciscendi, *l.scientiam*, §.*pen.ad l.Aquil.* Item petitio hereditatis, quæ est bonæ fidei (quod tamen obtinet etiam in rei vindicatione speciali, quæ est arbitraria) non recipit fructus, qui inhoneste percipi potuerunt, veluti ex lupanari, domo locata lenoni, perceptos inhoneste recipit, *l.ancillarum*, *in fi.l.si possessor*, *de petit.hered.* id est, si ex domo hereditaria possessor alienæ hereditatis inhonestum quæstum fecerit, utique eum restituet, is scilicet quæstus veniet in petitione hereditatis, *ne scilicet*, ut ait *d.l.si possessor*, *inhonesta interpretatio adhibita inhonesto quæstui, lucro possessoris cedat*, id est, nisi dixeris honestatis specie, non esse honestum inhonestum quæstum auferre possessori, ita effeceris, ut inhonestus quæstus apud eum remaneat: huic sane vel utrique est auferendus, vel si alterutri est dandus, innocenti sane potius quam nocenti, petitori potius quam possessori dandus erit. Ergo in petitionem hereditatis fructus veniunt inhoneste percepti, non etiam, qui inhoneste percipi potuerunt. Communiter veniunt percepti & percipiendi, sed percepti qualicunque ratione: percipiendi honesta tantum ratione, *l.fructus non modo*, *de rei vind.* Atque ita verum est, petitionem hereditatis, non recipere præstationem, quæ extra bonos mores postuletur, id est, non imputari possessori quod turpem quæstum non fecerit: sed si quem fecerit, ei auferetur: omne enim lucrum ei auferetur. Item non recipit judicium bonæ fidei, aut si quod bonæ fidei judicio est vicinum, veluti actio ex testamento, usuras ex rebus, quæ corpore non quantitate valent: Nam usuræ percipiuntur tantum ex quantitatibus, non ex corporibus. Et idem Papin. in *l.3.* §.*ult.hoc t.* etiam ait, ex eis rebus usuras non sine rubore desiderari. Hæc sententia Papin. loquitur de bonæ fidei judicio. Quæres, *an non idem sit in stricto judicio?* Strictum judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur. Quis non dixerit idem esse in stricto judicio? Nam & stipulatio concepta contra bonos mores non valet, *l.stipulatio hoc modo concepta*, *de verb.oblig.* Sed maxime valet in bonæ fidei judiciis, *il faut peser ce mot* maxime, id est, *principalement.* Sicut dicitur in *l.1. C.de rescind.vend.* bonam fidem maxime desiderari in contractib. bonæ fidei. Nam desideratur in omnibus contractibus. Nullus est contractus, qui recipiat dolum, qui non infirmetur ratione doli, vel ipso jure, vel per exceptionem, sed maxime observatur bona fides in contractibus bonæ fidei. Et ita dico hanc regulam valere maxime in judiciis bonæ fidei, sed debere etiam valere in omnibus negotiis, & rationibus nostris, & esse regulam sanctissimam juris.

Ad L. XL. Sol.matr.

Post dotem & nuptias contractas stipulatus est pater, filiæ voluntate divortio facto dotem dari: si conditio stipulationis impleatur, & postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia, si agere vult, exceptione submovendus erit.

SCiendum est, patrem qui dat dotem pro filia, initio dandæ dotis ex continenti pacto posse sibi dotem recipere, citra voluntatem filiæ interposita stipulatione, *l.avia*, *C.de jure dot.* id est, recte stipulari initio etiam dotem sibi reddi divortio facto, etiam sine voluntate filiæ. At post dotem datam, & nuptias contractas, cum jam dos filiæ adquisita est, dos est proprium patrimonium filiæ, etiamsi sit profecta a patre, in cujus est potestate, *l.pater*, *ad l.Falcid.* *l.4.de collat. bon. l.denique*, §.*ergo*, *de minorib.* Communis dicitur esse patris & filiæ in *l.3.hoc t.* Sed certe magis est filiæ. Et ita in omnibus partibus juris habetur pro proprio patrimonio filiæfam. sicut castrense peculium, & quasi castrense pro proprio filiifam. Post, inquam, dotem datam, & nuptias contractas, non rite stipulatur pater divortio facto dotem sibi reddi sine voluntate filiæ. Adjuncta ejus voluntate, recte etiam eo tempore stipulatur dotem sibi reddi divortio facto, & ei soli competit actio ex stipulatu efficax, sine metu exceptionis etiam viva filia, quæ consensit semel, *l.quotiens*, *l.si cum dotem*, §. *eo tempore*, *l.Titia*, *h.t.* Hoc est & æquissimum & justissimum, sed incertum redditur per hanc l.48. quæ vult, patrem, qui filiæ voluntate stipulatus est, divortio facto dotem sibi reddi, post dotem datam & contractas nuptias, divortio secuto, si agat ex stipulatu summoveri exceptione viva filia. Inutilem igitur esse stipulationem. Et ob eam rem nulla est lex in *h.t.* quæ magis vexarit ingenia interpretum; & inde immensi commentarii in hanc legem, nemine non adumbrante aliquid plerumque ex animi sui sententia, ut eludant sententiam Papiniani, quæ est manifesta tamen, vel ut potius eam transforment. Sed ut ego pridem ostendi ex duobus locis βασιλικῶν deprehenditur mendosus contextus hujus legis, & inserendus est articulus, *sine*, qui vulgo deest. Atque ideo ita legendum, *stipulatus est pater sine voluntate filiæ.* Græci παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς. Et quod magis est, interpres contextus Basilic. exprimit eleganter formulam exceptionis, qua repellitur pater, qui viva filia agit, hoc modo: ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς ἐπηρώτησας μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς: *at si non post contractas nuptias male stipulatus es sine voluntate filiæ.* Hac formula eliditur actio ex stipulatu, quam intendit pater viva filia, quia male stipulatus est, non adhibito consensu filiæ. Sed mor-

tua filia cessabit hæc exceptio, id est, si mortua filia agat pater, & mortua filia sine liberis: nam jure veteri propter liberos erat deductio & retentio certæ partis dotis. Si sunt liberi, non poterit pater ex stipulatu solidam dotem repetere, si superstites liberos reliquit. Si mortua sit sine liberis, repetet solidam dotem, & morte filiæ retro valuisse intelligitur stipulatio.

Ad L. VIII. de Tutel. & rat. dist.

Quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare.

APpendix est legis 7. superioris, in qua additur, tutelam finiri captivitate tutoris. Igitur fidejussores, qui pro tutore spoponderunt rem pupilli salvam fore, recte conveniri ex stipulatu statim atque tutor captus est, ut *l. 4. §. si tutor, rem pup. salv. fore*. Defensorem quoque captivi, qui ultro paratus est suscipere judicium tutelæ, recte conveniri judicio tutelæ pro captivo. Item curatorem datum bonis captivi, recte conveniri actione tutelæ, quia finita est tutela. Notandum, captivos in litibus procuratorem habere non posse, *l. ab hostibus, ex quibus causis major.* quia hoc est liberorum hominum proprium, quia lis non potest esse cum servis: defensorem habere possunt qui ultro subeat litem eorum nomine, procuratorem voluntarium habere possunt, qui litem faciat suam. Item, ut ait *d.l.ab hostib.* plerunque bonis captivi curator datur, qui sci.intendat, & excipiat omnes actiones: hic curator poterit conveniri actione tutelæ vel defensor, quia finita est tutela, finitur captivitate tutoris, *l.si adrogati,de tutel.* Alioqui in locum captivi non posset alius dari, quia tutorem habenti tutor non datur, & tamen datur. Et consequenter competit actio tutelæ & actio ex stipulatione, rem pup. salv. fore, quæ ante finitam tutelam non competeret, *l.1. l.4.§.hanc, rem pup.salv.& l.16.hoc t.* Finitur, inquam, tutela captivitate tutoris, sed postliminio recuperatur, si tutor ab hostibus advenerit. Nec tamen hæc spes postliminii differt actionem ex stipulatu, *§. ab hostibus,Instit.de Attil.tut.* Si pater sit captus ab hostibus patria potestas est in suspenso, dominium rerum est in suspenso, *§. si ab hostibus, quibus mod. jus patr.pot.Inst.* Postliminium dicitur suspensi juris constitutio, *l.pen.de suis, & leg.* Tutore capto ab hostibus tutela non est in suspenso, sed finitur. Hoc exigit utilitas pupillaris, & finis tutelæ proprium est. Qua ratione & usumfructum, qui ante captivitatem fuit captivi, dicerem finiri captivitate, quia & ususfructus finis est proprium, licet redintegrari speretur postliminio: denique spes postliminii alia suspendit, alia finit. Et ita in hac *l.8.* ait Papinian. tutelam captivitate tutoris finiri, quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare: hæc scilicet spes non suspendit tutelam, imo finit, & novus tutor datur, qui desinit esse tutor, si alter redeat ab hostibus.

Ad L.II. ut Leg. seu fideic. serv.caus.cau.

Nec si forte velit pater cavere, neminem amplius petiturum, compellendus erit heres legatum, quod jam filius petere potest, alii, quam cui debetur, exsolvere.

SCiendum est, in hoc titulo proponi edictum prætoris de stipulatione legatorum servandorum causa, qua se legatariis heredes obstringunt datis fidejussoribus. Et licet nobis formulam stipulationis componere: *Quod mihi ex testamento aut codicillis L.Titii dari fierive oportet,id quibus diebus L.Titius dari fierive voluerit, iisdem dari fierive, aut quanti res erit tantam pecuniam recte præstari, dolumque malum huic rei promissionique abesse absuturumque esse spondesne? spondeo*. Stipulatur legatarius, promittit heres: adpromittit fidejussor, quem addiderit heres. Et ait, *Quod mihi ex testamento vel cod.* codicillis scil. ad testamentum factis: Nam legata non debentur, nisi ex testamento, & edictum loquitur tantum de legatis, sed quia placet hodie etiam in fideicommissis huic stipulationi locum esse, *l.1. §. plane, & l. hæc stipulatio, hoc t.* quæ quidem fideicommissa ab intestato relinqui possunt: ideo etiam ab intestato codicillis, aut epistola aut quocunque alio judicio fideicommisso relicto hæc stipulatio locum habet, *l.etiam §.ult. hoc t.* Et rursus ait, *dari fieri oportet*, ut *l.10. hoc t.* quo verbo certum est, id quod oportebit etiam contineri, id est, quæ post debebuntur ex legati causa, veluti fructus aut usuras ex mora, *l.1. §. bellissime, hoc t.* Igitur in formula non est necesse adjici, *oportet, oportebitve*. Nam verbum, *oportet*, etiam futurum tempus complectitur: nam eadem ejus verbi interpretatio fit in actionum formulis, *l.76. §. 1. de verb.oblig.* Et hæc stipulatio legatorum instar actionis obtinet. Est enim stipulatio prætoria cautionalis, & omnis stipulatio prætoria cautionalis instar actionis obtinet, & qui actionem dicit, & hæc genera stipulationum dicit, *l.1. §.cautionales,de prætor. stip.l.actionis, de obl. & act.l.non solum, rem rat.hab.l.si ambo, §.in stipul. de compensat.* Et ita e contrario in actionibus, & consequenter in stipulationibus, ut arbitror, verbum *oportebit*, etiam id quod oportet, comprehendit. Et licet eodem argumento uti, quo Pomponius in *l.verbum erit, de verb.sign.* Si, inquit, verbum, *est*, ex mente scribentis, vel loquentis, non tantum præsens tempus sed etiam præteritum significat, ergo & verbum, *erit*, non tantum futurum, sed etiam præteritum tempus demonstrat. Eodem igitur modo licebit argumentari, si in actionum & stipulationum cautionalium, quæ ex edicto proficiscuntur, formulis, verbum, *oportet*, non tantum præsens, sed etiam præteritum significat: Ergo in iisdem, *oportebit*, non tantum futurum, sed etiam præsens demonstrat. Nec igitur interest si ita concepero, *quod mihi dari fieri oportet*, an *oportebit*. Et ita ad actionum editionem, quod inscriptio l.demonstrat,sive ad actionum formulas refero, quod est in *l.8. de verb. sign.* verbo *oportebit*, tam præsens, quam futurum tempus significari: nec probo, quod quidam mutavit verbum, *oportebit*, in verbum, *oportet*. Nam si in verbo oportet verum id est, & in verbo oportebit pariter, non in omnib.causis, sed in actionibus, ad quas referenda ea lex, vel in stipulationibus, quæ pro actionibus sunt. Nam quod subjicitur in ea l. 8. est de actionibus: actionum verbo non contineri exceptiones, & in exceptionibus forte eadem interpretatio non fiet, sicut nec fit eadem interpretatio in stipulationibus conventionalibus, quæ instar actionum non habent, *l.76. §.1. l.89. l.125. de verb. obli. l. & uno, de acceptil.* Nec etiam in legatis fit eadem productio temporis, *l.si ita scripsisset, de leg. 2. l. 17. de liber. leg.* sed omissum tempus habebitur pro omisso, & qui nolet utrumque tempus complecti, necesse est ita scribat, *oportet, oportebitve*. Rursus in formula diximus, *quibus diebus dari fieri*, &c. ex *l.1.& l.18. h.t.* Nam edictum prorsus pertinet ad legata relicta ex die certa vel incerta, metuente forte legatario, ne interim, antequam conditio sive dies incertus extiterit, heres dissipet bona sua, ne inane legatum, inanem actionem faciat, & ob id solum prospicere legatario sibi cautione licet. Sed quod notandum, porrigitur edictum etiam ad pura legata, si heres judicem quærat & litigare velit, *l. hac stipulatio, l.etiam,hoc t. l.uxorem, §.ult. de legat. 3.* Item adjecimus, *aut quanti ea res erit*, ex *l.1. §.item quæritur, hoc t.* quæ ait, in hanc stipulationem res aut pretia deduci. Hæc postrema clausula est de dolo malo, quæ subjici solet fere omnibus stipulationibus, *l.1.hoc t. l.doli. l. ex ea parte, de verb.oblig. l. novissima, jud.solvi.* Et præterea cognita formula omnino sciendum & hoc, interponi eam stipulationem, ut nova actio sit, ut est proditum in *l.1. §.cautionales, de prætor.stipul.* id est, ut ex stipulatu legatario actio sit legati nomine, sed non, ut novatio fiat, non ut moveatur actio de legato: novæ actionis adquisitio, novatio non est, quia & interposita stipulatione ejusmodi, id agitur solum, ut legatario fidejussoribus sit cautum, non ut ab obligatione testamenti recedatur. Ideoque simul dies legati cessit, & ex testamento, & ex stipulatione debetur, *l. 8.hoc t.* & perperam ante Florent. in *d. l.1. §.cautionales*, legebatur, *ut novatio fit*, nec enim fit novatio. Sed diligentius expli-

explicandum, qui præstent ejusmodi cautionem, & quibus sit ea præstanda.

Cautionem legatorum præstant heredes, a quibus legata relicta sunt, heredes inquam, ex asse, vel ex parte, & instituti vel substituti, *l.1.§.certe, hoc t.* Imo & honorarii successores sive prætorii eam præstant, *d.l.1.§. non solum.* Qua appellatione, non significantur tantum bonorum possessores hereditarii, ut interpretes male existimant, sed quam plures alii, ut heredes scripti sub conditione jurisjurandi, qui jure prætorio & non impleta conditione, quam prætor remittit, pro eo habentur, quasi impleta conditione heredes extitissent, *l.1. §. ad eos, ad leg. Falcid.* & heredes scripti, qui omissa scriptura ab intestato possident hereditatem, *l.duo heredes, si quis ex causa testam.* De quibus etiam nominatim scriptum est in *l.13. hoc t.* satisdationem ut præstent: hi sunt honorarii successores, qui ultra prætoris edictum jure civili ex testamento heredes non existimarentur esse, quippe cum illi non impleverint conditionem, & omiserint testamentum. Præstant eandem cautionem heredes heredum, quod notum est & successores successorum, quia & eos obligatio legatorum tenet, quæ tenuit defunctum, veluti æs alienum, quod erat defuncti. Item præstant cautionem fideicommissarii Trebellianici: nam & eos onera legatorum sequuntur, *l. 1. §.is etiam, l. etiam, §. 1. hoc t.* Et postremo hi etiam hanc cautionem præstant, qui per alios heredes effecti sunt, ut qui servum aut filium ab alio institutum hereditatem adire jusserunt, *d.l.1.§.non solum, h.t.*

Sequitur, quibus sit præstanda ea cautio, & id quod certissimum est proponam: legatariis & fideicommissariis, imo & successoribus eorum præstanda est, in quos jus legati tanquam æs alienum transmissum est: Imo & procuratoribus eorum. *d.§.non solum.* Imo & dispensatoribus legatorum, *l.quidam, §.pen. de leg.1.* Et postremo cavetur domino etiam legatarii servi & patri, *d. l.1.§.plane si ei qui hoc t.* Sed ut ostenditur in eadem *l.1.§. ult.* ex quo pendet nostra lex, patri vel domino non cavetur præcise, id est, sine ulla exceptione, præcidendo ita, ut dixi, in formula, *dari fierive*, sed sub conditione, si filius vel servus die legati cedente, in ejus potestate sit, atque hoc novum non est: Nam & procuratori legatarii non cavetur præcise, sed sub conditione, si is cujus nomine cavet heres, vivat, si legatarius vivat, videlicet ne teneatur hæres illo ante defuncto, præstare legatum a defuncto relictum, *l.1. §.procuratori, h.t.* Ex his apparet, his casibus, si stipuletur procurator vel pater, vel dominus, formulam stipulationis, quam ex eo, quod plurimum fit, confecimus, eas conditiones recipere.

Dicebam modo procuratori legatarii non caveri præcise, sed sub conditione, *si legatarius vivat*: & similiter patri vel domino non caveri præcise, sed sub conditione, *si legatarius in ejus potestate sit*, cum dies legati cedit, ex *l. 1. §. ult. hoc t.* Ergo nunc ita constituamus: patri vel domino caveri, si die legati cedente legatarius in ejus potestate sit: quo casu debetur legatum patri vel domino quasi sibi adquisitum jure potestatis. In alium ergo casum, videlicet, si legati die cedente sui juris sit, iniquum esset patri vel domino caveri: cum in eum casum patri vel domino legatum non debeatur, & ei tantum cautionem præstari oporteat, cui debetur legatum, vel ei, cui nondum debetur in eum casum, si forte debebitur: debetur autem legatum non tantum quod peti potest, sed etiam quod nondum peti potest, si modo jam sit nata obligatio, id est, si dies cesserit, *l.9.hoc t. l.si dies, sup. tit. proximo*: ut si ex die certa legatum relictum sit, statim dies legati cedit a morte testatoris, id est, nascitur obligatio, & incipit deberi legatum, statim dies legati cedit, sive dies sit brevis sive longa: ut Gal. centesimis, quod non abs re notatur in *d.l.si dies.* Actio autem, petitio, persecutio non nascitur, antequam dies venerit: quod si ex die incerta legatum relictum sit, veluti, *cum navis ex Asia venerit, cum Titius consulatum inceperit*, neque debetur, neque peti potest legatum, vel neque cedit, neque venit dies, quod idem est. Et breviter, neque obligatio, neque actio nascitur, antequam dies cesse-

A rit, vel conditio obtigerit, *d.l.si dies & l.cedere, de verb. sign.* Spes tamen est debitum iri. Et hujus spei nonnulla habetur ratio in jure: nam & ex alia causa interposita stipulatione conditionali, mortuo stipulatore pendente conditione, spes transmittitur in heredem, *§.ex conditionali, Instit. de verb. oblig.* Et hujus spei ratione, antequam existat conditio legati, id est, antequam dies legati cesserit, & cœperit obligatio, hæc stipulatio de legato interponitur, sed non transmittitur in heredem, mortuo legatario pendente conditione, quia nec spes legati conditionalis transmittitur: Et eadem est causa hujus stipulationis, & hujus legati, eadem causa actionis ex stipulatu, & actionis ex testamento, quia utraque interponitur legati nomine, *l. 1. §. si quis sub conditione hoc t.* Et observandum in *d. §. ult. ejusdem l.* cum quæritur de cautione legati præstanda in
B genere, quod filiofamil. vel servo relictum est, poni legatum fuisse relictum incerta die. Nam si ex die certa relictum sit, constat statim a morte testatoris patri vel domino legatum deberi, neque ab eo discedere obligationem, etiamsi postea ante diem legati filius vel servus sui juris fiat, *l. 5. §. ult. sup. tit. prox.* Et consequenter constat, patri vel domino ex causa ejus legati, omnimodo cautionem præstandam, nec locum esse quæstioni propositæ in hoc *§.ult.* quod recte notat Accurs. Igitur in eo §. recte instituitur quæstio, non de legato relicto ex certa die, sed incerta die, quæ & paulo post vocatur conditio: nam conditio est dies incerta, ut *si navis ex Asia venerit*: & retro, dies incerta est conditio, aut conditionis instar, *l. dies, de condi. & demonst. l.talis scriptura, de legat.1. l.sufficit, de cond.indeb.* Dies, inquam, incerta, est conditio, si & dies in-
C certa sit, & res ipsa, quæ in eam diem confertur, veluti, *si Titius erit consul.* Nam & quo die Titius futurus sit consul, & an futurus sit, incertum est: alias vero sola dies incerta certe non est conditio: veluti si ita legetur, *heres meus Titio, cum morietur, fundum dato*, purum est legatum, non conditionale: hæc verba, *cum morietur*, non faciunt conditionem, *l. sub conditione*, cum *l. seq. de condict. indeb. l.heres meus, de cond. & demonst.* Nam Titium moriturum, certum est, mors certa, mortis dies incerta est, denique dies cum morietur, reipsa certa, tempore incerta est. Et ad summam, dies incerta, conditio est, quæ & re & tempore incerta est, certa re. Ideo non minus, imo magis hæc dici dies certa, quam incerta potest, cum ex re ipsa certius ei sit certum æstimare, quam ex curriculo temporis. Et quæstio §. *ult.* non minus cessat in hac die ambigua, quæ partim
D certa, partim incerta est, quam in illa, quæ omni ex parte certa est, & re, & tempore: Nam & cedit utraque statim, licet nondum venerit, & statim igitur a morte testatoris patri vel domino debetur legatum sub hac vel illa die servo vel filio relictum, & ei soli est præstanda cautio sine cunctatione ulla, & sine exceptione ulla præcise. At si sub conditione, vel sub die penitus incerta filiofam. aut servo legatum sit, non est præstanda satisdatio patri vel domino præcise, sed cum hac exceptione, *si die legati cedente, in ejus potestate legatarius fuerit*, quo solo casu patri dominove tale debetur legatum. Et ita cum hac adjectione conditionali & exceptione consultius fecerit, si his personis caverit heres non pure. Sed & si forte caverit abscise sine exceptione, ut ostenditur in §. *ult.* & post manumissionem servi, aut emancipationem filiifam. dies legati cesserit,
E agenti patri vel domino ex stipulatione illa obstabit exceptio doli mali, quod in eum casum non sit actio ex stipulatu, quo nec ei licet agere ex testamento, *d.§.si quis sub conditione*. Causa stipulationis sequitur causam legati, quasi principalem. Stipulatio est veluti accessio obligationis principalis, & additur recte ex Papin. in *l.2. hoc t.* non audiri etiam patrem vel dominum, cui præcise cautum est, detracta omni conditione, si agat ex stipulatu, vel ex testamento, quamvis offerat cautionem pater, filium non petiturum, neminem amplius petiturum: nec enim heres compellitur alii, quam cui debetur, legatum exsolvere. Debetur autem filio vel servo, qui sui juris inveniuntur, existentis conditionis tempore, non patri vel domino, & licet non utique semper peti possit quod debe-

tur, ut quod debetur ex die certa, tamen quod non debetur, nunquam petitur efficaciter, ἐνεργῶς, quia vel exceptione repellitur actor, cui nihil debetur. Sed ad hæc notandum in hoc proposito, non tantum patri caveri oportere, sed etiam filio, non tantum domino, sed etiam servo: patri, in casum si filius in ejus potestate sit die legati cedente, & similiter domino: filio autem & servo, in casum, si sui juris sit: nam utrique caveri in suum casum æquum est. Dices, onerari heredem si caveat utrique, quod cogitur uni quærere unum fidejussorem, & alii alium, fidejussores non esse faciles inventu, nec unum facile suscipere plures obligationes. Dicam, non onerari heredem ex *l. seq.* quia utrique caveri poterit adhibito uno eodemque fidejussore, qui ideo non onerabitur, nec detrectabit cavere utrique, cum futurum sit, ut uni tantum teneatur, non utrique, prout casus hic obtigerit, vel ille: nec enim uterque casus concurrere potest. Cavebit igitur heres utrique eodem fidejussore: nam æquum sane est cuique cavere in suum casum. Nam ex stipulatione filii non potest actio adquiri patri in casum, quo sui juris sit. Et retro ex stipulatione patris vix unquam filio adquiritur actio *l. cum dos, de pact. dot.* Et ita etiam *lib. 3. & 19. quæst. Pap.* jam ante didicimus, eodem legato relicto duobus sub diversis aut contrariis conditionibus, heredem utrique cavere, quamvis tamen uni tantum debeat, *l. Paulus, §. ult. de præt. stip. l. etiam, §. ult. t. seq.* adhibito eodem fidejussore, *l. 3. h. t.* Quod obtinuit in specie *l. si duo h. t.* Si Titio legatum sit relictum, & duo sint ejusdem nominis amici testatoris, nec certum sit, de quo senserit testator, & desperemus an certum esse possit, interim utrique satisdabis, adhibito eodem fidejussore, dum illi duo de legato contendunt.

Ad L. V. eod.

Posteaquam heres ab hostibus captus est, conditio legati, cujus nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit: fidejussores interim teneri negavi: quia neque jus, neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigi possint.

TRes aut quatuor quæstiones de eadem materia in hac *l. 5.* de qua tractatum est supra, proponuntur, de prætoriis stipulationibus scilicet legati, vel fideicommissi servandi causa. Et primæ quæstionis species hæc est: Heres de legato relicto sub conditione satisdedit: post captus est ab hostibus, & post captivitatem ejus extitit conditio legati: Quæritur, *an fidejussor conveniri poterit herede nondum reverso ab hostibus?* Et Papin. ait, non posse. Videretur posse, quia fidem suam in hoc interposuit, ut cum legati conditio extitisset, legatum solveretur. Porro extitit conditio, & legatario liberum est agere cum herede, vel cum fidejussore. Et hoc sane casu plane cogitur convenire fidejussorem solum, nisi captivus defensorem habeat in civitate. At Papin. ait, *fidejussorem interim non teneri, dum heres est apud hostes*: Rationem non intellexit Accurs. quæ talis est: quia fidejussor ante quam reus principalis debeat, conveniri non potest, *l. fidejussor. antequam, de fidejuss.* Heres autem, qui reus est principalis, neque ante captivitatem pendente conditione legatum debuit, *l. legata sub conditione, de cond. & demonstr.* neque etiam postquam extitit conditio, cum sit apud hostes, legatum debet aut debere potest, quia in personam servientem non cadit civilis obligatio, nec heredem habet qui debeat, quia successio ejus est in pendenti propter spem postliminii: denique non est persona principalis, quæ debeat legatum, & consequenter non est jus, id est, non est obligatio: jus nonnullis in locis juris nostri sumitur pro obligatione, ut *l. fidejuss. obligari, §. pen. de fidejussorib. l. hæc stipul. h. t.* Si non est persona, quæ debeat principaliter, nec igitur obligatio est, quia obligatio civilis sine persona, in qua consistat, nullo modo esse potest, nec initium sine ea capere potest, & verba hujus stipulationis prætoriæ referuntur ad obligationem civilem, *quod mihi ex testamento dari fierive oportet, oportebit.* Obligatio enim ex testamento est civilis, id est, ex 12. tab. Cum ergo non sit obligatio civilis in casu proposito, nec sit persona, quæ civiliter debeat, sequitur fidejussorem interim non teneri: *faut attendre qu' il yaye un principal.* captivi persona nulla est, cum servus sit hostium, servi nulla est persona. Persona est civile nomen, & servus non est civis. Homo est naturale nomen, servus est homo, non persona: denique servus non obligatur civiliter, *l. servi, de ob. & act. l. in personam de reg. jur.* Herede reverso ab hostib. tum demum fidejussor conveniri potest, quia jam existit persona principalis, quæ legatum debeat si legati conditio extiterit: & hæc est sincera ac vera interpretatio hujus legis, sive explanatio quæstionis primæ propositæ in hac lege. In contextu illo loco, *proposita stipulatione*, scio Pap. scripsisse, *prætoria*, non *proposita*, & simili errore in *l. 3. §. quamvis, si qui plus quam per l. Falc.* In illo loco, *quod præterea cautionis*, legendum, *quod prætoriæ cautionis*, etiam herede postea capto ab hostibus, si ante captivitatem legati extitisset conditio, fidejussor proculdubio tenetur: hæc igitur talia sint Papin. verba, *postquam*, &c. quia heres legatum debere cœpit, & captivitate obligatio non perimitur, *l. hactenus, de const. pec.* Rursus si post mortem heredis, qui satisdederat, extiterit conditio legati, fidejussor tenebitur, non quidem ante aditam hereditatem heredis, quia etsi obligatio, quæ jam cœpit in persona aliqua, consistere possit postea sine persona, etiamsi nullus appareat postea, qui debeat, ut si mortuus sit debitor, & hereditas ejus nondum adita sit, non apparet debitor, apparet tamen obligatio, *d. l. hactenus*, quæ jam cœperat in personam: tamen obligatio exordium capere non potest sine persona: perseverare potest, etiamsi non perduret persona, sed hoc casu fidejussor tenebitur post aditam hereditatem heredis vita defuncti, antequam existeret conditio, quia heres, a quo legatum relictum est sub conditione, si moriatur pendente conditione, heredem suum qui adierit obligatum reliquit, *l. legato, sub cond. de cond. & dem.* Aliter legatarius, cui legatum relictum est sub conditione, qui si moriatur pendente conditione, heredi suo nihil relinquit, quia legatum conditionale non transmittitur in heredem, *l. 1. §. si qui sub cond. hoc t.* Ubi quod notant esse mendum in Pand. Flor. non est mendum, illo loco, *quia nec legatum non transmittitur.* Sunt enim duæ negationes pro una, quod est frequens in his libris, & aliis auctoribus, *l. 6. de extraord. criminib. Ne ab his, qui supprimunt coemptas merces ne annona oneretur, & l. cum autem, §. 1. de ædil. ed. nihil amplius consequatur, quam non haberet*, & illo loco Terent. *faciunt ne intelligendo, ut nihil intelligant.* Et ad secundam quæstionem ad quam male Accurs. addit, hanc rationem, cur fidejussori interim non teneatur, *quia*, inquit, *extincta obligatione principali tollitur fidejussoria*, male: quia nec hæc fuit extincta, quæ nec dum cœpit, & quæ si cœpisset nec captivitate extingueretur, *d. l. hactenus.* Et subjicit etiam male, *quia exceptio, quæ reo competit & fidejuss. prodest*: nam hic nulla competit exceptio personæ non obligatæ, nondum est reus principalis quisquam. Et hoc cum ita sit, male adfert legem *si decesserit, qui satisd. cog.* ut ex ea efficiat, quod tamen est per se verum, exceptionem reo competentem fidejussori prodesse, veluti exceptionem transactionis, *l. fidejussores 68. §. ult. de fidejuss. l. exceptiones, de except. §. exceptiones, Inst. de repli.* Verum hoc non vult lex *si decesserit*, sed hoc tantum, mortuo reo ante moram, id est, ante diem quo sistere debuit, qui satisdederat judicio sisti, fidejussorem liberari: cur liberatur? an quia exceptio reo competit? minime: sed quia impossibilium nulla est obligatio: impossibile enim est hominem mortuum sisti: frustra etiam in hoc proposito ponit, exceptionem rei prodesse fidejussori liberato reo exceptionis jure, & jure eodem liberari fidejussorem. Huic tamen sententiæ objicit legem 1. *C. de fidejuss.* ex qua colligitur, liberato reo non liberari fidejussorem, quod contingit sæpe, puta reo morte liberato, sive mors sit naturalis sive civilis: civilis mors est deportatio, publicatio bonorum: cui adempta sunt & publicata sua omnia, pro mortuo habetur: cui publicata est pars, pro semimortuo. Igitur ipse quidem liberatur, sed fidejussor non liberatur, qui utique adhibetur hac providentia sive contemplatione, ut sive reus moriatur morte sua, sive confiscetur, sit creditori, a quo suum servare possit lapso

reo

reo facultatibus: sed, ut dixi, nihil attinet hoc loco de hac re disputare, puta in hac specie, non liberatur reus, cum nondum sit ullus reus: & fidejussor non tenetur, non quia sit liberatus reus, sed quia nullus adhuc est reus.

Ad §. 1. Imperator.

Imperator Marc. Antoninus Julio Balbo rescripsit, eum a quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, cavere; vel si caveat adversarius, transferri possessionem debere. Recte placuit Principi post provocationem quoque fideicommissi cautionem interponi. Quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit: amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. Sed quare non caverat de fideicommisso, qui provocaverit, si caveret adversarius, ad eum possessionem esse transferendam rescripsit: cum alia sit edicti conditio: non enim exigitur a legatario vice mutua cautum: sed vicaria custodiæ gratia possessio datur: & qui obtinuit, in possessionem per prætorem aut præsidem inducitur: sed prætor quidem in omnium rerum possessione quæ in causa hereditaria permanent, omnimodo fideicommissi servandi gratia esse permittit. Princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat judicatum, mutuas admisit cautiones. Sicuti cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest: quia denegamus ei actiones: defertur conditio cavendi fratribus ex forma jurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre cœperit, se restituturos: sed si nec ipsi cavere possint, utiliter probatum est, virum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem ut sequestrem fructus deponantur, quique utiles actiones a prætore datas exerceat: possessio autem ex rescripto supra relato, non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si caverit: tametsi maxime adversarius non per inopiam, sed per contumaciam cavere voluerit, sed si is, qui vivit, non possit cavere, vel res deponenda, vel jurisdictio restituenda erit.

Sequitur in §. *rescriptum M. Antonini*. Ut ejus quæstio intelligatur, quæram statim an hæc cautio, de qua agimus, præstetur & exigatur post litem de legato contestatam actione ex testamento, idest, si jam cœperit legatarius petere legata actione ex testamento. Qua de re ausim ita constituere, exemplo aliarum stipulationum prætoriarum, quæ interponuntur ante litem contestatam, non post, veluti, *judicatum solvi, judicio sisti, rem ratam haberi*: & hanc stipulationem legatorum interponi ante litem contestatam. Et ita secundum scripturam Pandect. Flor. *l.1. §.plane si quis, hoc tit.* perspicue traditur. Si omissa stipulatione prætoria de legato legatarius litem contestatus est actione ex testamento, cessare hanc stipulationem? Cur ita? quia videtur legatarius elegisse diem consequendi legati, & contempsisse remedium stipulationis: & quia, ut est in *l.3. tit. seq.* de legato ante potest constare, quam de satisdatione, id est, de legato, de quo litem contestatus est constare potest ante, fierique judicium, quam satisdatio excuti, probari, præstarique possit: non desiderabit igitur cautionem, qui elegit actionem ex testamento & litem contestatus est. In aliis libris legitur in *d. §. plane nec cessare*. Sed major est fides Florentinorum. Neque moveor eo, quod dicitur etiam de legato puro, & præsenti caveri: nam & caveri dicam, antequam de eo legato lis contestetur, *l. etiam, hoc tit.* Non moveor etiam eo, quod dicitur in *h. §.* ante sententiam hanc cautionem exigi. Nam subjicitur, *si petitionis dies moraretur*, id est, si nondum peti legatum potest, si lis de legato nondum contestari potest. Ergo ante sententiam, & ante litem, non post litem contestatam. Non moveor etiam eo, quod dicitur in *d. §. 1.* etiam post condemnationem heredis, cum quo egerat legatarius ex testamento, hanc cautionem exigi. Si post condemnationem, cur non etiam post litem contestatam? Nam, ut respondeam, ita demum post litem contestatam, imo post condemnationem hæc cautio exigitur, si heres, qui condemnatus est, appellaverit, quæ appellatio extinguit superius judicatum: ne dicas suspendit, imo extinguit, *l. 1. §. ult. ad Turpillian.* Quod evidenter apparet ex eo, quod si quis judicio famoso sit condemnatus, veluti furti, & appellaverit, & non sit visa appellatio justa, *si la primiere sentence a esté confirmée* hodie fit infamis, non retro, quia prior condemnatio fuit extincta appellatione, *l. furti, §. 1. de his, qui not. infam.* Sic igitur post condemnationem heredis, si appellaverit heres, extinguitur judicatum, & ideo, antequam lis nova ex causa appellationis contestetur, recte hæc stipulatio exigitur, quandoquidem exigitur ante litem contestatam. Sed & hoc casu, cum post condemnationem exigitur, non exigitur ex edicto prætoris, sed rescripto Antonini, quod proponitur in hoc §. inter quæ est magna differentia. Primum enim, ubi ex edicto non cavetur legatariis, legatarii mittuntur in possessionem omnium rerum, quæ sunt in causa hereditaria, sui legati conservandi causa, *l. 1. quib. ex causis in possess. eat.* Ubi autem post condemnationem & appellationem heredis non cavetur, ex rescripto Antonini legatarii mittuntur tantum in possessionem rerum legatarum, de quibus judicatum est. Et ita demum legatarius mittitur in possessionem, non cavente herede condemnato, si sit paratus ipse cavere heredi, de conservanda re legata, in quam mittitur, & restituenda heredi, si forte vicerit heres in judicio appellationis, quæ est secunda differentia. Ex edicto autem legatarius cum mittitur in possessionem, nihil cavet heredi: denique ex rescripto Antonini, ut loquitur Papin. in *hoc §. 1.* mutuæ cautiones exiguntur, *nam ex edicto, & mutuæ cautiones*, id est, recurrentes, commeantes ab uno ad alium, non quod alter alteri simul caveat: sed quod herede non cavente caveat legatarius, si velit mitti in possessionem rei legatæ, & ita oportet vel heredem cavere legatario & non mitti legatarium in possessionem bonorum, vel legatarium cavere heredi & mitti. Est & differentia tertia, quod ex rescripto Antonini legatarius, cui non cavet heres post condemnationem, missus in possessionem rei legatæ, solus possidet rem legatam. Ex edicto autem legatarius missus in possessionem non possidet solus, sed simul cum herede. Et ut eleganter ait Papinianus, *vicaria possessio datur legatario custodiæ gratia: vicaria* dicta ex eo, quod sit vice cautionis, quam heres præstare detrectat, ut *l. si finita, §. si quis damni, de dam. infec.* & *custodiæ gratia* quod custodia legatario detur rerum hereditariarum potius, quam possessio, ut saltem tædio custodiæ extorqueat heredi cautionem prætoriam legati servandi causa, *l. 3. §. ult. l. 10. de adquir. poss.* & *l. cum legati, quibus ex causis in poss. eat. l. 5. tit. seq.* In summa, multum interest, caveatur ex edicto, an ex rescripto Antonini: nullum interest exigatur cautio ante litem de legato contestatam priori judicio, an posteriore judicio appellationis: sed utrobique exigitur ante litem contestatam. Et sic ordo, qui demonstratus est ex eo rescripto Antonini, confirmatur uno exemplo, de collatione bonorum: in hoc §. illo loco, *sed quare non caverat*, vulgo legitur, *caveat*, at ut ostendi jamdudum, legendum est, *sed quare non cavente*, herede scil. nam hoc dicit, non cavente herede, si caveat legatarius, in eum transferri possessionem. Etiam in illo loco *qui obtinuit*, idest, qui a prætore impetravit hanc satisdationem: est enim instar actionis, & petitur a prætore, sicut actio, non ipso jure ex edicto competit, & qui petit hanc stipulationem agit, *l. quib. §. ult. de verb. sign.* ut intelligatur, an apte cohæreant his, quæ diximus heri, ex his quædam restruere & sensum construere sive copulare necesse est. Si omissa stipulatione legatarius de legato litem contestatus sit, & condemnaverit heredem, appellaverit heres: Imperatori M. Antonino æquum visum est, antequam lis denuo contestetur, cautionem interponi fideicommissi servandi causa, si hoc desideravit legatarius, qui vicit: nam si ex edicto ante condemnationem heredis mora petitioni sit interjecta, vel ex die, vel ex conditione, hæc cautio interponi debet, & multo magis post condemnationem heredis, dilata petitione per appellationem antequam causa appellationis agatur & contestetur. Sed multum interest inter edictum prætoris & constitutionem Marci Antonini: Nam ante condemnationem, & litis contestationem cautio ex edicto præstatur, & non cavente herede legatarius mittitur in possessionem omnium rerum hereditariarum, quasi custos

rerum,

rerum, herede nihilominus manente in possessione earum rerum, & nulla ab eo heredi vice mutua præstatur cautio. Quid enim opus est heredi caveri manenti in possessione hereditatis? Post condemnationem vero, & appellationem heredis cautio ex const. M. Antonini interponitur, & herede non cavente, legatarius mittitur in possessionem rei legatæ, ut solus eam rem habeat, & possideat, ut sit possessor, non custos, heredi ablata possessione, si modo caverit heredi, de ea re conservanda, & restituenda, si secundum heredem pronuntiatum sit. Et ut ostenditur in extremo hujus §. hanc utique cautionem debet heredi cavere legatarius, non tantum si heres per inopiam, quæ neminem non eximit hominum gratia, cavere non possit, sed etiamsi per contumaciam cavere nolit, quod sit inops tum pecuniæ, tum gratiæ, etiam contumaci cavetur ex fine ejus §. Porro hunc ordinem juris, ut exigatur cautio a reo, & si nolit cavere, ut transferatur possessio rei controversæ in petitorem, qui modo idem cavere paratus sit; qui quam reus detrectat, ipse ultro subeat cautionem, hunc inquam, ordinem, & in aliis causis servari, propter exemplum de collatione bonorum Pap. in hoc §. ostendit: Filius defuncti emancipatus, patre defuncto, non admittitur una cum fratre, qui mansit in patria potestate, ad bonorum possessionem contra tab. nisi conferat in commune bona propria, quæ post emancipationem adquisivit, quia jus filii vult habere, qui vult particeps fieri bonorum paternorum: filii autem quæ sunt, patris sunt: bona igitur propria, quasi paterna debet conferre, quod fit non tantum re ipsa, id est, divisione propriorum bonorum habita cum fratre, sed etiam cautione ex edicto prætoris, si caveat, se bona propria cum fratre divisurum. Collatio fit cautione aut divisione, vel si tanto minus pro rata ferat ex bonis paternis: Quod si nullo modo conferat emancipatus, si neque dividat, neque caveat, denegantur ei actiones, etiamsi bonorum possessionem acceperit, quasi acceperit sine re, sine effectu, actiones possessoriæ vel hereditariæ, quæ in possessorem bonorum dantur, vel hereditario jure efficiunt, ut heres nisi caverit legatario, nihil ex bonis paternis judicio fam. ercisc. consequi possit, sed portio ejus, quam habiturus erat, si contulisset, transfertur ad fratrem, qui fuit in potestate; si modo caveat emancipato, ut formulam concipit Papin. hoc loco. Sunt enim verba formulæ, quam suus in quem transfertur portio emancipati præstat emancipato: *quod ex portione fratris fuerit consecutus, cum bona propria conferre frater cœperit, se restituturum*: & cavere utique debet suus, in quem transfertur portio emancipati indistincte, sive per inopiam non caveat emancipato, sive per contumaciam: ut in proposita specie, de stipulatione legatorum, nihil interest, heres inops sit, an contumax. Et male Accurs. sentit hac in re, esse differentiam inter hunc casum de satisdatione legatorum, & illum de collatione bonorum, & movetur leviter verbo, *non potest*: nam in consuetudine, & non posse dicitur, qui non vult, & contra non velle, qui non potest: & ita nullo constituto inter hos casus discrimine, sicut mitius agitur cum filio emancipato, qui per inopiam vel contumaciam cavere non potest, veluti non continuo translata portione ejus in fratrem, non temere & quandoque non in totum denegatis actionib. possessoris, ut *l.* 1. §. *si frater*, & §. *si duobus*, & *l.* 1. §. *ult. de coll. bon.* ita meo judicio æquum est, etiam mitius agi cum herede, qui per inopiam cavere non potest de legato, non facta translatione possessionis protinus in legatarium, sed suspensa ea, donec diligentius quærat fidejussorem. Quid autem fiet illo casu de collatione bonorum, si neque suus neque emancipatus cavere velit, aut possit? Et sane existimo possessionem remanere penes eum, penes quem est, & vindicias dari possessori: unumquemque frui sua possessione, quam accepit, contra tab. vel unde liberi, quia in pari causa melior est possessor. Sed ut Papin. ostendit hoc loco, ab utroque fratre est eligendus sequester vir bonus, apud quem fructus prædiorum deponantur, quique medio tempore exerceat actiones hereditarias utiles pro portione emancipati, donec caverit. Et ita in stipulatione de legatis etiam comprehensa rescripto D.

A M. Ant. si neque heres cavere velit; qui victus est, neque legatarius qui vicit, ut Papin. ait, res legata est deponenda apud sequestrum: res sc. mobilis, quæ legato continetur: nam rerum immobilium sequestratio nunquam fit, res enim mobiles facile interverti & corrumpi possunt: Et consequenter sequestratio fit fructuum ex prædiis perceptorum, quia facile interverti possunt: & generaliter post condemnationem & appellationem possessoris, si non caveat, fructus rei controversæ deponuntur apud sequestrum, *l. ab executione*, *C. quor. appell. non recip.* Et interdum post condemnationem petitoris, si possessor depopuletur fructus, *l. Imper.* §. *ult. de appell.* Sequestratio etiam fit rerum se moventium, etiam liberarum personarum, quia & hæ plagio interverti possunt, *l.* 1. §. *in hoc interdicto*, *de liber. exhib.* & *cap. cum locum*, *de sponsal.* Sequestratio non fit B rerum immobilium, sicut nec furtum. Sequestratio etiam non fit pecuniæ, id est, quantitatis nummariæ, *tit. C. de prohib. sequestr. pec.* quia quantitas interverti non potest. Est enim genus, & generis nullum subest corpus: incorporalia interverti non possunt. Igitur nec cavente herede, nec legatario, possessio quidem immota manet rei immobilis, sed fructus sequestro deponuntur, vel res ipsa sequestro deponenda est, videlicet si sit mobilis: vel, inquit Papin. *jurisdictio restituenda est*, ubi etiam adde, maxime, si res sit immobilis, id est, ex forma jurisdictionis & hujus edicti, quod hoc titulo proponitur. Omisso remedio constitutionis Marci, legatarius est mittendus in possessionem omnium rerum hereditariarum custodiæ gratia, ut simul possideat eas res cum herede. *Jurisdictio* igitur *restituenda est*; id est, regrediemur ad edictum C nullo cavente, & quasi cessante constitutione. Et ita duob. locis in hoc §. *jurisdictio* est prætoris edictum, ut *l. quamvis*, *de postul. l. certa*, *C. ut in poss. legat.* Et inde jurisdictio nonunquam, id est, prætura, & separatur a consulatu. Capitol. in Gordianis, *præturam nobilem init*, *post jurisdictionem consulatum iniit*, id est, post præturam. Huic exemplo addi oportet aliud simile. Is a quo petitur hereditas, vel quæ alia res, cavere debet, si hoc desideraverit petitor, de ea re conservanda, vel si cavere nolit, possessio transfertur in petitorem, qui modo idem cavere paratus sit, *l. de bonis*, §. *ult. de Carb. edic. l.* 5. *de pet. hered. l. ex libero*, §. *ult. de quæst. l.* 1. *C. ubi poss.* & *Paulus* 1. *sent. tit.* 11. Atque ita reus, qui cavere non vult, ex reo fit actor: hæc est pœna non caventis: ex possessore, fit non possessor, ut *l. si priusquam*, *de oper.* D *novi nunt. l.* 45. *de dam. infec.* quia possessio transfertur in actorem, si actor caveat: neutro cavente, possessio manet penes possessorem, quia in pari causa est potior, qui possidet. Sed his casibus, æquum est, fructus perceptos deponi in sequestro, ἐν μεσιτεία.

Ad §. Si dies.

Si dies aut conditio legati, fideicommissi petitionem, actionemve differre dicatur, & ideo satisdatio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat, & relictum neget: non aliter audiendus erit qui cavere postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit.

SAtisdatio legatorum præstatur ante litem de legato contestatam actione ex testamento, non post litem contestatam. Summa superiorum, & verisima sententia E hæc est, & nova tamen, si spectes scripta doctorum. Post condemnationem autem si omissa sit satisdatio priore judicio, antequam lis denuo contestetur posteriore judicio: prius enim appellatio extinxit, eandem cautionem interponi, vel ex constitutione Marci, ita ut non cavente herede legatarius mittatur in possessionem rei legatæ, & eam solus possideat expulso herede, eique præstita cautione de ea restituenda, si forte obtinuerit in judicio appellationis: vel post condemnationem & appellationem heredis eandem cautionem interponi ex edicto prætoris: neutro cavente, ut legatarius simul possideat bona heredis omnia quasi custos magis quam possessor: atque ita post condemnationem, vel appellationem heredis, nos sequi ordinem constitutionis Marci, vel si nemo cavere velit,

servari

ſervari ordinem juriſdictionis, id eſt, edicti, reſtitui edi- A ctum ſive juriſdictionem, ceſſante remedio coſtitutionis novæ. Reſtant ex eodem libro tres quæſtiones pertinentes ad eandem cautionem, quarum prima eſt in §. *pen.* ſecunda in §.*ult.* tertia in *l.4.tit.ſeq.* ex eod.lib.Pap. Prima quæſt.hæc eſt: *An hæc cautio ſit præſtanda, ſi dicatur peti per calumniam*, id eſt, *vexandi tantum heredis gratia, cum petenti cautionem nihil ſit relictum, vel non ea res*. Ergo hodie a quo ſatis petitur contendente per calumniam ſatis peti, non aliter audiendus eſt legatarius, quam ſi proferat tabulas teſtamenti, vel codicillos, quib. probet ſibi relictum, atque ita probatio exigitur, antequam peti poſſit legatum, quia conſtare utcumque de legato debet, priuſquam ſatiſdatione oneretur heres: conſtare, inquam, non actione de legato, quia nondum competit, ſed prætoris aut præſidis co- B gnitione ſummaria, quia ſummatim cognoſcet, an ſit relictum legatum, an debeatur, an conditio legati defecerit: nam conditio quæ ſemel defecit, non reſtituitur, *l.quidam, & l.rogo, de fid. libert. l.pater, §.ult. de cond.& demonſt.* Et hoc *l.3.§.1.tit.ſeq.* ait, eſſe commune omnium ſatiſdationum prætoriarum, & confirmat *l.1. §. ult. de præt. ſtip.* ut ſi per calumniam peti dicantur ab eo, a quo petuntur, ſummatim explorat prætor vel præſes, an cauſa, quæ prætenditur petendæ ſatiſdationis ulla ſubſit: quia ſi non ſubſit, iniquum eſt, heredem onerari ſupervacua cautione, *d.l.3.§.1.l.1. §.pen.eod. tit.l.hæc ſtipulatio, §. ult. h.t.* Quibus tribus locis reſcriptum D. Pii in hanc rem adducitur, & licet exemplum ſumere ex *d.l.1.§.1. t.ſeq.* Si ſolutum ſit legatum ante repræſentationem, conſtat non deberi. Igitur hoc ca- C ſu non admittet prætor petitionem cautionis. Licet aliud exemplum ſumere ex *d.l.1. §.ult. t.ſeq.* Si certum ſit heredem inſtitutum repudiaſſe vel omiſiſſe hereditatem, vel ſe abſtinuiſſe, fruſtra exigitur hæc cautio, niſi ab inteſtato legatum relictum ſit, *l.eam quam, C. de fideicom.* quia repudiatione vel omiſſione irrita fiunt legata, irrita fit omnis ſcriptura teſtamenti. Et notandum etiam ex eo §.abſtentione etiam omnem vim teſtamenti diſſolvi, licet heres inſtitutus retineat nomen heredis, ſed nudum, inane, ſine re, quandoquidem ſe abſtinuit ultro: abſtentio jure prætorio tantum poteſt, quantum repudiatio jure civili, *l.pro herede, §.pen.de adq.hered.l.nam nec, de leg.1.* Utroque genere irritum fit totum teſtamentum. Illud etiam notandum, ſi certum ſit heredem nondum adiiſſe, qui poteſt adire, ſed conſultat forte, cautionem D nondum exigi, ſed ſuſtineri, donec adeat. Et ita accipienda *l.2. t.ſeq.* Sed ſi dubium & incertum ſit, an adeat qui forte eſt inſtitutus ſub conditione, & ante conditionem decernere nihil poteſt, ſi defecerit conditio, non poterit adire, ſi extiterit forte, adibit. Si igitur ob conditionem adſcriptam inſtitutioni incertum ſit, an adeatur hereditas, quod deficiente conditione corruat omne teſtamentum, ſi ſit heres ex aſſe, interim a prætore cautio peti poteſt, ſed nemo eam præſtabit: impetrabitur, ſed nullus exiſtet, qui interpellari poſſit, & conſequenter ea impetrata a prætore legatarius mittetur in poſſeſſionem hereditatis quaſi nemine cavente, *l.1.§.ult. t.ſeq.* quia, ut eſt in ead. l.§.*non exigit*, ut legatarius mittatur in poſſeſſionem: non exigimus, ut ſtet per heredem, quo minus caveat, ſane & ſi per legatarium E non ſtet, quo minus ei caveatur: Petitur igitur hæc ſatiſdatio, quaſi tamen nullus ſit, cum quo agatur, & quaſi non exiſtente reo ullo, ſequitur miſſio in poſſeſſionem. Etiam illud notandum, ſi prætori videatur, cum calumnioſe dicitur ſatis peti, res eſſe obſcurior, quam ut ſummatim decerni poſſit, ſatis eſſe ſi legatarius juraverit, ſe non calumniæ cauſa dolo malo cautionem ſupervacuam poſtulare, ut fit in ſpecie *l.prætor ait, in pr.& l.qui bona, §.qui damni, & §.ſi quis ſtipulaturus, de dam.infec.* Ubi poterit ſummatim de ea re cognoſcere prætor, aut præſes cognoſcet, & vel dabit vel negabit cautionem re ſummatim cognita per judicem, per annotationem: translatione deducta a computatione rationum, quod vel fit ſummatim vel minutatim.

Et hæc cognitio ſummaria non habet vim rei judicatæ, nec facit præjudicium actioni de legato, quæ poſt competierit, ut in *l.a D.Pio, §.ſi rerum, de re judic. & Nov.53.* Si modo in ea παχυμερῶς, *ſummatim* interpretemur, *par proviſion.* Neque eſt exiſtimandum, idem eſſe de plano & ſummatim: quod fit de plano, id fit paſſim, ubique, cœnando, ambulando, ludendo: cognitio, quæ fit ſummatim, fit pro tribunali, *l'on abuze de ces mots, ſommairement, & de plain.*

Ad §. Cum quærebatur.

Cum quærebatur, ubi fideicommiſſi ſervandi cauſa caveri oporteat: Imperator Titus Antoninus reſcripſit, ſi domicilium Romæ non haberet heres, & omnis hereditas in provincia eſſet, ad ſatiſdationem fideicommiſſi nomine in provincia fideicommiſſarium remittendum eſſe. Quare ſi heres in eum locum cavendi gratia remitti deſideret, ubi domicilium habet, legatarius autem ibi caveri poſtulet, ubi eſt hereditas non erit heres remittendus, idque Imperator Titus Antoninus reſcripſit.

§. 4. *Quibus literis adjectum; & ſi bona jam diſtracta ſunt, vel teſtatoris permiſſu, vel concedente legatario pretium eorum fideicommiſſi ſervandi cauſa in depoſito habendum.*

PLus curæ exigit ſequentis legis quæſtio, ſed contenta erit paucioribus verbis. Quæritur quo loco ſit præſtanda hæc cautio? & præſtandam dico, ubi & legatum peti poteſt, aut poterit. Peti autem poteſt tribus locis, vel ubi eſt omnis hereditas, aut major pars, vel ubi heres domicilium habet, vel ubi eſt res legata, non aliis locis, niſi aliud voluerit teſtator, vel aliud convenerit inter heredem & legatarium, *l.un.C.ubi fid.peti.op. l.ſi fideic.in pr.& §.pen. l. ſed etſi ſuſcepit, §.ult.de jud.* Eſt in arbitrio legatarii, quo loco malit petere, nec ſi petat, ubi res eſt legata, vel ubi heres domicilium habet, remittere heredem oportet, ubi eſt hereditas. Et e contrario, ſi petat ubi eſt hereditas, non eſt remittendus ubi res eſt, vel ubi heres domicilium habet. Et ſimiliter ſatiſdatio legatorum his trib. locis petitur & ſi uno agatur, non remittitur heres in alium locum: Et hoc fruſtra poſtulaverit heres, ut ſi petatur cautio ubi eſt hereditas, remittatur iu locum domicilii ſui, vel ſi cautio petatur, ubi eſt domicilium: etiamſi ibi nulla ſit res hereditaria, remittatur heres cavendi cauſa in locum, ubi eſt hereditas, *d.l. ſed etſi ſuſcepit, §.ult.* Neque dicas hoc heredi eſſe fraudi: Nam quid veretur heres ſi petatur cautio alibi, quam ubi eſt hereditas? cum pœna non caventis hæc tantum ſit, ut legatarius mittatur in poſſeſſionem rerum hereditariarum, ſi eo loci nullæ ſint res hereditariæ. Itaque legatarius ſibi imputare debet, qui petit cautionem eo loco, quæ ſi non præſtetur, non poteſt mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, cum nihil ſit ibi hereditarium, nam præſes, qui uno loco cavere jubet, ſi ei non pareatur, non poteſt mittere in poſſeſſionem earum rerum, quæ ſunt in alia provincia, *l.cum unius, §.ult. de reb.auct. jud.l.a D.Pio, de re judic.* Ceterum extra hæc tria loca ſi petitur, obſtat præſcriptio fori, & fit remiſſio, *renuoy*, ut ſi ab herede hæc cautio petatur Romæ, ubi domicilium non habet, vel ubi non eſt res legata, remittetur heres in provinciam, ubi eſt hereditas: ſed etſi petatur in provincia ubi eſt hereditas, aut major pars, remittetur heres in ejuſdem provinciæ civitatem ſuam, ſi hoc deſideraverit, in municipium ſuum, quia eſt neceſſaria ſatiſdatio. Hæc eſt ratio legis *de die, §.tutor, & §.ſeq.qui ſatiſ.cog.* Sane ſatiſdatio legatorum eſt neceſſaria, quia injungitur edicto prætoris, quamvis non ſit ſemper neceſſaria, ſi conſtet legatum non deberi, ſi conſtet de calumnioſa petitione. Hæc igitur cautio neceſſaria eſt, *l.6. hoc t.* & inde in *l.6.h.t. Si neceſſitas dandi intercedat*, ubi *dandi*, eſt, *ſatiſdandi*, ut in *l.43. §.1.de procur.* Cum igitur ſit neceſſaria, heres, qui facile non poteſt cavere ubi petitur, quamvis is locus non ſit incongruus, juſte deſiderat ſe remitti in ejuſdem provinciæ civitatem ſuam, domicilium, municipium ſuum, ubi facilius inveniat fidejuſſores: ſunt enim inventu difficiles. Et hæc conſtituitur differentia inter ſatiſdationem voluntariam & neceſſariam in *l.ſi fidejuſſor, §.pen. qui ſatiſd. cogant.* Nam ſi ſit voluntaria & conventionalis, promiſſor non remittitur in alium locum:

nec

nec enim id meretur, qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit. Intelligimus satis, quo loco sit præstanda hæc cautio: quam in rem vocat in testimonium Papin. rescriptum D. Pii, & addit, ex eodem rescripto, quod ad eandem materiam pertinet, non ad eandem quæstionem, rebus hereditariis distractis, puta permissu testatoris vel legatarii, hoc quoque casu non esse necessariam satisdationem: quia frustra exigitur satisdatio, quam (si non præstatur) non potest sequi missio in res hereditarias, quæ non potest sequi, si distractæ sunt permissu testatoris vel legatarii: igitur cessabit edictum prætoris. Sed ex eo rescripto pretium redactum, id est, corpus nummorum ex venditione bonorum hereditariorum redactum, deponendum erit apud sequestrum, ut res sit salva legatario cum dies legati venerit aut conditio extiterit: deficiente remedio edicti prætoris, vel remedio constitutionis sive rescripti D. Pii itur ad sequestrum, hoc est extremum remedium servandi legati, vel fideicommissi.

Ad L. IV. Ut in poss. leg.

Plane si nova causa allegetur, veluti quod fidejussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit: æquum erit præstari cautionem.

QUæritur tertio loco, *an hæc cautio sæpius sit præstanda*: forte si prior cautio non duret, ut fit sæpe mortuo fidejussore sine herede ullo, vel eo lapso facultatibus, redacto ad incitas: commune esse diximus omnium satisdationum prætoriarum, ut si per calumniam petantur, ea de re cognoscat prætor, vel præses summatim. Commune etiam est, ut & procuratoribus præstentur & assumatur eorum nomen quorum interest, *l. 3. de præt. stip. l. 1. §. non solum, sup. tit. prox.* Commune etiam hoc tertium est, ut præstentur sæpius, si quæ datæ sunt, non durent, veluti fidejussoribus redactis ad inopiam, videlicet si stipulatoris culpa non desierit esse cautum, ut si vel initio acceperat minus idoneos fidejussores, vel sciens dissolutos homines, vel prodigos, ut in *l. 3. §. ult. hoc t.* Sed si casu quodam desierit esse cautum, ut idem Papin. ait, si decesserit fidejussor sine successore, vel si impetu quodam fortunæ rem familiarem amiserit, æquum erit iterum legatario caveri, *l. 4. de præt. stipul.* cum quo conjungenda est lex 12. *qui satisd. cogant.* quæ ex eodem est lib. 28. Papin. in qua Paulus idem probat.

Ad L. XCV. de Solut.

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc n. perinde solus ille, qui decessit, præbetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset.

§. 1. Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest æque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri æstimatio potest si forte longe sit vilior, quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est: tamen si & alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur, aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interficit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.

IN l. hac multa de stipulationibus voluntariis, quæ ex conventione rerum fiunt aguntur indiscriminatim, quæ plurimum laboris exigunt: & prima quæstio est de stipulatione ita concepta, *Stichum aut Pamphilum dare spondes?* Ex qua est quidem uterque homo in obligatione; ergo & in petitione: sed ita vel in obligatione vel in petitione, ut est in ipso contractu, in ipsa formula stipulationis. Nec enim aliter debentur, aut petuntur recte, quam sunt deducti in stipulationem.

A Igitur ut sunt positi in stipulatione ambo, ita sunt ambo in obligatione, vel petitione: sed alter tantum est in solutione, *l. si duo rei, de verborum obligat.* puta is, quem elegerit promissor, quem dixerit se dare velle, videlicet si in stipulatione de electione nihil sit adjectum. Nam in eo genere stipulationis, electio est promissoris, utrum præstet, utrum det: vel si adjectum sit in stipulatione, ut is daretur quem vellet stipulator, ut proponitur initio hujus l. *Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim dare spondes?* electio est stipulatoris, & is quem elegerit, est in obligatione, & in petitione, & solutione, *l. si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, de verborum obligat.* Ergo aut electio est promissoris, aut stipulatoris: si stipulator sibi electionem receperit, mortuo altero exstinguitur electio, & is solus, qui vivit, est in obligatione & petitione, si ille mortuus sit ante moram & culpam promissoris (B): Nam si post moram promissoris mortuus sit is, quem elegerat stipulator: nec enim potest mora fieri, antequam elegerit aliquem stipulator, eo casu electio stipulatoris non ideo perit, quod supersit tantum alter: Nam vel is præstatur qui superest, si eum maluerit stipulator, vel is qui mortuus est, quem elegerat stipulator: *præbetur*: inquit, Papin. id est, æstimatio ejus præbetur, si forte longe majoris pretii fuerit, quam superstes. In pœnam promissoris hoc est constitutum, ut possit eligere stipulator pretium mortui, qui longe fuit altero pretiosior, atque ita ad coercendam moram promissoris, electio durat etiam post mortem electi. Quod si electio fuerit promissoris, & de hoc casu incipit tractare in §. 1. & quæso attendite: mortuo altero (C), is qui superest, peti & solvi potest, scilicet, ut dictum est, in priori casu, nisi in eo, qui mortuus est, accipiendo jam stipulator moram fecerit: hoc enim casu promissor omnimodo liberatur, ac ne superstitem quidem debet, *l. stipulatus sum 115. de verb. obl.* Sed si stipulator moram non fecerit, debetur superstes, peti & solvi superstes potest, *l. si in emptione, §. pen. de cont. empt.* An solus debetur? an durat electio promissori, ut liberetur præstando æstimationem mortui, qui forte longe fuit vilior? Et verissimum est, integram esse electionem promissori, ut vel pretium mortui præstet, si sine culpa ejus mortuus sit. Et ita accipienda est *l. cum res, §. sed si Stichus, de leg. 1.* quam opponit Accurs. Nam si culpa promissoris mortuus sit, exstinguitur electio, & is solus peti & solvi potest, qui vivit, & (D) ita proponitur in §. 1. Neque obstat quod dictum est in principio *l. stipulatorem*, eum qui sibi recipit electionem, post moram promissoris mortuo altero, mortui pretium eligere posse, si forte fuerit pretiosior superstite: Nam hoc ut respondet Papin. ita constitutum est pro stipulatore in pœnam promissoris, qui moram fecerat, ut in eo coerceatur mora. Electio igitur conservatur stipulatori etiam post mortem hominis electi, & in pœnam promissoris morosi & frustratoris: & vice versa, si electio fuit promissoris, jure stipulationis mortuo altero ei electio aufertur. Nam mortui æstimationem solvendo non liberatur, si forte longe vilior, sed necesse habet eum præstare, qui superest, perinde ac si solus deductus fuisset in stipulationem. Sed quod notandum, non habet etiam necesse, si hoc velit stipulator, mortui æstimationem præstare, qui (E) forte longe fuit pretiosior, etiamsi ante moram culpa ejus interierit, quia stipulatoris non fuit electio, & promissor poterit eum non dare. Quamobrem ita concludamus. In pœnam promissoris qui moram fecit, non transfertur electio a promissore, cujus erat electio in stipulatorem. In pœnam promissoris electio, quæ fuit stipulatoris, stipulatori conservatur etiam post mortem electi. Et tertia conclusio in pœnam promissoris, qui moram fecit, electio, quæ ejus fuit, ei aufertur mortuo altero, ita ut eum solum præstare possit, qui superest, nec potest cogi a stipulatore, ut præstet pretium mortui, quod longe fuit majus, ne præripiatur promissori electio, quæ ei competit conventionis sive stipulationis jure. Atque ita ex his intelligitur, cum est electio promissoris, multum interesse,

alter

alter servus moriatur culpa promissoris, an non; nam si sine culpa, etiam post mortem unius electio ei conservatur, si culpa, exstinguitur, & solus qui superest, peti, ac solvi potest, neque defuncti offerri æstimatio potest, si longe fuit utilior, nec peti a stipulatore, si longe fuit prætiosior. Multum etiam alia in re interest, utrum alter servus mortuus sit culpa promissoris, an sine culpa: Nam ut omnes casus, qui incidere possunt comprehendamus, quod fiet quadripartito, si sine culpa promissoris unus decesserit, deinde alter ante moram æque sine culpa promissoris, proculdubio omnimodo liberatur promissor. Hoc erit primum membrum. Sequitur aliud: si unus decesserit culpa promissoris, puta quod eum occiderit, deinde alter moriatur, sed sine culpa promissoris, non tenetur promissor actione ex stipulatu, ne in æstimationem quidem: quia posterior, qui mortuus est, in quo consistebat obligatio, mortuus est antequam stipulationi locus esset, id est, ante moram & culpam promissoris: neque enim posterior culpa ejus interiit, sed tenetur actione de dolo in id quod interest, ne impunita sit culpa, ne impunitus sit dolus. Cessat igitur actio ex stipulatu, ut nec possit peti pretium occisi, quia electio non est stipulatoris, neque electio mortui suo fato, quia sine culpa promissoris mortuus est, sed competit de dolo, quia ejus dolo sit factum ne prior servus quem occidit præstari possit. Sequitur tertium membrum: si uterque mortuus sit culpa promissoris, proculdubio competit actio ex stipulatu, quasi commissa stipulatione: quia secundum regulam juris, quotiescumque culpa intervenit promissoris vel mora; culpa ut si occiderit, mora ut si interpellatus congruo loco & tempore eum non solverit, sed ad judices provocaverit, obligatio solet perpetuari, produci, *l. si servum, §. sequitur, de verb. oblig.* Et similiter, qui est 4. casus: si prior servus decesserit sine culpa promissoris, & posterior, in quo solo consistebat obligatio, culpa promissoris interierit, æque tenetur actione ex stipulatu. Sed ut redeamus ad secundum casum, qui solus proponitur hoc §. 1. Si posterior servus sine culpa promissoris decesserit, cessat actio ex stipulatu, etiamsi prior culpa ejus decesserit. Sed tenetur actione de dolo in id quod interest, deficiente actione ex stipulatu. Ad eam quæstionem subjicit Papinian. aliud esse dicendum in persona fidejussoris. Docuit illo casu, quem jam exposui, promissorem non teneri ex stipulatu, sed de dolo. Docet vice versa, fidejussorem teneri ex stipulatu, non de dolo, ut sit differentia inter promissorem & fidejussorem: nam illo casu promissor tenetur de dolo, fidejussor ex stipulatu, ut si fidejussoris culpa homo interierit ante moram, quo genere liberatur promissor, qui vacat culpa & mora, fidejussor tamen tenetur ex stipulatu, non de dolo: Nam quod consensum meretur omnium, ubi est alia actio, cessat famosa illa de dolo, & tenetur fidejussor, qui hominem interfecit, utili actione ex stipulatu, in *l. mora, l. si pupill.* 127. *de verb. obl. l. mora, §. ult. de usur. l. cum quis, §. pen. de fidejuss.* Et tenetur utili ex stipulatu, id est restitutoria, vel ut Græcus interpres ait, actione in factum: omnis actio utilis est in factum, omnis actio restitutoria, quæ extincta fuerat, est utilis: Nam competit directa ex stipulatu, quia ipso jure liberato reo, & ipse liberatus est, sed æquum non est, ut suo facto dolo malo liberetur ipse, ut dolo malo se ipsum liberet, interficiendo hominem promissum, quamquam contingat, ut promissorem liberet, ne ex dolo suo lucrum faciat. Ergo sublata principali obligatione, manet fidejussoria: denique tenetur hoc casu utili ex stipulatu: & tamen superiore casu promissor tenebatur de dolo: voluit ostendere esse discrimen inter hos casus. Sed quod ait, fidejussorem non teneri de dolo, obstat *l. si fidejussor, de dolo*, quæ ponit eandem speciem, fidejussorem ante moram occidisse hominem promissum, & teneri de dolo, propterea quod non tenetur ex stipulatu, quod liberato reo, & ipse liberatus est. Respondeo hoc modo: fidejussorem, qui ante moram hominem promissum interfecit, non teneri de dolo in id quod interest, sicut reus, qui promiserat Stichum aut Pamphilum, & occiderat Stichum, altero postea mortuo sua morte tenetur de dolo in id quod interest, non ita & fidejussor tenetur de dolo in id quod interest, sed ut res vel actio, quæ periit stipulatori, restituatur mortuo homine ante moram, ut reponat se fidejussor in pristinam obligationem stipulati, qua liberatus est promissore liberato. Et ita per actionem de dolo hoc consequetur, ut sibi restituatur actio ex stipulatu in fidejussorem, quæ fuerat extincta. Restituitur inquam: utilis est ergo *ut d. l. mora, in fine, de usur.* vel si non patiatur restitui pristinam obligationem & actionem ex stipulatu, actione de dolo plane condemnabitur in id quod interest, sicut promissor. Atque ita si velis brevius respondere, dicito, fidejussorem teneri de dolo, & hoc verum esse, si recuset accipere judicium restitutorium ex stipulatu. Neque autem novum videri debet, ut liberato reo non omnino liberetur fidejussor: Nam subjicit alium casum, quo idem contingit, si promissor sine herede decesserit, & ob id creditores ex edicto bona ejus possederint, & distraxerint, ut in *l. heres, §. quod si stipulator, h. tit.* debitor liberatur, fidejussor obligatus manet, & tenetur actione utili ex stipulatu, quod significat Papinian. his verbis, *quemadmodum*, &c. Et est similis casus in *l. capitis*, & alius in *d. l. cum quis, §. pen. de fidejuss.* & alius in *l. 1. C. de fidejuss.* Quæ in §. 1. traditur differentia inter reum & fidejussorem, ut hic teneatur ex stipulatu, non de dolo; ille de dolo, non ex stipulatu, maxime velim vos animadvertere, eam non versari in ea specie: Nam res omnis ita distinguenda est: vel Stichus est solus in obligatione deductus, vel Stichus aut Pamphilus sub distinctione. Si solus Stichus, & eum reus occiderit, tam fidejussor, quam reus tenetur directa ex stipulatu. Et culpa rei fidejussori nocet, quia in omnem casum intercessit, *l. mora, l. cum fidejussor in diem, de verbor. obl. l. si a colono, §. ult. de fidejuss.* Sin autem fidejussor eum occiderit, reus liberatur, nec culpa fidejussoris ei nocet: fidejussor tenetur utili ex stipulatu, nec necessaria est actio de dolo, nisi recuset accipere judicium ex stipulatu. Quod si Stichus aut Pamphilus disjunctim in obligationem deductus sit, & Stichum reus occiderit, deinde Pamphilus moriatur suo fato, reus neque directa, neque utili actione ex stipulatu tenetur: si de dolo in ea non sit cautum, ut plerunque doli clausula adjicitur tantum in prætoriis stipulationibus & necessariis, non in voluntariis, & conventionalibus, sed reus tenetur de dolo, fidejussor vero omnimodo liberatur, quia perempta stipulatio est, & ipse dolo nihil admisit. Contra, si fidejussor Stichum occiderit, deinde moriatur Pamphilus suo fato, reus omnimodo liberatur, fidejussor tenetur tantum de dolo. Itaque, ut apparet modo, ex quadripartita divisione, illa differentia non vertitur in una specie, sed in diversis.

Ad §. aditio hereditatis.

Aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem: aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderit, heres ei extitit: non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet: aliquando evenit, ut inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur: Nam si heres, qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres exstiterit, vel mulier, quæ pro Titio intercesserat, eidem heres exstiterit, incipit obligatio civilis propter hereditatem ejus, qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere. Etenim inconditum est subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur.

IN hoc §. qui sane multa perquam utilia & necessaria complectitur, ponuntur tres effectus aditionis hereditatis, quantum attinet ad causas quibus is cujus adita est hereditas adstrictus fuerit. Et unus effectus pertinet ad obligationem civilem, quæ ex parte actoris pe-

titionem habet efficacem, ex parte rei nullum auxilium, subsidiumve exceptionis habet: alter effectus pertinet ad obligationem naturalem, quam constat, neque petitionem habere, antequam solutio facta sit, neque repetitionem, postquam solutio facta est, *l. præcedente*, §. *Fabius*, *hoc tit.* Tertius effectus pertinet ad obligationem civilem, quæ ex parte rei habet auxilium exceptionis, veluti Trebelliani & Vellejani. Et primus effectus hic est, ut aditio hereditatis aliquando jure confundat obligationem: jure, id est, civili jure, *l. ubicunque, de fidejussorib. l. fundum Cornel. de novat.* Sane si debitor creditoris, vel creditor debitoris hereditatem adierit, jure civili fit confusio totius obligationis, quia in eandem personam jus debiti & jus crediti confunditur. Confusio est concursus debiti & crediti in eandem personam, ex quo sequitur interitus utriusque, quia idem homo non potest esse actor & reus, creditor & debitor, & ita quia ea confusio pro solutione est, hereditas ipsa heredi, vel heres hereditati protinus in articulo ipso aditionis, id quod debet, videtur exsolvere, *l. si ei cui*, §. *ult. de evict. l. debitori, l. Granius, de fidejuss. l. si id quod, de liber. leg.* Et is quidem primus effectus satis patet. Secundus effectus hic est, ut aditio hereditatis aliquando pro solutione cedat. Dices statim: hic effectus videtur idem esse cum superiori: nam & confusio pro solutione cedit: dicam confusionem pro solutione esse, quanquam id non sit per omnia verum, ut constat ex his, quæ notantur in *l. quæ dotis, sol. mat. 7. ad Afric.* Contra, quodcunque est pro solutione, non esse confusionem, ut compensatio & depositio pecuniæ & obsignatio, nec tamen est confusio. Et ita in hoc secundo effectu aditionis hereditatis, aditio hereditatis pro solutione est, nec tamen est confusio. Est enim hic casus de naturali obligatione, quæ proprie non est obligatio, cum petitionem, actionem non habeat. Non potest autem fieri confusio jure civili obligationis, quæ civilis non est, id est, quæ non valet ad agendum. Et ut id intelligatur, sciendum est (quo exemplo utitur Papinianus) pupillum accipiendo mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, neque civiliter, neque naturaliter obligari, videlicet si ex ea pecunia locupletior non sit factus. Et ita accipienda *l. pupillus, de obligat. & act. l. quod pupillus, de cond. indeb.* Sed si ex ea pecunia factus sit locupletior, naturaliter obligatur, quia natura æquum est, ne quis alieno detrimento suas augeat commoditates, *l. naturaliter*, §. *ult. de condict. indeb. l. cum illud*, §. *heres, quando dies leg. ced.* si secundum Florentinam scripturam, legamus, *accepisset locupletior*, ubi tamen ex priori dictione repetita syllaba legendum est, *& accepisset & locupletior factus esset*: hæc omnia fusius tractantur in *tit. ult. lib. 3. Inst.* Et ex hac naturali obligatione, cum pupillus factus est locupletior; ante constitutionem D. Pii nulla dabatur actio in pupillum, sed nec pupillo dabatur repetitio si solvisset. Hoc est commune omnium obligationum naturalium, ut ex his nec sit petitio, nec repetitio, petitio non soluti, repetitio soluti, *d. §. Fabius, l. 1. §. id quod natura, ad l. Falcid. l. fidejuss. §. fidejussor, l. quod enim, l. heres, §. servo, de fidejuss.* Hodie autem ex constitutione D. Pii in pupillum datur actio utilis, quia deficit directa, propterea quod non solet obligatio naturalis parere actionem, & datur utilis, quatenus locupletior factus est, *l. pupillus, de auctor. tut. l. 3. commod. l. 3. §. pupillus, de negot. gest.* Quibus præmissis finge: Quidam pupillo credidit pecuniam sine tutoris auctoritate, & inde pupillus aliquantulum locupletior factus est. Id autem constitutione D. Pii creditor a pupillo nulla actione *consequeretur*: sic recte scriptum in Florentinis, non, *consequetur*: sed si & creditori solvisset; solutum non repetisset, quia id naturaliter debet. Porro idem ille creditor adiit hereditatem pupilli: aditio non confundit obligationem, quæ civilis nulla fuit ante constitutionem D. Pii, sed ea aditio pro solutione habetur, ac si pupillus ipse solvisset, quia hereditas videtur heredi solvere quod pupillus debuit naturaliter. Et ideo in ponenda ratione legis Falcid. in qua constat, heredem deducere bonis, quod sibi defunctus debuit, vel jure civili vel naturali, *l. 1. §. si debitor, ad l. Falcid. l. 6. & 8. C. eod. tit.* in ponenda, inquam, ratione legis Falcidiæ, & ineunda ratione bonorum & legatorum, heres in hac specie, qui creditor fuit defuncti, id est, quanto locupletior factus est pupillus, retinebit ex hereditate & deducet, quoniam debiti naturaliter est retentio: non est quidem petitio, sed nec repetitio, ne in hoc quidem casu. Denique heres creditum suum, id est, quanto locupletior factus est pupillus, retinebit *in solutum*: malo legere *in solutum*, quam *in solidum*. Nam & hic non proponitur de solida pecunia pupillus locupletior factus. Et congruit hæc lectio propositioni, ut aditio cedat in solutum, & est frequens ista μετάθεσις, *solidum*, vel *solutum*, ut in *l. ult. de dist. pig. l. filio, ad leg. Falcid.* Hodie ex constitutione D. Pii, ea aditio confunderet obligationem, quia ex ea constitutione veluti civiliter pupillus obligatur, cum teneatur utili actione, quatenus est locupletior: sed Papin. respicit ad id juris, quod fuit ante constitutionem Divi Pii, secundum quod aditio potuit esse pro solutione, non pro confusione: hodie & pro confusione, quia introduxit D. Pius quasi civilem actionem prodita utili. Et ita in eadem quæstione respicit Papin. etiam ad id juris, quod fuit ante eam constitutionem, *l. cum illud, §. heres, quando dies leg. ced.* Et Scævola in *l. cum pupillus* 127. *de verb. obligat.* uterque tractantes jus vetus ut novum, ut Plinius in epistolis scribit, Aristoni semper fuisse curæ, sic antiqua jura, ut recentia tractare, & ait Papinian. *non enim quanto locupletior, &c.* Nulla scilicet actione id consequeretur ante constitutionem D. Pii, & ideo nulla esset obligatio civilis, quæ confunderetur, nec aditio confusionem faceret: & sequitur, *sed in solutum*, id est, aditio vim solutionis habet. Primo casu habet vim confusionis, secundo vim solutionis tantum. Tertius effectus hic est, ut aditio hereditatis aliquando confirmet inanem obligationem. Inanis est, quæ perimitur exceptione, quæ sine re & effectu est, cui opponitur efficax in *l. ordinata, de liber. causa*. Et aliquando, quæ est inanis, dicitur efficax, ut Inst. §. 1. *de except.* quia efficax est origine, non effectu, exitu, eventu; si allegetur exceptio quæ competit, quia eludi potest. Sed ut utamur exemplis Papiniani duobus, quibus utitur, inanis est obligatio heredis, quia restituit fideicommissario hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, quia perimitur exceptione hereditatis restitutæ, exceptione Trebell. *l. 28. de judic. l. 1. §. quanquam, l. ita tamen, §. qui ex Trebell. ad Trebellian.* Et tamen si postea heres adierit hereditatem fideicommissarii, qui restituerat priorem, a qua retinet nomen heredis, quæ fuit inanis obligatio, redditur utilis & efficax, amissa exceptione Trebelliana: neque enim ei competit cum successerit fideicommissario Trebell. in quem efficaces actiones transierunt per restitutionem: & similiter obligatio mulieris, quæ intercessit pro alio, inanis est, *l. quamvis, §. Marcellus, ad Vellejan.* quia perimitur exceptione Vellejani. Et ne dicas, ut Accurs. eam obligationem non approbari Senatusconsulto, sed dicas penitus reprobari, *l. si mulier contra, §. ult. ad Vellejan.* Et tamen si mulier hereditatem ejus adierit, pro quo intercessit, tum firma fit obligatio mulieris, amisso remedio exceptionis, per aditionem hereditatis: quia, ut ait Papinian. *inconditum est subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur*. Suo nomine tenetur, quæ adiit hereditatem debitoris, *l. si quid possessor, de petit. hered.* Senatusconsultum Vellejanum opitulatur mulieri, quæ alieno nomine periclitatur, ne suam pecuniam perdat: *inconditum*, est indecens, *de mauvaise grace*, ineptum, incivile, ἄκοσμον, ut *inconditi versus*, Livius *lib. 4.* qui Homero ἔπεα ἄκοσμα. Senecæ 2. *de benef. incondita carmina*. Ergo obligationes, quæ propriis viribus non consistunt, quæ eluduntur exceptionibus, neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur, ut dixit Papinian. *sup. libro, l. obligationes, de oblig. & act.* quæ meo judicio meave suspicione debetur huic libro. Confunduntur tamen illæ obligationes aditio-

aditione hereditatis: quia nova eis accedit causa, novæ rationes & inexpugnabiles, novum robur, successio in locum ejus, qui efficaciter tenebatur, & quasi novæ obligationis jure. Itaque in hac quæstione nihil refert expromiserit mulier, quod fit per novationem, an fidejusserit, vel alio modo intercesserit pro alio: expromissio, quæ inanis fuit, aditione confirmatur, quia licet cum muliere experiri directa actione ex stipulatu ipsius mulieris, vel utili, id est restitutoria, qua defunctus efficaciter teneatur. Quid enim mulieris interest, qua actione conveniatur? Et ita elegantissime est scriptum in *l. quamvis, §. mulier, ad Vellejan.* Et notandum hodie, plane nihil interfuisse (quia sunt omnia judicia extraordinaria) in quibus, ut ait lex *actio, de negot. gest.* conceptio formularum non observatur, id est, non venit in disquisitionem, & ad *d. l. actio* nulla est lex, quæ pertineat proprie, quam *d. §. si mulieri*: quod notandum. Denique utilis actio non tollit directam; quandoque licet hac, vel illa cum muliere experiri, quamvis utilis actio utique fuerit major, id est, efficacior. Et similiter fidejussio mulieris, quæ inanis fuit, aditione confirmatur, & licet cum muliere experiri, vel ex causa fidejussionis, vel ex causa principali, ex qua defunctus tenebatur, quia in extraordinariis judiciis nihil interest, quo judicio agatur cum eo, a quo omnino habiturus est quod petit, vel alio judicio. Denique hodie principalis obligatio non tollit fidejussoriam, quamvis principalis utique sit major: major non tollit minorem, sed licet agere ex hac vel illa jure ordinario: major tollit minorem, si spectes formulas *l. debitori, de fidejuss. l. si duo, hoc tit.* Et vitiosa est igitur distinctio Accursii, inter promissionem mulieris, & aliam quamlibet intercessionem.

Ad §. Quod vulgo.

Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur: nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur: e contrario non potest dici, non tolli fidejussoris obligationem si debitor propriam & personalem habuit defensionem: Nam si minori 25. annis bona fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, & intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fidejussore; difficile est dicere, causam juris honorarii, quæ potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quæ principalis fuit, & cui fidejussoris accessit sine contemplatione juris prætorii: auxilium igitur restitutionis fidejussori, quia adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit.

Paragraphus *quod vulgo*, (*) pertinet etiam ad effectus obligationis naturalis, & potest ex eo constitui quartus effectus: Namque docet aditione hereditatis fidejussoriam obligationem confundi & tolli hereditaria manente, si fidejussor debitori heres exstiterit, quia scilicet major & plenior obligatio tollit minorem, minor majori cedit loco, ut in *l. 5. l. debitori, de fidejuss. sup. l. fidejussoris, C. eod. tit. l. si duo, hoc tit. l. debitor, de separat.* Hereditaria autem obligatio est major & plenior, quia est principalis. Si igitur recidat in eandem personam obligatio principalis & fidejussoria, prævalet major, & fidejussoria pro nulla habetur: Nam & qui principalis reus, ipse pro se fidejussor esse non potest. Denique superveniens principalis absumit fidejussoriam jure ordinario. Ait enim §. *hoc vulgo jactari*, id est, esse regulam juris ordinarii: quod vulgo dicitur vel jactatur, jus ordinarium est. Titulus omnis de regulis juris, est de jure ordinario & summo, non de extraordinario aut mitiori: quod vulgo jactatur, ut Græci, τὸ κοινῶς λεγόμενον, quod ordinarium est. Hodie si de jure extraordinario disputas, nihil refert, etiamsi in hac specie, cum fidejussore, qui debitori heres exstitit, agatur ex causa fidejussoria: quid enim interest qua ex causa agatur, ut in *l. quamvis, §. si mulier, ad Vellejan.* quem locum velim vos memoriæ figere. Conclusio hæc sit juris ordinarii: aditione hereditatis fidejussoria obligatio tollitur, principalis manet. Et notandum quod in §. hoc docet, hanc regulam ita veram esse, si utraque obligatio principalis & fidejussoria sit civilis & efficax: nam si principalis sit naturalis tantum, fidejussoria civilis, & fidejussor reo principali heres exstiterit, neutra tollitur vel consumitur, neutra cedit alteri, neutra se plus efferre altera potest, quasi potiorem vel pleniorem: principalis non est major, cum non sit πρωτότυπος; cum non pariat actionem: neque fidejussoria etiam est major, cum non sit principalis. Et licet exemplum ponere in pupillo, qui mutuam pecuniam accepit sine tutoris auctoritate, & ex ea locupletior factus est, videlicet secundum jus, quod obtinuit ante constitutionem D. Pii: Nam si fidejussor pupillo heres exstiterit, potest conveniri, vel ex principali causa, vel ex fidejussoria, quia neutra tollitur: sed post constitutionem Divi Pii ex fidejussoria tantum, quia ea pupilli obligatio facta est per eam constitutionem veluti civilis, prodita actione in pupillum: & licet etiam aliud exemplum ponere ex *l. heres, §. servo, de fidejuss.* in servo. Servus mutuam pecuniam accepit, & fidejussorem dedit liberum hominem: servus obligatur naturaliter tantum, cum in eum non cadat actio: fidejussor autem civiliter obligatur, & post servi manumissionem, si fidejussor manumisso heres exstiterit, neutra obligatio consumitur, *d. §. servo*. Et hoc voluit docere Papinian. in priori parte hujus §. nec est, quod pluribus explicemus, quam depravate sit scriptus. *Nam si reus duntaxat fuit obligagus, fidejussor*, &c. si reus fuit obligatus tantum, ergo non fidejussor. Et menda est evidentissima, quam sustulisse de his libris satis est, & ut jamdiu ostendi ex Basil. constat ita legendum: *Nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur*, & verba Basil. hæc sunt, εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἠνείχετο, οὐκ ἀπολλύται ἡ ἐγγύη. *Nam si reus*, inquit, *duntaxat natura obligatus sit, non liberatur fidejussor*: quo sunt obscuriora scripta Papiniani eo mendosiora ad nos pervenerunt. E contrario ut subjicit, si reus fuit etiam civiliter obligatus, aditione hereditatis fidejussor liberabitur, quia plenior obligatio extinguit minorem, quod Papinian. subjicit verum esse, scil. si fuerit obligatio principalis civilis & efficax: In ipso concursu, cum perimat fidejussoriam, id esse verum, etiamsi reus principalis proprium & personale habuerit beneficium restitutionis in integrum: verbi gratia, beneficio ætatis, quo eximeretur ab ea obligatione civili: proprium hoc est beneficium personæ, nec commune cum fidejussore ejus majore annis xxv. quod tamen beneficium transmittitur in heredem adolescentis, *l. non solum, de restit. in integr. l. minor, de minorib. l. 2. & 4. C. de tempor. in integ. rest.* Eo igitur casu obligatio principalis est plena, efficax, sed rescindi potest per restitutionem beneficio ætatis rei: nec ideo minus est plena, quod potuit reo vel heredi ejus tribui auxilium restitutionis beneficio prætoris, quia beneficium illud non cohæret rei & obligationi, sed personæ: & extrinsecus adsumitur, & incertum est, ut ait lex *si Titius, de fidejuss.* Datur enim a prætore causa cognita: forte id dabit prætor, forte denegabit, obligatio per se consideranda est, insuperhabita spe restitutionis, quæ nihil adhæret obligationi. Finge igitur minorem xxv. annis, mutuam pecuniam accepisse: obligatur civiliter, & pleno jure, etiamsi mox eam pecuniam perdiderit, nec sit ex ea locupletior factus, dummodo ei adolescenti credita sit bona fide, ut dicit Papinianus: hoc cur dixit, Accursius non intellexit. Sed hoc ideo dicit rectissime, quia qui bona fide credit pecuniam adolescenti, ignorans scilicet, adolescentem mox eam perditurum, retinet jus crediti: sed qui sciens forte luxurioso adolescenti, quasi perdituro, & mox scorto daturo pecuniam credidit, jus crediti non habet, nec adolescens, nec fidejussor adolescentis ullo modo obligatur, *l. si vero non remunerandi, §. si* adole-

---

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 23.*

adolescens, *mand. l. quod si minor*, §. *restitutio*, *de minorib. l. si quis eum*, *pro empt.* quia non debuit creditor sciens prudens in eam rem adolescenti credere, non debuit in societatem venire turpis consilii. Et eleganter Seneca *libro de beneficiis: pecuniam non dabo, quam numeraturum adulteræ sciam, ne in societate turpis facti aut consilii inveniar.* Et Nicolaus quoque in libro quem edidit de legibus & moribus variarum gentium apud Stobæum hanc legem retulit his verbis, ἐὰν δέ τις ἀσώτῳ, &c. *Si quis deprehendatur pecuniam luxurioso credidisse, creditum amittit.* Ergo minor xxv. annis, qui pecuniam mutuam accepit, & mox abligurierit, nihilominus creditori tenetur, si modo creditor ei bona fide credidit, non si sciens, quam in rem rogaret adolescens. Finge igitur, minorem xxv. annis mutuam accepisse pecuniam, numeratam bona fide, & fidejussorem dedisse, & mox eam pecuniam perdidisse: obligatur civiliter, sed potest restitui in integrum, quod lapsus sit lubrico juventæ. Verum antequam restitueretur in integrum, mortuus est fidejussore herede relicto. Atque ita idem est & principalis & fidejussor. Re tamen vera fidejussor liberatur ex causa fidejussionis, & tenetur tantum ex causa principali, nec causa restitutionis in integrum, quæ tribui potuit reo, vel heredi ejus: ea, inquam, causa non retinet obligationem fidejussoris ne pereat quasi ob eam rem principalis non sit major, aut censeatur minor, quod possit rescindi, quia ea causa restitutionis in integrum fuit personalis, non realis, & sine ejus contemplatione ei fidejussor accessit. Nec igitur contemplanda est, sive respicienda causa illa restitutionis in integrum, quæ contingere potest. Itaque nihil plane eam causam extraordinariam & incertam, & rei non cohærentem contractus jure spectabimus, sed perinde ac si non esset, aut esse posset, rem æstimabimus, & dicemus, fidejussorem, quia adolescenti heres exstitit, jam non teneri ut fidejussorem, sed ut principalem, quia major obligatio absumpsit minorem, & consequenter eum, quasi principalem posse implorare auxilium restitutionis intra annum utilem, vel hodie ex constitutione Justiniani, intra quadriennium continuum, quod auxilium non haberet, si ex causa fidejussoria conveniretur: sed utitur eo, quia ex principali tantum causa convenitur. Sed nonne iniquum est, rationem juris, quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat, *l. debitor*, *de separat.* Sed hoc ita si liberato minore, liberetur & fidejussor, ut in *l. in causæ*, *D. de minor.* Et in hac parte inhæret labes illo loco, *quæ principalis fuit*: quæ causa, restitutionis in integrum scilicet, principalis fuit, personalis fuit, hoc sensu: causa illa extraordinaria cohæret personæ adolescentis obligati, nec ob eam obligationem principalis fuit minor: hæc sunt certissima. Obligationem igitur, cujus restitutionis causa scilicet personalis fuit, & cui fidejussor accessit etiam sine contemplatione ejus, fidejussor absolvitur; ait *l. accessit*: accessio enim est fidejussio, *l. si servum*, §. *nunc videamus*, *de verbor. obligat.*

Ad §. Naturalis.

Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando, ipso jure tollitur, quod vinculum æquitatis, quo solo substinebatur, conventionis æquitate dissolvitur: ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

EX hoc §. intelligemus quæ sit naturalis obligatio, & quibus modis tollatur ipso jure. Ergo naturalis obligatio est, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur, & sola ratione naturali, solo jure naturali, non jure civili: quid est obligatio civilis? vinculum juris civilis, quod nos necessitate solvendi adstringit. Obligatio naturalis est vinculum juris naturalis quod nos necessitate solvendi non adstringit: non est proprie obligatio, cui non est adjuncta necessitas. Ergo naturalis obligatio, proprie non est obligatio; aut brevius: obligatio naturalis est so-
A
lius æquitatis vinculum: si velis dilatare, sine ullo auxilio juris civilis. Et utitur exemplo pupilli contrahentis sine tutoris auctoritate, & qui ex eo factus est locupletior; qua ex causa pupillum teneri natura æquum est, ne cum alieno detrimento locupletetur; sed non obligatur jure civili ante constitutionem Divi Pii. Ergo naturaliter tantum obligatur. Et servi quoque fere ex omnibus causis naturaliter obligantur, & filiusfamilias patri, in cujus est potestate, pater filiofamilias, frater fratri, si ambo sint in ejusdem potestate: & ex pactis naturaliter obligamur, non civiliter, ex pacto enim nulla nascitur civilis obligatio, ac proinde nec actio, *l. Imperator*, §. *in his*, *de solut.* Ex contractibus etiam civiliter obligamur. Ex pactis non datur actio, ex contractibus datur. Contractus est conventio, ex qua datur
B
actio. Pactum est conventio ex qua difficile est dare actionem, datur namque nonnunquam: contractus & pacta sunt sub eodem genere conventionis, & contraria invicem. Si quæras quid sit pacto contrarium, nullum aliud contrarium invenies quam contractum, vel si quæras quid sit contractui contrarium, utique pactum invenies. Et nonnulla alia exempla sunt in jure naturalis obligationis, quæ prætermittimus consulto. Videamus, qui finis est hujus §. quibus modis ipso jure tollatur naturalis obligatio. Hic titulus est de tollendis obligationibus, non civilibus tantum, sed etiam naturalibus. Porro naturalis obligatio tollitur multo pluribus modis, quam civilis. Et primum quibus modis ipso jure tollitur civilis, eodem tollitur & naturalis obligatio. Certi sunt modi, quibus ipso jure tollitur obliga-
C
tio civilis, qui enumerantur in titulo *quibus modis toll. oblig. Institut.* nec alium his possis addere modum: certis tantum modis tollitur obligatio civilis, non quibuscunque, *l. obligationum fere*, §. 2. *de oblig. & act.* naturalis & aliis quibuscunque propemodum. Porro civiles modi, quibus tollitur civilis, sunt solutio, acceptilatio, novatio: & contrarius consensus, si consensu solo contracta sit civilis obligatio, ut in emptione, venditione, locatione, conductione. Ergo his etiam modis ipso jure tollitur naturalis obligatio. Solutione ejus quod debetur tollitur omnis obligatio, tota, *l. si unus*, §. *sed si stipulatus*, *de pact.* id est, etiam naturalis: qui totum dicit, etiam vinculum naturale comprehendit, & ita in *l. si debitori*, *de fidejuss.* deportatione exstingui totam obligationem, *& l. si mulier, in fin. ad Vellej.* Senatusconsultum Vellejanum
D
improbare totam obligationem, id est expugnare etiam naturalem. Igitur solutione tollitur etiam naturalis obligatio *pecuniæ numeratione*, id est, solutione. Numeratio non tantum creditum, sed solutum significat, ut in *l. 3.* §. *debitor*, *de transaction. l. 1. qui potior. in pignor. & l. 1. de non numer. pecu.* Et recte Accursius numeratione, inquit, id est solutione. Imo non tantum solutione illa naturali tollitur naturalis, sed etiam acceptilatione, quæ est imaginaria solutio, ut est in *Institut. eod. tit.* & quocunque alio modo, qui pro solutione cedat, ut aditione hereditatis, si debitor creditori heres exstiterit, etiam naturalis obligatio perimitur, *l. heres*, §. *quod si stipulator*, *de fidejuss.* quia scilicet ipse creditor sibi solvisse intelligitur adeundo hereditatem non imparem credito, adeo ut fidejussor liberetur, *l. Granius*, *de fide-*
E
juss. qui utique non liberatur, si remanet naturalis obligatio: nam vel sola naturalis retinet fidejussoriam, ut & pigneratitiam & constitutoriam, id est, constitutæ pecuniæ. Satis namque est, vel natura deberi, ut & hæ accessiones locum habeant, *l. ubicunque*, *de fidejuss.* Ergo naturalis obligatio tollitur etiam novatione & contrario consensu, §. *ult. hujus legis*. Obligatio civilis, quæ & eadem naturalis est, non naturalis tantum, aut contrahitur re, aut verbis, aut consensu: contracta verbis, verbis solvitur, veluti acceptilatione, re contracta re solvitur; contracta numeratione solvitur numeratione, consensu contracta contrario dissolvitur, re integra scilicet, nam si res non sit integra, rem retroagi, vel retractari oportet, si velint con-

trahen-

trahentes ab eo negotio discedere. Ideoque si perfecta A venditione, & emptione re integra, nondum re tradita, vel numerato pretio, inter emptorem & venditorem convenerit, ut discederetur ab emptione, tota obligatio solvitur; consequenter fidejussor liberatur, & ita in hoc §. *ult.* ait, fidejussorem liberari contrario consensu: & est argumentum certissimum exstinctæ totius obligationis. In summa quibus modis tollitur obligatio civilis ipso jure, iisdem & naturalis. Sed addamus aliis etiam modis, ipso jure tolli naturalem obligationem, quibus civilis non tollitur ipso jure, sed per exceptionem tantum. Ecce pacto obligatio naturalis ipso jure tollitur, non civilis; denique tota obligatio pacto non tollitur, quia manet civilis: certis modis tollitur civilis, extra quos est pactum conventum. At naturalis etiam pacto convento ipso jure perimitur, si convenerit nihil dari. Et inquit Papi- B nianus, *pacto justo*, quo verbo non significatur pactum non nudum. Nullum enim est pactum non nudum. Nihil refert dixeris: *pactum conventum*, an *pactum*, & *conventum*, an *pactionem*: omnis pactio, omne pactum etiam legitimum nudum est, & quod hic justum dicitur, & ipsum nudum est, *nudum*, dicitur, non πρὸς διαστολὴν, non quod aliud sit vestitum, sed κατ᾽ ἐξαίρετον, quod sola æquitate conventionis consistit, sine adminiculo juris Romani: civis Romanus ex pacto non obligatur efficaciter, sed ex contractu jure gentium & civili recepto. Sed *justum pactum* dicitur id, quod nititur æquitate conventionis, quod non est contra leges, vel bonos mores, ut in *l. epistola*, §. 1. *de pactis*: quod solum prætor se servaturum pollicetur in edicto, *pacta quæ neque contra leges*, &c. *id est*, pacta justa non abhorrentia ab æquitate naturali nec contra le- C ges. Et *servabo* datis exceptionibus tantum, non datis actionibus, quoniam ex pactis non est obligatio civilis sed naturalis tantum, ac proinde nec actio. Igitur injustum pactum non servat prætor. Injustum pactum non tollit naturalem obligationem, *l. jurisgentium*, §. *prætor*, *de pact. l. pacta*, *l. pen. C. eod.* Et ne circumscribamur, ne dixerimus unquam, idem esse pactum legitimum & justum: magna est differentia. Justum est, quod consentit cum æquitate naturali. Legitimum est, quod nominatim legis potestate confirmatur, ut pactum de furtis & injuriis lege duodecim tabul. *l. legitima*, *de pact.* Legitimum pactum parit, & perimit actionem ipso jure. Justum, quod etiam non est legitimum, non lege certa confirmatur, neque parit, neque perimit actionem ipso jure: prætor tuetur non legitimum pactum data exce- D ptione: non justum, non tuetur, non servat. Et ita non male Apulejus in Apol. 2. differentiam facit inter justum & legitimum heredem, quia potest esse defuncto quis legitimus heres, veluti proximus agnatus, sed non justus, tanquam ingratus, indignus: *sciebat*, inquit, *intestati pueri se legitimum potius, quam justum heredem futurum*. Igitur justo pacto ipso jure tollitur obligatio naturalis, id est, æquitate conventionis tollitur vinculum æquitatis, ut ait Papinianus: quibus verbis demonstrat: quid justi nomine significet: denique jure naturali, jus naturale tollitur, æquitas æquitate, & prout quæque constitit obligatio, ita dissolvitur, *l. prout*, *hoc tit.* Si consensu sit contracta, consensu tollitur: ut stipulatio acceptilatione: si æquitate, æquitate: & hujus rei argumentum est, quod si quis solverit, quod natura debuit E per ignorantiam, cui vel ipse, vel is, qui heres exstitit, pepigisset cum creditore de non petenda pecunia, habet condictionem soluti indebiti, quam non haberet, si post pactionem superesset naturalis obligatio: nec enim condicitur, quod vel natura debetur, sed id tantum, quod nec jure naturali debetur: ex quo apparet, pacto solvi vinculum naturæ, *l. si non sortem*, §. *libertus*, *l. si quis indebit. de condict. indeb. l. ult. de jurejur.* Objicit Accurs. *l. si unus*, §. *pactus*, *de pact.* Ex qua efficit, naturalem obligationem ipso jure pacto non tolli: nam ait aperte is §. pactum prius, quod fuit de non petenda pecunia, non tolli posteriore ipso jure, quod est de petenda pecunia, sed per replicationem. Atqui prius pactum pepererat naturalem obligationem: nam ex pacto illo de non petenda pecunia, obligatus erat creditor ad liberandum reum. Et hoc fatemur facile, ex priori pacto ortam naturalem obligationem, & tamen text. ait, eam naturalem obligationem ipso jure, non tolli posteriore. Sed nihil est facilius. In §. *pactus*, agitur de jure civili, & prætorio: in hoc §. *naturalis*, de jure naturali. Jure civili est necessaria exceptio vel replicatio: jure naturali, non est necessaria, sed ipso jure, ἰδίῳ δικαίῳ, ut Græci hoc loco ajunt, per se naturalis obligatio pacto perimitur. Exceptio autem ex priori pacto quæsita jure prætorio non perimitur ipso jure, sed per replicationem pacti posterioris. Etiam illud adjicitur hoc §. jurejurando tolli naturalem obligationem, quod est certum, *l. si quis juravit*, *de condict. indeb.* ut si pupillus juraverit se dare non oportere, vel se non accepisse pecuniam: nec enim interest cujus ætatis sit qui juraverit, sed omnimodo custodiri debet jusjurandum, & contentus eo esse debet creditor, qui id detulit pupillo, *l. qui jurasse*, *de jurejur.* Denique jusjurandum cujuscunque tollit naturalem obligationem. Nam maxime si delatum sit ab adversario, pro pactione, vel transactione cedit, *l. 2. l. liber*, *l. tutor*, §. 1. *l. si servus*, *de jurejur.* Imo & pro solutione, & in locum solutionis succedit *l. jusjurandum & l. seq.* §. 1. Ex quo intelligitur, quodcunque est pro solutione, veluti jusjurandum, & pactum quod & pro solutione est, qualitercunque tollere naturalem obligationem, non etiam civilem: nam omne quod pro solutione cedit, tollit civilem obligationem ipso jure, non jusjurandum. Denique non omnis imago solutionis tollit civilem, non jusjurandum: transactione tota obligatio perimitur, & de transactione locus est in *l. fidejussores*, *de fidejuss.* Ex quibus sequitur, quia pacto & jurejurando tollitur naturalis obligatio etiam ex istis causis, puta jurejurando fidejussorem pupilli liberari, cum tota obligatio exstincta sit.

Ad §. Quæsitum est.

Quæsitum est, an ita stipulari quis possit? Mihi aut filio meo decem dari? vel ita: mihi aut patri? sed non incommode potest adhiberi distinctio, ut filio quidem stipulante, patris tunc adjiciatur persona, cum stipulatio ei adquiri non possit: e contrario autem nihil prohibeat patre stipulante, filii personam adjici, cum totiens quod pater filio stipulatur, sibi stipulatus intelligitur, cum ipse sibi stipulatus non est: & in proposito manifestum est, non obligationis sed solutionis gratia, filii personam adjectam.

SEquitur alia quæstio de adjecto solutionis gratia: sic appellatur sæpissime in jure, quæ paulo inferius definietur. Sed repetendum ex regula juris, inutilem stipulationem esse, si quis extraneo stipuletur vel paciscatur, veluti Titio dare, quia nec per eum extraneæ personæ adquiri potest: nobis adquirimus, non aliis, quorum juri subjecti non sumus. Et nobis igitur stipulamur: nam stipulatio interponitur adquirendi causa, *l. inter* §. *alteri*, *de verb. oblig. l. quo tutela*, §. *ult. de reg. jur.* Ergo & si quis stipuletur conjunctim, *sibi & Titio dari*, pro parte Titii inutilis est stipulatio. Adjectio prorsus inutilis, *l. si mihi & Titio*, *& l. ult. in fine*, *de verb. oblig.* vel Titii adjectio pro supervacua habetur, & stipulatori tota stipulatio acquiritur, & nulla ex parte inutilis est, *l. proprium*, *comm. præd. l. fundus*, *de contr. empt.* Aut igitur cum stipulatus sum mihi & Titio, stipulatio est utilis pro parte tantum, aut in totum pro qualitate reorum, qui in stipulationem deducti sunt. Adjectio autem vel est inutilis vel supervacua: adjectio inutilis vitiat stipulationem pro parte, supervacua nihil vitiat stipulationem, quandoquidem habetur pro non scripta aut non expressa. Et hoc si quis stipuletur sibi & Titio. Quod si stipuletur sibi aut Titio, supervacua est adjectio Titii, quod ad obligationem attinet, quia non acquiritur Titio, nec id agitur, ut ei acquiratur, quando Titius in disjunctione ponitur. Utilis autem est adjectio Titii, quod attinet ad solutionem: Nam promissori

sori

sori liberum est vel stipulatori solvere vel Titio, etiam invito stipulatore secundum conceptionem stipulationis, non eo genere, mihi aut Titio. Titius adjicitur non obligationis gratia, ut & obligatio quæratur, quod fieri nequit, sed solutionis gratia, ut promissor vel Titio solvat, & utique Titio solvendo liberatur, etiamsi postea stipulator Titio solvi prohibuerit. Titius est velut procurator, ut accipiat pecuniam, sed eam procurationem non potest mutare stipulator, ne fraudem faciat promissori, cui initio stipulationis dedit arbitrium solvendi utri mallet, *l. 12. §. pen. l. aliud* 106. *hoc tit.* Atque ita eo casu evenit, ut stipulatio obliget ultro citroque non promissorem tantum, sed etiam stipulatorem, ut sit *δίπλευρος*, quæ solet esse *μονόπλευρος*: nam eo genere stipulator alligatur conditione stipulationis, ut vel Titio solvi possit quasi procuratori ejus initio contrahendæ stipulationis constituto, nec eam legem stipulationis immutare potest. Ergo si quis stipuletur sibi aut Titio, stipulatio tota ei adquiritur, Titio solvitur recte, etiam nolente stipulatore. Ipse stipulator est creditor, Titius est adjectus solutionis gratia, non crediti sive obligationis gratia. Denique extraneus est capax solutionis, non obligationis, id est, adjici potest solutionis, non obligationis gratia. Et hæc de extraneo, id est, de eo qui neque habet stipulatorem in potestate, neque ipse est in potestate stipulatoris. Sic extraneum accipere hic oportet. Nunc dicamus de eo, qui habet aut habetur in potestate stipulatoris: filiusfam, patri in cujus potestate est, si stipuletur, utilis stipulatio est, & adquiritur patri confestim, vel si quo casu non potuit adquiri patri veluti ex causa castrensis peculii aut quasi castrensis, inutilis est stipulatio perinde ac si filius non esset in ejus potestate. Et e contrario si pater stipuletur filiofam. sic ei acquiri potest perinde atque si sibi stipulatus esset: quia vox patris tanquam filii est, *§. ei vero, Instit. de inut. stip. l. 42. de dam. inf.* Igitur cum stipulatus est pater filio, si ei adquiri possit, adquiritur ei soli, non filio, licet filio stipulatus sit: filii est adquirere patri, non patris filio, *l. cum dos, de pact. dot.* Alioqui si stipulatio patri adquiri non potest, inutilis est, *l. dominus, l. quod dicitur, de ver. oblig.* Et hoc si filius patri vel pater filio stipulatus sit: quid si stipuler, mihi & patri dari? Hic etiam videndum patri possit adquiri, an non: non ex omni causa adquiritur patri, non omnis res per filium adquiritur patri multas excepit Justinianus. Et primum, si patri possit adquiri, supervacua est adjectio patris, quia eo quod ait, *mihi*, satis patri adquisivit, ac si dixisset tantum mihi. Ergo tota stipulatio utilis est, *l. sed si sibi, de stip. serv.* Aliter quam si extraneus *sibi & Titio* stipulatus esset certam summam, quia Titio adjectio inanis est: ergo stipulatio pro parte tantum utilis est. Et ita si patri non possit adquiri, cum mihi & patri stipulatus sum, inutilis est adjectio patris, stipulatio utilis pro parte. Et sic multum interest, an inutilis, an supervacua sit adjectio: inutilis partem vitiat stipulationis, supervacua nihil vitiat: & e contrario, si stipuler *mihi & filio*, tota stipulatio utilis est, & supervacua adjectio filii: nec distinguo, potuerit mihi adquiri necne, cum mihi stipulatus sum, nec id mihi obveniat per filium. Et hæc si stipuler *mihi & patri*, & contra, *mihi & filio*. Hinc quæritur, quid sit dicendum, si stipuler *mihi aut patri*, vel *mihi aut filio*, adjiciendo patrem vel filium solutionis gratia? Adjectio obligationis gratia fit per conjunctionem, *mihi & illi*, & est in extraneis inutilis, in his personis, patri sc. & filio, supervacua. Adjectio stipulationis gratia fit per disjunctionem; *mihi aut illi*: & in aliis personis est utilis, quod ad solutionem attinet. In his personis quæritur, sit utilis an supervacua, necne. Et Papin. hoc loco subtiliter advertit distinguendum, utrum stipuler *mihi aut patri*, an *mihi aut filio*. Si *mihi aut patri*, supervacua est adjectio patris, si patri potuit adquiri stipulatio, quia ei solvi potest, imo debet etiam non adjecto, nec inutilis est stipulatio, sed patri adquiritur in totum. Et alia est ratio *legis qui rem, §. si servus hoc tit.* quæ in contrarium adduci potest: nam loquitur de servo, cujus proprietas est unius, ususfr. alterius; hic servus ex re fructuarii fructuario adquirit, proprietario non potest ex re fructuarii adquirere. Nunc finge: hic servus ex re fructuarii stipulatus est disjunctim, *proprietario aut fructuario dari*, prorsus est inutilis stipulatio, quia ea non consistit in persona proprietarii, cum res ejus non fuerit, nec in persona fructuarii, cum in solutione ponatur per disjunctionem, non in obligatione, & per proprietarium fructuario non potest adquiri: & ubi deficit persona, in qua consistat obligatio, & deficit in qua consistat solutio, nec enim esse potest solutio sine obligatione, solutio, obligationis solutio est, *l. sed si sibi in fi. de stip. serv.* At in casu proposito, si stipuler *mihi aut patri*, obligatio consistit in persona mea, & patri confestim adquititur: non est igitur inutilis obligatio, si patri adquiri possit. Sed si pater non sit capax obligationis, veluti interposita stipulatione ex causa castrensi, utilis est adjectio patris, ut ei recte solvatur: nec enim patri non adjecto solveretur recte, quia ei non debetur. Contra quoque si stipuler *mihi aut filio*, utilis est adjectio filii. Nec aliter filio solveretur recte: nec hic distinguo, potuerit mihi adquiri stipulatio, an non: nam certum est, quod mihi stipulor, mihi adquiri, mihi obvenire per me, non per filium. Verum dices, quod monuit etiam Papinianus, videri supervacuam adjectionem filii, quia sibi stipulari intelligitur pater, qui filio stipulatur, *l. quod dicitur, de verb. obligat.* & sibi jam erat stipulatus pater: atque ita perinde videtur esse, ac si sibi stipulatus esset, non sibi aut filio, quod pro supervacuo haberetur. Sed respondet, eum qui *sibi aut filio* stipulatur, non stipulari filio, sed sibi tantum, & filium adjici tantum solutionis gratia, solutioni applicari, non obligationi. Et rursus, si stipularetur *sibi & filio*, supervacua esset adjectio filii. Sed hic non est stipulatus sibi & filio, sed sibi aut filio, quo modo persona filii solutioni applicatur, non obligationi: ergo non supervacua adjectio filii. Quamobrem quæ definitio maxime notanda est, non aliter quod filio stipulor, mihi videor stipulari, quam si & mihi non stipuler, *l. eum qui ita, §. qui sibi, de verb. oblig.* Quod si etiam mihi stipuler, aut supervacua est adjectio filii: puta, si mihi & filio, aut in persona filii consistit solutio, in mea persona obligatio, puta si stipuler mihi aut filio.

Ad §. Usumfructum mihi.

Usumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum. Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit, quia & sic stipulari possumus: mihi aut Titio cum capite minutus erit, dari: Nam si furiosi vel pupilli persona adjecta sit, ita tutori vel curatori pecunia recte dabitur, si conditionis quoque implendæ causa, recte pecunia tutori vel curatori datur. Quod quidem Labeo & Pegasus putaverunt utilitatis causa recipiendum. Idque ita recipi potest, si pecunia in rem, vel pupilli, vel furiosi versa sit: quomodo si domino jussus dare servo dedisset, ut domino daret: ceterum qui servo dare jussus est, domino dando non aliter implevisse conditionem intelligendus est, quam si ex voluntate servi dedit. Idem respondendum est in solutione si stipulato Sempronio sibi aut Sticho, Mævii servo decem dari, debitor Mævio domino pecuniam solverit.

DE adjecto solutionis gratia, alia quæstio est in hoc §. an alii, quam adjecto solvatur recte: adjectionem, quæ adhibetur solutionis gratia, personalem esse, adeo ut si stipuler *mihi aut Titio*, nec heredi solvi possit, *l. cum quis, de verb. oblig. l. 81. hoc tit.* Sicut legato relicto sub conditione, si legatarius Titio dederit 10. non implet conditionem, si dederit heredi Titii, *l. cum ita datur, de condit. & demonst.* quia utroque casu certa persona demonstratur. Ac propterea in ejus tantum persona solutio vel conditio impleri potest: jus transmittimus in heredem nostrum, factum non transmittimus, & eo genere stipulationis mihi aut Titio, factum confertur in Titii personam, non jus, solutio est facti, *l. consilio, §. 1. de curat. fur.* Et acceptio igitur: maxime si non creditor accipiat: in his quæ sunt juris, eadem est persona heredis & defuncti, non in his, quæ sunt facti: ac proinde procuratio alieni negotii,

quæ

quæ facti est, finitur morte procuratoris, & adjectio illa tanquam procuratio est: non solvitur etiam recte domino servi adjecti, vel patri filii adjecti solutionis gratia, non obligationis, *l. 9. h. tit.* Sicut ut eadem stipulatione utamur legato relicto sub conditione, si dederit 10. Pamphilo, non implet conditionem dando domino vel patri Pamphili, quia ea, quæ sunt facti, non transeunt ad patrem vel dominum, *l. qui heredi, de condit. & demonstr. l. quod dicitur, de verb. oblig.* Ergo domino vel patri ejus, in quem collata est conditio vel solutio, non solvitur recte, nisi ex voluntate ejus, in quem collata est conditio vel solutio, quia ut qui mandat solvi, ipse solvere videtur, *l. qui mandat. h. tit.* ita qui mandat acci, accipere videtur, & e contrario si in personam domini collata sit conditio vel solutio, non recte datur servo ejus, nisi consenserit dominus, *d. l. qui heredi*. Sed addenda alia exceptio ex hoc §. vel nisi detur aut solvatur servo ejus, ita ut verterit in rem ejus, quia pro eo est, ac si domino datum esset in manum, cum datum servo ejus mox sit versum in rem ejus: ut autem solvere est facti, ita dare, cum eligitur certa persona cui detur, & nonnunquam ei etiam dari sufficit, qui est positus in conditione quocunque modo sine effectu juris, sine effectu dominii transferendi, *l. Mævius, de condit. & demonstrat.* cum tamen alias verbum *dare*, juris sit, non facti: sed & hoc tantum interest, quod in solutione pupillo, qui adjectus est, solvi potest sine tutoris auctoritate, *l. 11. h. tit.* quia talis est lex stipulationis, cui se uterque subjecit. In conditione autem posito pupillo, veluti relicto legato Titio sub conditione si decem dederit pupillo, ei non potest dari sine tutoris auctoritate, ne fiat contra providentiam testatoris, qui pupillo consulere voluit, & qui confestim forsitan eam pecuniam perditum iret, nisi accederet tutor, *l. 68. h. t.* Illud nunc generaliter tenendum est, cui recte datur conditionis implendæ causa, ei etiam recte solvi, quod positum est in adjectione stipulationis, non alii personæ: nam & adjectio, quæ adhibetur solutionis gratia, est personalis, & conditio dandi certæ personæ legatario vel fideicommissario, est etiam personalis, ut in cujus persona hæc impleri potest, vel non impleri potest pari ratione impleri quoque illa possunt, vel non possunt. Et hac comparatione plerunque utitur Pap. in hoc §. Igitur sicuti heredi, domino, patri, servo, filio ejus, in cujus persona implenda est conditio legati, non recte datur, ita etiam non solvitur recte heredi, domino, patri, servo, filio adjecti in stipulatione solutionis non obligationis gratia. Et his consequenter ponitur, legato relicto sub conditione dandi Titio, non posse dari Titio postea capite deminuto, quia etsi Titius adjectus sit solutionis gratia, in stipulatione disjunctiva, ei non potest solvi post stipulationem capite minuto, *l. cum quis, h. t.* nimirum, quia capitis deminutione fit alia persona quam fuerit antea, vel ex libero servus, vel ex cive peregrinus, vel alieni juris, qui fuit sui, vel sui, qui fuit alieni: capitis minutio est mutatio sive creatio novæ personæ: adjectionis igitur utilitas, quæ personæ cohæret, finitur capitis deminutione adjecti, sicut procuratio capitis deminutione procuratoris, adjectus tanquam procurator est, tanquam procurator constitutus ad accipiendam pecuniam. Cui sententiæ objicitur quod est in principio hujus §. & in eo laborant interpretes: Nam si stipulatus sim mihi aut Titio usumfructum, Papin. ait: Titio solvi posse capite minuto. Sed ut ostendam, in utraque *l. cum quis, h. t. & l. cum quis, de oblig. & act.* & utrumque velim studiosa lectione recoli, non loquitur Papinianus de adjecto capite minuto post stipulationem, sed de capite minuto tempore stipulationis, veluti deportato aut emancipato nuper, cujus persona adjici potuit, quia nihil refert, cujus status sit adjectus, cujus conditionis, sexus, ætatis, quando res ita agitur ex conventione utriusque partis. Et hanc fuisse mentem Papin. sequens oratio ostendit, *quia etsi stipulari possum, &c.* Sic ratiocinatur, si quis adjici potest solutioni in eum casum, quo capite minutus erit, *Quand il changera d'estat.*

Et adjici igitur potest capite minutus jam. Et ponit speciem Papin. in usufr. non quod aliud sit in proprietate observandum, sed quod major sit dubitatio in usuf. cujus maxime proprium est interire capitis minutione, non tantum jus ipsum utendi fruendi, sed etiam obligatio & actio, *l. 1. quibus mod. ususf. amit.* Et si obligatio, & solutio igitur: nam quod corrumpit obligationem, & solutionem igitur: *l. cum enim, de stip. serv.* Sed placet usumfr. ab initio recte constitui in personam capite deminuti, veluti deportati, vel in casum, quo capite deminutus erit, ut diximus *l. 2. quib. mod. ususf. amit.* At semel constitutus ususf. post finitur capitis deminutione fructuarii: non præsens capitis deminutio obstat obligationi, sed superveniens, constituto jam usufr. Et ita superveniente capitis deminutione adjecti præsentem capitis deminutionem nihil officere adjectioni, non etiam negavit superveniente capitis deminutione exstingui usumf. quod confirmatur *l. eum qui ita, §. qui sibi. de verb. obl.* Recte solutioni adjici filium emancipatum, mihi aut filio meo emancipato. Et tamen si stipuler mihi aut filio existenti in potestate mea, emancipato postea filio meo, adjectio dissolvitur, quia emancipatio mutavit personam. Verum ut solvatur omnis hæc quæstio, an alii, quam adjecto solvi possit, videamus, an, si solutionis gratia adjectus sit pupillus, tutori ejus solvi possit, aut curatori furiosi. Qua de re tractat Papinianus: ubi particula *nam* subjungitur priori dicto, sed inchoat aliam rem, (*nam* non semper est subjunctiva, sed & inchoativa) quæ tamen pertinet ad illam generalem quæstionem superiorem. Et ait, tutori vel curatori pupilli aut furiosi non solvi recte, nisi uno tantum casu, si pecunia tutori vel curatori soluta vertatur in rem pupilli aut furiosi: hoc enim casu id esse receptum contra jus commune, id est, contra ea, quæ perstrinximus ante, ut non recedere debeamus a persona adjecti, & alii solvere, nec heredi, nec domino, nec patri, nec servo, vel filio adjecti: hoc inquam casu id esse receptum, ut videatur recte solutum tutori propter utilitatem earum personarum, quæ solutionis non admodum capaces sunt: in hoc casu tutori plus concedit, quam heredi, plus quam patri, vel domino, ut in quæst. *l. ult. §. pupillus, de verb. oblig.* Plus concedimus tutori quam patri, plusque videtur tutor habere auctoritatis in pupillum quam pater: nam pupillus obligatur absente patre, non obligatur absente tutore. Denique tutorem plane esse vice domini, id est pupilli, etiam in his, quæ facti sunt, quibus dominus aut pater jus nullum habet quod exerceat. Curatorem quoque furiosi plane esse vice ipsius, non etiam curatorem adolescentis, quoniam hic est capacissimus solutionis, & utitur in hanc rem eodem argumento, quo usi sumus ante a pari: si conditionis implendæ causa recte datur tutori pupilli, & solvitur ei recte ex causa adjectionis applicatæ stipulationi, atque conditionis implendæ causa: illo tantum casu tutori vel curatori datur recte, si pecunia versa sit in rem pupilli. Et ita accipienda *l. 13. de condit. & demonst.* Ergo illo tantum casu solvitur illi recte: tutori vel curatori adjecti, tutori pupilli, curatori furiosi, ceteroquin ei non solveretur recte: si pupilli esset obligatio, tutori solveretur recte: imo ei debet solvi, non pupillo, si pupilli sit solutio, tantum, ut in proposita specie, quia adjectio est electio certæ personæ, qua contentus fuit stipulator, pupillo solvi debet, præterquam illo casu, eoque recepto non communi jure, sed ex æquitate propter utilitatem pupillorum & furiosorum: ut pleraque alia in jure favorabiliter recepta sunt propter utilitatem earum personarum, *§. pupillus, Instit. de inutil. stip. & l. pupillus, de adquir. hered.*

Ad §. si creditor.

Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, & tantum ad eum pervenit, quantum si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem: non potest dici fidejussores liberari: neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur.

In-

Intelligemus primum ex hoc §. multum interesse, creditor debitori heres exstiterit, an debitoris hereditatem pro herede possederit, ad alium, non ad se pertinentem. Quod si debitori heres exstiterit, aditione confunditur obligatio, saltem solutionis potestate, quia ipsum sibi solvisse credendum est, *l. debitori, & l. Granius, de fidejuss.* vel secum pensasse, ut ait *lex qua dotis, sol. matr.* pensasse creditum suum cum hereditate, quam a debitore vice mutua percepit, & consequenter liberantur fidejussores debitoris. Et hoc est notissimum. Sed si creditor debitoris hereditatem possederit, cum alius esset heres, non ipse, & tantum ex hereditate possederit, quantum est in credito, quantumque si verus heres ei solverit, liberaretur, vel si alius possessor ei solveret, liberaret heredem, & in petitione hereditatis, id heredi reputaret, ut *l. si quid possessor, de adq. hered.* B Denique creditor possidens hereditatem debitoris ad se non pertinentem, si tantum ex ea redegerit, quantum est in suo credito: certe hoc casu, nec principalis nec fidejussoria tollitur obligatio, *quia ipse*, inquit, *sibi solvisse non videtur*, cum scilicet hereditas ab eo evincitur aut evinci potest, & omne quod ex hereditate percepit, & nec secum pensasse videtur: nam si secum pensasse videretur, & sibi solvisse quoque: Atquin hoc non videtur, ergo nec illud. Pensatio cedit loco solutionis, *l. 4. qui pot. in pign.* Et rursus si videatur vel solvisse vel pensasse rationem solutionis aut pensationis, quæ loco solutionis est, id quod sibi deberetur, retineret ex hereditate, nec ei evinceretur. Atquin evincitur omne id est petitione hereditatis, quæ vindicatio est: *evictionis* verbo significatur tantum vindicatio, nec de evictione actio competit, nisi res ablata sit emptori vindicationis genere aliquo, C *l. stipulatio ista, §. si quis forte, de verbor. obligat.* Et idem est, *vindicare & evincere*, quod ἐξαιρεῖν, in Solonis legibus. Ergo non compensat possessor, cum evincitur hereditas debitoris quod is sibi debuit, aut non compensat creditum suum possessor hereditatis debitoris ad se non pertinentis, cum eo quod ex hereditate percepit, sed id restituit actori quod percepit, salva crediti sui actione. Compensatio non opponitur in actionibus in rem, id est, vindicationibus, sed actionibus in personam tantum, quod vel definitio compensationis demonstrat, quæ est debiti & crediti inter se contributio: omne debitum & creditum personale est. Et hæc est mens hujus §. nam si possessor sibi non videtur solvisse, nec secum pensasse igitur. Ex quo restat, in vindicationibus compensationi locum non esse. D Obstant valde tres leges ei quod dicitur actioni in rem non objici compensationem. Obstat primum *l. eum qui, §. ult. de inoffic. test.* quæ ponit creditorem a debitore heredem institutum fuisse, & adiisse, ac deinde per petitionem hereditatis ex causa inofficiosi testamenti evictam ei hereditatem fuisse. Aditio confundit suum creditum, suam obligationem, sed quia post inutilis redditur evicta hereditate, æquum est obligationem ei redintegrari, eique dari petitionem debiti & compensationem. Possessori igitur, cui evincitur hereditas datur compensatio debiti. Denique compensatio locum habet in judicio in rem, veluti in petitione hereditatis. Respondeo, lex ait, ei compensationem debere dari. Quod non ita est accipiendum, ut compensare id quod sibi defunctus debuit, possit cum hereditate usque ad summam concurrentem, ut si quid vicissim ipse debuerit defuncto, quod E constat venire in petitionem hereditatis, compensare id possit cum eo, quod sibi defunctus debuit: compensare igitur debitum suum cum credito defuncti, non cum hereditate, quæ evincitur. Proinde fit ea compensatio magis in personalibus præstationibus quam in actione ipsa in rem. Secundo loco obstat *l. Titia, hoc tit.* ubi mulierem, quæ bona defuncti mariti possidet, ait in dotem sibi debitam reputare, quod ex re mariti perceperit, interim dum possedit bona, & *reputare*, id est, ipso jure reputare, quod pensare est vel compensare. Sed ut & huic loco respondeam, non loquitur *l. Titia de muliere*, quæ pro herede possedit bona mariti, & potuit conveniri petitione hereditatis, sed de ea, quæ possedit bona

A mariti propter dotem, id est, dotis servandæ causa, ex edicto prætoris, ut *l. ea, quod, §. 1. ad municip. l. offic. de rei vind. l. pen. §. item danda, de divers. & temp. præscr.* Puta, quod heres mariti non exstaret, jussa est possidere bona mariti: vel quod heres suspectus satisdare jussus, non satisdederit, ut *l. 15. de rebus auct. jud. poss.* Comparatur enim creditor vel creditrix missa in possessionem bonorum gestori bonorum & negotiorum, *l. creditore, §. ult. eod.* Et sicut gestor domino agenti negotiorum gestorum; potest reputare & pensare, quod sibi dominus debet, ita creditor debitori agenti actione in factum, de eo quod ex ipsius bonis ad creditorem pervenit, qui missus est in possessionem bonorum suorum, *d. l. creditore, §. 1.* & potest reputare, quod sibi debuit is, cujus bona possessa sunt. Objicitur reputatio sive compensatio hæc actionibus in per- B sonam, non actionibus in rem, nempe actori agenti negotiorum gestorum, vel in factum, quia utraque est in personam. Ergo nihil movemur etiam *d. l. Titia*. Sed obstat vehementius *l. si quid possessor, §. sed si ipsi aliquid prædoni, de petit. hered.* Quæ lex ait aperte, possessorem hereditatis ad alium pertinentis, a quo petitur hereditas posse deducere, quod sibi defunctus debuit. Quid aliud est deductio, quam compensatio. Ergo ea opponitur petitioni hereditatis. Sed aliud est deducere, aliud compensare, *l. filium, C. famil. ercisc.* Et multis aliis locis, inquam, aperte constituitur differentia inter hæc tria verba, *reputare, compensare, deducere*: cum quæritur de Falcidia. Imputo in Falcidiam, quod a me accipio jure hereditario, quod sim heres institutus, compenso Falcidiam, quod vice mutua accipio a coherede meo: deduco e Falcidia, residuum C ex hereditate. Igitur aliud est deducere, aliud compensare, & aliud imputare. Compensatio fit jure meo, *l. postquam, de compensation. l. inter, de adminis. tut.* Deductio est retentio possessionis, quæ fit per exceptionem, nisi sit retentio, quæ fiat ipso jure: nam fateor, esse retentiones deductiones, quæ fiunt ipso jure, ut *l. servus quem, de act. emp. l. quod dicitur, §. ult. de impens. in res dotal.* Et hæ nihil aliud sunt, quam compensationes. Sed illo loco agitur de deductione, quæ facti est, non juris; & fit per retentionem, quæ beneficio acceptionis fit, non aliter. Ergo ut eum §. qui sane desiderat interpretem, totum exponamus, sic statuo: possessor hereditatis non potest compensare, quod sibi defunctus debuit, in petitione hereditatis scilicet, quasi ipso jure minor sit hereditas propter creditum suum, nec enim propterea ipso jure minuitur hereditas. Et hoc D de compensatione. Nunc de deductione. Non potest etiam quilibet possessor, a quo evincitur, hereditati deducere, quod sibi defunctus debuit; sed hoc tantum potest bonæ fidei possessor. Malæ fidei possessor, id est, qui scit hereditatem ad se non pertinere, quam possidet, nec civile debitum deducere potest, sed integram hereditatem, & quod ex ea percepit, petitori in assem restituere debet; nec etiam naturale debitum retinet, ut si sit filiusfamilias exheredatus testamento patris, cui pater aliquid debuit naturaliter, & cum quo agat heres scriptus petitione hereditatis, compellet eum filius, id debitum naturale sibi servare per deductionem; quia nemo actione ulla debitum naturale consequi potest, deductione potest & retentione; sed bonæ fidei possessor tantum, non prædo, quod valde est singulare: ut malæ fidei possessor, E nec per actionem, nec per deductionem debitum sibi servare possit, quod tamen justus possessor sibi servat: civile debitum non deducit prædo, sed restituta hereditate integram habet petitionem sortis, non usurarum, non pœnarum. Si pœnale debitum fuerit, puta sub pœna sors sit promissa. Nam cohibendarum usurarum gratia, & pœnarum, quæ odiosæ sunt, dici potest, eum sibi debuisse solvere statim ab initio apprehensæ possessionis, atque ita inhibere usuras aut pœnas. Et sic plane imputat sibi, quod sibi solvere potuerit, nec solverit, quod ad usurarum rationem aut pœnarum, qui sciebat hereditatem ad se non pertinere, ac passus est procurrere usuras, quas coercere & sistere potuit: quæ est sententia *d. §. sed si ipsi.* Sed animadvertendum & perpetuo memoria

reti

retinendum, hodie ex constitut. Justiniani nihil esse discriminis inter deductionem & compensationem, adeo ut his nominibus uti promiscue liceat plerunque: Nam & Falcidia, quæ deducebatur olim per exceptionem, hodie ipso jure minuit legata, *l. pen. C. ad leg. Falcid.* Et debitum, quod deducebat olim possessor bonæ fidei, conventus in rem actione, id veluti compensationis jure minuit rem, quæ petitur ex constit. Justin. *l. ult. C. de compens.* Atque ita compensatio hodie obstat etiam actioni in rem: & in definitione compensationis, secundum constit. Justin. deberi dicitur non tantum, quod debetur actione in personam, quod solum proprie debetur, sed etiam quod actione in rem exequi licet, ut verbum, *deberi*, accipitur in definitione actionis & stipulatione emptæ venditæ hereditatis. Sed illud manet hodie in actione in rem, malæ fidei possessorem non habere compensationem, seu deductionem crediti sui, nec civilis, nec naturalis, *d. l. ult. in fi.* dum ait, *possessionem autem alienam perperam occupantibus*, id est, mala fide, *compensatio non datur*, quod congruit cum *d. §. sed si ipsi.* At bonæ fid. possessori datur ipso jure etiam in judicio in rem. Et omnis deductio, retentio, reputatio hodie fit ipso jure, & compensatio est: & in eo tantum est nova constitutio legis ult. ut etiam in actione in rem compensatio locum habeat. Nam cetera, quæ sunt in ea lege, constant etiam jure veteri: malæf. possessori unde petitur aliquid, non dari deductionem vel compensationem, ut jam ostendi ex *d. §. sed si ipsi*, & compensationem fieri ipso jure. Hoc idem obtinuit ante Justin. & compensationem fieri tantum debiti, liquidi, confessi, præsentis, & in actione depositi cessare compensationem, redditioni depositi compensationem impedimento esse non posse, quod idem etiam obtinuit olim. Hæc igitur quatuor quæ recensui consentiunt cum jure veteri. Illud tantum dissentit, & novum est, quod vult Justinianus, etiam in actione in rem compensationi locum esse, in qua fuit tantum deductioni locus. Justin. eam deductionem vult hodie fieri ipso jure, perinde ac compensationem.

Ad §. Dolo fecisti.

Dolo fecisti, quo minus possideres, quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas: si possessor corpus aut litis æstimationem præstitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Ceterum si tu ante conventus ex præterito dolo præstiteris, nihil ea res possessori proderit.

SEquitur §. *dolo*. Cum ostendisset Papinianus in §. *si creditor* qui præcedit, in petitionem hereditatis venire id, quod possessor ex hereditate percepit, nec si tantum ei debuerit defunctus, quantum percepit, id ipsum sibi solvisse aut secum pensasse videri, subjicit in petitionem hereditatis pervenire etiam, quod possessor dolo malo desiit possidere, præteritum dolum venire, *l. nec ulla §. ult. de petit. hered. l. sin autem, §. sed si is qui, de rei vind.* eumque dolum pro possessione esse, *l. qui dolo, de regul. jur.* Et si quidem is, qui dolo desiit possidere, eo nomine condemnatus præstiterit litis æstimationem, non liberatur possessor, ad quem ea res pervenit. Sed & possessor tenetur petitione hereditatis, si eam rem possideat pro herede, vel pro possessore. Et ratio hæc est, quia qui desiit dolo possidere, pœnam sui delicti præstitit, habitus pro possessore, quia non erat possessor, & pendens sive præstans quod solus possessor videbatur debere præstare. Denique pœnam sui doli præstitit, & pœnæ exactio non perimit persecutionem rei, sed cedit lucro actoris, *l. 3. §. condemnato, & §. pen. de tab. exhib.* Ergo si heres prius convenerit eum, qui dolo desiit possidere, non liberatur possessor. Non idem est e contrario: nam si heres prius agat cum possessore ejus rei, quam alter dolo desiit possidere, & rem consequatur aut æstimationem, alter liberatur, qui dolo malo desiit possidere, nisi quid amplius ejus intersit. Et liberatur non tantum a petitione hereditatis, sed etiam ab actione in factum ex edicto, *de alien. jud. mut. causa facta*. Nec mihi probatur differentia Accurs. inter

A hanc & illam actionem, ut hæc non liberetur, illa liberetur, quia neutra actione ratione doli pœnæ petitio competit, nisi ei cujus interest: sicut nec actio de dolo, *l. cum quis, de dolo*. Et jam nihil ejus interest, cum rem aut æstimationem a possessore consecutus sit, fructus, accessiones, &c. Nec quicquam amplius ejus intersit. Et rursus animadvertendum, in eum, qui dolo desiit possidere, dari actionem, tanquam possessorem, licet non sit possessor; & ideo quasi pœnalem, dari, inquam, in eum, non tam odio ejus, quam petitoris gratia, ne rem suam amittat, qui si rem suam jam consecutus sit, plane cessat dandæ ejus actionis causa. Et in summa, licet exactio pœnæ non perimat rei persecutionem, persecutio tamen & exactio rei perimitur exactione pœnæ, quæ non competit nisi ei cujus interest. Alias pœnæ B exactio est etiam ei, cujus nihil interest, ut *l. inter, §. alteri, de verb. oblig.* Sed in hac specie, non est prodita hæc actio quasi pœnalis, nisi in id quod interest actoris. Et bellissime congruit cum hoc §. lex *nec ullam* 13. *§. pen. de pet. hered.* Cujus sententia hæc est cum supradicta eadem, *Si is, qui dolo desiit possidere ante conveniatur, & præstet, is, qui possidet, non liberatur: contra si is, qui possidet ante conveniatur, & rem præstet, is, qui dolo desiit possidere, liberatur a judicio.* Et inde quæritur in eo §. *pen. an etiam liberetur is, qui dolo desiit possidere, si se priorem possessor liti offerat, dicens se paratum judicium accipere, & accipiat, necdum rem præstet.* Et ait eum, qui dolo desiit possidere, nondum re præstita, hac ratione liberari, nisi petitoris intersit, ut puta, quia possessor sit difficilis conventu, δύσπρακτος, vel δυνάστης: C *grand Seigneur*, vel impar præstando, quibus exemplis Græci utuntur in eo §. rectissime. Sed eadem saliva eodemve gradu aggrediamur §. *si mandatu*, qui sequitur.

Ad §. Si mandatu, &c.

Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, ejusmodi contractus similis est tutori, & debitori pupilli: Et ideo mandatore convento & damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet. Sed & præstare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat. Et huc pertinet, tutoris & pupilli debitoris nos fecisse comparationem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem ejus non convenit, neque judicio cum altero accepto liberatur alter, nec si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet, tutelæ contraria actione agen- D *dum, ut pupillus adversus debitores actionibus cedat.*

§. 11. *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat: cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.*

§. 12. *Si inter emptorem & venditorem convenerit prius, quam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur: fidejussor eo nomine acceptus, soluto contractu liberabitur.*

INtelleximus convento eo, qui dolo amisit possessionem, non liberari possessorem, convento possessore liberari eum, qui amisit possessionem. Et hoc in judiciis in rem, in petitione hereditatis. Nunc in judiciis in personam idem ostendit Papinianus in §. *si mandatu*, quoties duo ejusdem rei nomine conveniri possunt, id est, quoties E a duobus non correis creditum servari possit, convento uno non liberari alterum, in duobus casibus, qui proponuntur in hoc §. nec enim in omnib. idem licet colligere, *Accurs. in l. nec ullam 13. §. pen. D. de petit. hered.* Sed in aliis plerisque electio unius liberat alterum. Hic igitur duo casus explicandi. Prior hic est, pupillus egit tutelæ judicio culpans tutorem, & arguens negligentiæ, quod debitorem suum non exegisset eo tempore, quo erat idoneus, qui postea factus est pauperior, qua ex causa tutorem teneri constat *l. 2. C. arbit. tut.* Conventus tutor condemnatus est, & solvit pupillo id, quod ille debuit pupillo, quem non appellavit tutor in tempore, *an liberatur debitor?* minime, quia tutor non solvit nomine debitoris: solvendo nomine debitoris quisque liberat de-

bitorem, *l. solvendo*, *h.t.* sed solvit tutor suo nomine, A damnatus culpæ suæ nomine, atque ita tutor per exceptionem non solum antequam solvat, sed etiam postquam solvit, per contrariam actionem tutelæ consequi potest, ut pupillus cedat actione sua adversus debitorem: cessio actionis est argumentum non liberati debitoris. Convento igitur tutore & damnato, non liberatur debitor. Et e contrario, si pupillus convenerit debitorem, & litem cum eo contestatus fuerit, non continuo liberatur tutor electione debitoris: certe non liberatur, si a debitore pupillus parum, aut nihil exegit propter inopiam. Conventio unius non liberat alterum. Et alter casus hic est. Finge: tu mandato meo Titio pecuniam credidisti, me convenisti, & condemnasti, & solvi. Debitor non liberatur, quia solvi meo nomine, id est, propter meum mandatum, obligatur ex contra- B ctu mandati, non nomine debitoris. Imo tu contraria actione mandati mihi teneris, postquam solvi, in hoc ut mihi cedas actionem tuam adversus debitorem, *l. Papinian. mand.* quæ non posset cedi, si debitor esset liberatus, *l. Modestinus, de solutionib. l. cum possessor, de censib.* Liberatur quidem debitor per exceptionem, si tu agas, qui pecuniam habes: sed non si ego agam ex cessione tua, quia in rem meam fit cessio mihi, & procuratio ad agendum, non in rem tuam: & e contrario debitore convento, ego non continuo liberor. Certe non si parum aut nihil ab eo consequi potueris, propter inopiam ejus, *l. si quis alicui, §. ult. D. mand. l. 14. de fidejus.* si ob inopiam, ut dixi, vel difficultatem exigendi hominis: Nam & condemnati plerique sunt exactu difficillimi, puta potentiores. Nam ut subjicit §. *pen.* C si convento debitote vitio tuo acciderit ut nihil ab eo consequaris, puta si vitio tuo & culpa causa cecideris, plus petendo, re, vel tempore, vel loco, ut in *l. Titio* 100. *§. ult. de cond. & demonstr. §. si quis ag. Inst. de act. & apud Cassiodorum in Psalmos, Promissa in suo tempore expectemus, ne dum volumus festinantius exigere, causæ amissione mulctemur.* Si igitur conveneris debitorem, & vitio tuo causam amiseris, ego quoque liberabor, & te repellam exceptione, quod non possis a me exigere quicquam ex contractu mandati, nisi mihi cèdas actionem adversus debitorem, & vitio tuo factum est, ut non possis cedere: & quod in mandatore, idem in fidejussore & tutore, ut si debitore convento, in quo exigendo negligens fuerat, si vitio suo pupillus causa ceciderit; postea non possit experiri cum tutore, quia D non habet actionem, quam ei cedat adversus debitorem: causam namque amisit vitio suo. Idem, inquam, est in tutore, quod in mandatore, ut scribitur in §. *pen.* Nam ut ostendit §. *si mandatu*, in hac re mandatoris & debitoris principalis comparatio fit semper cum tutore, & debitore pupilli principalis. Ex quo satis intelligitur, quod per se erat obscurissimum. Quod quis nunquam intellexisset sine subjecta interpretatione. Et hodie disputando, si quis ita proponeret, cui non facesserat negotium? Et ut respondeamus legi, *si stipulatus esses, §. ult. de fidejuss.* quæ opponitur *§. pen.* & nihil præterea, hæc nobis constituenda distinctio & custodienda. Si vitio suo litem amiserit creditor cœptam cum debitore, mandator, aut fidejussor, aut tutor, defendet se E exceptione, quod vitio ejus factum sit, ne cedere potuerit ei, cum quo agit actione adversus debitorem: sed si duo sunt mandatores, vel duo fidejussores, vel duo tutores, quorum unum pactione liberaverit creditor, & conveniat alterum, is non se defendet exceptione, quod adversus collegam ei cedere non potuit actionem, quem ipse ultro liberavit. Sed hac exceptione, quod non ei cedatur actio adversus debitorem, quæ cedenda est omnino, atque ita ex omni hac disputatione eliciamus hanc conclusionem, solutionem mandatoris, fidejussoris, aut tutoris non liberare reum principalem: solutionem extranei liberare, quia hic non solvit nisi nomine debitoris. Illi solvunt suo nomine proprio, §. *ultim.* exposuimus in §. *naturalis*, *supra*.

Ad L. I. Rem rat. hab.

Cum quis de rato stipularetur, quamvis non idem, sed alius a domino conveniretur, qui conveniri non posset, si ratum habuisset, committi stipulationem placuit, veluti si cum fidejussor, aut alter ex reis promittendi, qui socius est, convenitur.

LEx hæc, ut fere omnis titulus est, de stipulatione de rato, cujus formula in hoc ipso titulo, in omnibus judiciis, est in rem, vel in personam, & in præjudiciis, ut *l. 8. §. ult. hoc tit.* id est, cognitionibus de statu, de liberali causa, & in extraordinariis judiciis, & breviter in omnibus ut in formula demonstrant hæc verba, *actio, petitio, persecutio*. Actio est in personam: petitio in rem: persecutio extraordinaria. Igitur in omni- B bus judiciis, stipulationem de rato adversario præstat ante litem contestatam procurator, & interdum defensor, ut *l. 6. hoc tit.* qui agit vel defendit alieno nomine, sive mandatum præcedat, sive non præcedat, ut apparet ex *l. 3. hoc tit.* Ergo etiam præcedente mandato hæc cautio interponitur & exigitur a vero procuratore, aut defensore litis alienæ. Quod ita verum est, nisi dominus litis professus sit, eum se procuratorem fecisse, libello præsidi dato, *libello principi dato*, inquit *l. 21. h. t.* sed malim, *præsidi*, ut *l. si quis obrepserit, ad l. Corn. de fals.* Cur enim principi potius, quam præsidi, aut nonne idem si præsidi? An parva hæc res aditionem principis requirit? minime. Idem erit, si literis ad adversarium scriptis, dominus litis significet, se eum procuratorem fecisse, & ratum se habiturum quod cum eo C actum erit, *l. si procuratorem, de procur.* Hoc enim casu, literis ejus approbatis, veluti præsentis procurator videtur esse. Præsentis autem procurator, qui olim cognitor dicebatur, non satisdabat de rato. Et recte ait *d. l. si procuratorem, literis ejus approbatis*. Necesse enim est epistolam approbari, sicut hodie videmus nihil agi ex chirographo, nisi agnoscatur, nisi adprobetur, *si la cedulle n'est recogneve*, ut est in *l. qui agnitis, de except. & d. l. si procuratorem*, eo loco, *literis ejus approbatis*, & ut indicat *d. l. si quis*, approbatio literarum fit, si forte eis non subscripserit, subscribente eo ex interlocutione, & præcepto judicis, postquam recognovit dominus, qui ante non subscripsit *si apres avoir recogneu sa letre, il est contraint d'y soubsigner*. Idem erit, si dominus litis procuratorem fecerit apud acta, *du greffe*, vel in judicio. D Nam & hoc casu supervacua est cautio de rato, *l. 1. C. de satisd. §. sin autem, Instit. eodem*. Alioqui mandatum solum non excludit stipulationem de rato, *d. l. 3. hoc tit.* Et hæc stipulatio vel interponitur hoc modo: *rem ratam haberi, rem ratam eum, cujus lis est, habiturum*, vel hoc modo, *amplius eam rem non peti*, *l. 14. hoc tit.* vel, *amplius non agi*, *l. 4. §. Cato, de verb. obl.* vel de utroque cavetur conjunctim, *rem ratam haberi, & amplius non peti*, ut *l. 23. hoc tit.* Et præstatur his quoque modis etiam a domino ipso, maxime transigente cum adversario, ut in *d. §. Cato*. Nec enim est de cautione de rato, quam cavit procurator, sed quam dominus ipse cavit, ut *l. inter, §. si quis stipulatus, fam. ercisc.* M. Tull. pro Roscio Comœdo: *satis non dedit, amplius ab eo neminem peti-* E *turum*: qui de parte sua decedit, reliquis sociis integram actionem reliquit: qui pro sociis transegit, satisdat, neminem eorum postea petiturum. Et inter has formulas sane nihil interest, ut constat ex *d. §. Cato, & ex h. t.* In quo auctores promiscue his formulis utuntur. Interponitur autem ex edicto prætoris. Est ergo prætoria & judicialis, quia propter judicium interponitur, ne inane sit lite contestata a domino, *l. 1. §. 1. de præt. stip.* ubi illa verba, *ut ratum fiat*, sunt accipienda de stipulatione de rato, ut efficiant unum exemplum stipulationis judicialis: & aliquo casu hæc cautio est cautio prætoria, sive stipulatio prætoria cautionalis, quæ adhibetur majoris cautionis gratia, ut novum sit vinculum, nova actio. Et ita potest defendi *d. l. 1. §. cautionales*. Recte igitur inter cautionales numeratur, rem ratam haberi, quo scil. casu

inter-

interponitur in locum alterius actionis, veluti condictionis indebiti, ut in *l. si sine, & l. ult. §. ult. hoc tit.* Et interim est cautionalis, non prætoria, *l. interdum, hoc tit. & seq.* Nunc videamus quando hæc stipulatio committatur. Sane committitur si postea dominus petat abs stipulatore, qui est procurator: qui prior egit, sibi cavit hac stipulatione: at etiamsi dominus non petat abs stipulatore, sed a fidejussore ejus, stipulatio committitur. Quia qui a fidejussore petit, *τῇ δυνάμει*, vi ipsa a reo petit, *l. adversus, de recept.* cum id, quod præstiterit fidejussor, mox sit recuperaturus a reo actione mandati, nisi in rem suam fidejusserit, vel donationis causa. Et eadem ratione hæc stipulatio committitur, si dominus postea petat a correo stipulatoris, qui ejusdem obligationis socius est, *l. 14. hoc tit.* Nam & hic vi ipsa videtur a stipulatore petere, quoniam correus actione pro socio ei reputaturus est, quod litis domino exsolverit, *l. eandem, §. 2. de duobus reis:* ubi id exposuimus latius, libro 27. superiore. Et in summa, hoc tantum continetur in *h. l. 1.* stipulationem de rato committi, etiamsi dominus non petat a stipulatore, sed a fidejussore ejus, vel a correo socio ejusdem obligationis, a quo non posset petere, si ratum haberet. Nam ratihabitione stipulator a domino liberaretur, & propter consequentias fidejussor quoque & correus ille, qui socius est: non comparatur correus fidejussori, nisi socius sit, *l. si duo, de recept.* Ergo aliud dicendum, si duo rei socii non sint, si socii non sint, si societatem inter se non coierint. Nam unum si convenerit procurator, eique caverit de rato, stipulatio non committitur, si dominus petat ab altero: quoniam id, quod domino exsolverit alter, nulla actione ab altero repetere potest, cum nulla inter eos sit coita societas. Et ideo quod dominus petit ab altero, qui stipulatus non est, & cum quo procurator non egit, neque *τῇ ἐνεργείᾳ*, neque *τῇ δυνάμει*, neque vi, neque re ipsa videtur id petere ab eo, qui stipulatus est, nec fit quicquam contra stipulationem, convento altero correo, non socio: non omnis conreus est socius. Et rectissime Accurs. hoc loco, nos non uti hac distinctione, utrum correi socii sint an non, si vice mutua fidejusserint, sed eo casu indistincte verum esse committi stipulationem de rato, sive dominus petat ab eo, qui stipulatus est, sive ab altero, qui stipulatus non est, quia, cum alter alterius sit fidejussor, dum ab uno petit, *τῇ δυνάμει*, vi ipsa & potestate, ab alio petit, in quem is, quem petit, si solverit, est regressum habiturus per actionem mandati. Ex quo intelligitur non semper correos videri vice mutua fidejussisse. Certe non nisi id actum sit nominatim; *l. reos, de duob. reis, l. vir uxori, §. ult. ad Vellejan.* Alioquin nunquam esset locus superiori distinctioni, socii sint, nec ne, si semper viderentur vice mutua fidejussisse, quod plenius tractatur ad Afric. in *d. l. vir uxori, §. ult.* Ad hæc notandum est, ut quoniam diximus de eo, a quo dominus petit, nunc agamus de eo, qui petit postea post litem actam aut susceptam cum procuratore, finitamque. Notandum, inquam, hanc stipulationem committi, non tantum, si dominus petat, aut verus procurator, sed etiam si alius, ad quem res pertineat, puta heres ejus vel successor, nisi id aperte actum sit; ut quis omitteretur, nimirum stipulatione de rato concepta, non in personam domini, sed in rem, quod tamen fit perraro, ut in *l. si sine, §. si in stipulatione, hoc tit.* Imo, non tantum si alius petat juris successor: sed etiamsi rei successor, veluti emptor, cui dominus litis vendiderit rem & tradiderit. Nam & tunc ejus rei petitio est, si possessionem amiserit, vel si vacuam non obtinuerit. Ergo, etsi emptor petat, qui a domino rem nactus est, stipulatio committitur, *l. 16. §. ult. hoc tit.* Et solemne est in hac stipulatione adjici, non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, persecutio sit generaliter: quæ verba comprehendunt multas personas, ut *l. 23. h. t.* M. Tull. in Bruto: *non solvam nisi prius a te cavero, neminem, cujus petitio sit, amplius petiturum.* Quamobrem hæc stipulatio non committitur, si is postea petat, qui petitionem non habet, ut falsus procurator, *d. l. 23.* Et postremo no-

A tandum est, hanc stipulationem quoquo modo concepta sit, etiamsi dominus ratum non habeat, repetere velit, si in jus vocet, si exigat cautionem judicio sisti, non committi stipulationem, antequam petierit, id est, antequam contestatus litem fuerit, *l. 8. in fin. & l. 15. hoc tit.* & aliud esse committi stipulationem, aliud agi ex ea stipulatione posse. Committitur stipulatio vel peccat, ut ait *d. §. Cato*, cum quid in eam committitur, vel peccat, id est, (ut ad exitum rei spectemus) cum incipit ex ea stipulatione deberi, licet nondum agi possit: debetur sæpe id, quod nondum peti potest, *l. 7. ut leg. nom. cav. l. si dies, quando dies leg. & §. omnis, Inst. de verb. obl.* Stipulatio de rato committitur, si dominus petierit eandem pecuniam. Agi autem ex eo potest, quantum interest. Actio ex stipulatione in id datur, si dominus non petierit tan-
B tum, sed etiam exegerit aut litem peregerit, licet non obtinuerit. Nam & hoc casu agi potest in procuratorem, ad impendia in litem facta, quæ a domino, qui victus est, victor servare non potuit, *l. si sine §. Marcellus, hoc tit.* Uno casu, qui valde notandus est, ex hac stipulatione agi potest statim, id est, antequam dominus quicquam solverit: ut puta si quis per ignorantiam, vel errorem procuratori solverit indebitam pecuniam sine judice (nam soluti ex sententia judicis condictio non est) & acceperit satisdationem de rato, etiam, antequam dominus quicquam petat, aget ex ea stipulatione is, qui solvit & stipulatus est, ut scilicet sciat, cui debeat condicere pecuniam, quam solvit indebitam per errorem, vel ignorantiam, utrum domino si ratum habeat, an procuratori, si ratum non habeat, ut possit dignosci
C utri debeat condicere, quod eleganter ostenditur in *d. l. 16. h. t.* Et quod notandum, in hoc casu non agitur ex hac stipulatione in id, quod interest, sed hactenus tantum utiliter promissori dominum exponere sententiam suam, & vel ratum habere, vel retractare actum procuratoris, ut proinde sciat utri debeat condicere pecuniam indebitam. Aget duntaxat hoc casu, ut est in Basil. *ἀνασκευάσει*, ut curet dominum ratum habere, & domino improbante actum, procurator tenebitur condictione indebiti, qui non teneretur, si stipulator non ita properasset agere ex stipulatione, sed exspectasset quoad dominus ab eo eandem pecuniam peteret; quo casu procurator non teneretur stipulatori condictione indebiti, sed in id omne, quod interest, quia interposita stipulatione id videtur actum, ut stipulatio succederet con-
D dictioni; ut magis esset actio ex stipulatione, quæ est strictior quam condictio, quæ est ex bono & æquo; *d. l. si sine, & l. ult. §. ult.* sicut pecunia credita interposita stipulatione, id agitur, ut sit actio ex stipulatu, non si certum petetur, *l. 6. §. ult. de novat.* Alioquin valde pugnaret *l. 16. hoc tit.* quæ domino ratum non habente ait, teneri procuratorem condictione indebiti, cum *d. l. si sine*, quæ hoc negat.

Ad L. LXXVII. de Reg. Jur.

Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem: nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt. Nam si acceptum feratur ei, qui
E *sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit: quæ si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.*

Residua est L. LXXVII. ex libro 28. quæ est varia & multiplex, & multo respersa pulvere ab interpretibus. *Actus legitimi* sunt, qui in jure peraguntur solemnibus verbis, & solemni ritu atque ordine juris: melius detraxeris illa *solemnibus verbis*: Nam pleraque fiunt solemnibus verbis, quæ non sunt actus legitimi. Stipulatio fit solemnibus verbis: & tamen non est actus legitimus quamvis fiat jure. Magis igitur actus legitimus sit, qui in jure peragitur solemni ritu, & ordine juris, & actus solemnes qui peraguntur cum observatione, & religione multa in

A jure, id eſt, apud magiſtratum vel principem. Omne ſcilicet genus actus legitimi ſunt legis actiones, quæ in jure peraguntur, & certe idem ſunt legis actiones, & actus legitimi. Sed hac appellatione quandoque poſteriores interpretes abuſi ſunt, ut liceat mihi per abuſionem, *καταχρηστικῶν*, quicquid jure agitur, appellare actum legis, actum legitimum. Et ita *l.pen.C.de hæretic.*teſtimonii dictionem vocat actum legitimum, non quo ſenſu dicitur *in h. l.*ſed ut eadem lex interpretatur, converſationem legitimam, converſationem forenſem: quod ſi proprie accipiamus actum legitimum & preciſe, teſtimonii dictio non eſt actus legitimus. Si quis hoc proponeret, rem inopinabilem videretur proponere, veram tamen. Sicut autem denuntiatio teſtimonii, nec ulla alia denuntiatio, eſt actus legitimus, non denuntiatio novi operis, quæ fit ex edicto, B non denuntiatio applicanti ſe ad ancillam meam, quæ fit ex Senatuſconſulto Claudiano. Igitur in hanc l.perperam adducitur *d.l.pen. C.de hæret.* quæ actum legitimum cum dicit, non dicit legis actionem, quæ peragatur in jure, legitima obſervatione, religione modoque. Et falſum eſt etiam in *l.2. §.deinde ex his legibus, de orig. jur.*definiri legis actiones hoc modo: *Quibus inter ſe cives diſceptant ex XII.tabul.veluti finium regund.vindicatio, furti, injuriarum, quas certas & ſolemnes eſſe voluerunt.* Certas ad numerum pertinet, *l.quia actionum, de præſcript.verb.*Solemnes pertinet ad verba. Si definit ita legis actiones: hæ igitur ſolæ ſunt legis actiones. Atquin non definit recte, quia has actiones XII. tabul. proditas, quibus homines inter ſe diſceptant, ait appellari legis actiones. Sed non has ſolas: ſunt aliæ multæ legis actiones, nec minus complectitur legis actionis, quam actus legitimi nomen. C Enumerantur in hac lege quinque, *mancipatio*, &c.Mancipationis verbo ſignificatur imaginaria alienatio, & comprehendit multa, veluti mancipationem familiæ, quæ fiebat in teſtamentis per æs & libram, ut ex Ulpiano conſtat & Theoph.& mancipationem, quæ fit eodem modo per æs & libram, ſive nexus dationem ex cauſa donationis, vel venditionis, vel noxæ deditionis, vel ex cauſa ſolutionis, vel ex alia quacumque cauſa transferendi dominii. Comprehendit etiam mancipationem filii, quæ fit a patre, cum dat eum in adoptionem alteri, *l.ult. C. de adopt.* Tertul.in *Apol. adoptandos melioribus parentibus mancipato:* vel quæ fit, ut omnino filius fiat ſui juris, *l.8. §.ult. de ini. rup.* ubi Florentini recte *emancipatione*. Et hæc nominatim dicitur legis actio in *Nov.81. l.4.de adopt.* D notum eſt omnibus, quæ ſint alia quatuor. Quid ſit acceptilatio? *c'eſt quitter ſans avoir rien receu*: quid ſit etiam aditio hereditatis, quid ſervi optio, puta cum quis legavit mihi ſervum, quem optarem ex ſua familia. Ea ſervi optio legis actio eſt, id eſt, qui eam peragit, lege agit. Quid ſit etiam tutoris datio, notum eſt: ſed hereditatis aditionem trahi volo etiam ad cretionem, quæ tamen hodie eſt ſublata. Et ſervi nomen trahi volo ad aliam quamcumque rem, cujus optio legata ſit. Et tutoris dationem accipi volo de ea, quæ fit decreto magiſtratus ex inquiſitione, ſolemniter accerſitis amicis pupilli, & optimis viris qui ſunt in civitate, ex quibus magiſtratus optat quem vult. Et tutoris datio, tutoris optatio eſt, quæ ſi fiat teſtamento, jure quidem fit, ſed non eſt actus legitimus, & teſtamento etiam non datur tutoris optio E cuilibet, nec a quolibet, ſed a viro tantum mulieri (quoniam mulieres erant in perpetua tutela) ut poſt mortem viri, in cujus manum convenerat mulier, & interim ſine tutore fuerat, quia in manum conventio mulierem ſolvit tutela (Terent.*amicum, tutorem patrem*) ut, inquam, poſt mortem viri optet ſibi tutorem quem volet, ut intelligere licet ex Livio 39.cum de Hiſpala ſcribit, quæ detexit Bacchanalia. Pupillo optio tutoris daretur inutiliter, cujus nullum judicium eſt, & daretur tantum utiliter a patre, in cujus poteſtate eſt pupillus. Igitur actiones illæ, quibus inter ſe cives diſceptant, ſunt actus legitimi, ſunt legis actiones 12. tabul. quibus inter ſe diſceptant, diſceptante ipſo quoque judice: nam diſceptare, eſt commune verbum reorum & judicum, *l. 3.C.de recept.*atque etiam lege agere, eſt commune reorum & judicum: imo & lictorum aut viatorum, ſive apparitorum: nam & lictor lege agere dicitur, dum exequitur rem judicatam ex præcepto magiſtratus. Qua de cauſa, executiones lictorum poſſunt etiam numerari inter actus legitimos, ſed ut dixi, non hæ ſolæ ſunt legis actiones, ſed & hi quinque actus, qui recenſentur in hac lege: Et adoptio omnis, cum a Theoph. definiatur, *πρᾶξις νόμιμη*, actus legitimus & etiam legis actio dicitur, & *l.1. C.eod. l.3.de offic. proconſ.& l.4.de adopt. actus legitimus*, & etiam legis actio dicitur. Et manumiſſio quoque, quæ fit per magiſtratum, legis actio eſt, *l.2.de offic.proconſ.* non quæ fit teſtamento, non quæ cenſu vel alio modo, ſed quæ fit apud magiſtratum, vel per magiſtratum: hi ſoli actus ſunt legitimi, qui fiunt apud magiſtratum, vel per magiſtratum, id eſt, a magiſtratibus. Ut adoptio ſimiliter, quæ fit imperio magiſtratus aut principis, non quæ fit teſtamento, quæ etiam jure non fit & indiget confirmatione. Et mancipatio quoque omnis ſive nexi datio, fiebat in jure, id eſt; ad ſellam prætoris vel præſidis. Et ſimiliter hereditatis aditio ſicut repudiatio, *l. ſuus, & l.ſicut, C. de rep. hered.* Et ſervi optio ſimiliter in jure, & hæc erat præcipua ſolemnitas ut non paſſim fieret, ſed in jure: nam ſicut ad adeundam hereditatem, ita & ad adoptandum diem decernebat prætor vel præſes, *l.6. l.ſi optio, de opt. leg.* Et acceptilatio in jure quia fit per nexi dationem & per æs & libram definitur nexu ſoluto, *l.1. de acceptilat.* Et ceſſio in jure ſimiliter, ut acceptilatio ipſa oſtendit, quæ & legis actio dicitur a Cajo in *Inſtit.*ut retulit Boetius in Topicis. Hos ſolos actus auſim appellare legitimos, & legis actiones, quos invenio ita appellari: & non auſim alios adjicere, quos nuſquam invenio ſic appellari, alioquin unum ſi ſuper adjicerem, ſane paulatim adjicerem omnes, ut omnes inducunt, qui ſcribunt, actum legitimum eſſe uſurpationem, & procuratoris dationem, quam conſtat fieri nudis verbis, non ſolemnibus, & mancipationem teſtamenti, & ſtipulationem, ergo & omnem contractum, quia ſtipulatio eſt concluſio omnium contractuum, *l.ſi dominus, de præſcri. verb.* Si omnem contractum, quem non actum igitur? quid enim non venit contractus nomine? Et eadem licentia adjiciunt jusjurandum; & vadimonium, id eſt, promiſſionem judicio ſiſtendi cauſa factam, & ſatiſdationem omnem, & comperendinationem ex jure veteri, & addictionem in diem, quæ eſt pactio quædam venditionis. Si non ſunt actus legitimi, non etiam tutoris auctoritas, qua interpoſita pupillus contrahit aut paciſcitur. Alioquin omnes actus ſenſim facerem legitimos, & ex his quod quædam fiant verbis ſolemnib. non ideo ſunt actus legitimi, non quodcumque fit verbis ſolemnibus, non quodcumque fit teſtib.præſentibus eſt actus legitimus. Hoc habent commune actus legitimi cum aliis multis, qui non ſunt legitimi, licet jure agantur, & in ipſis actibus legitimis, & legis actionibus ſolemnia verba hodie pro dictis habentur, *l.manumiſſio, de manumiſſ.* manumiſſionem valere, etiamſi lictor omiſerit ſolemnia verba, quod non in libertate eſt recipiendum tantum favore libertatis: ſed generaliter in omnibus actibus legitimis, ſolemnium verborum omiſſionem, nihil nocere hodie, cum omnia extra ordinem agantur, non obſervata conceptione formularum. Ex his quoque quæ negavi eſſe actus legitimos, quibuſdam recte adjicitur & dies & conditio. In diem recte fiunt & conditionem, ut ſtipulatio & addictio in diem, & alia quædam. Atquin omnis actus legitimus momento temporis perficitur, nec capit dilationem ex die, vel conditione. Et in hac l.non eſt legendum negative, quaſi ſint alii actus, qui recipiant, ſed affirmative ut Florentiæ, id eſt, quibus aperte & nominatim dies vel conditio adjicitur: tacite recipiunt diem vel conditionem, ſed non aperte, non nominatim. Imo qui recipiunt diem vel conditionem tacite, in totum vitiantur. Acceptilatio, cui adjicitur dies vel conditio, vitiatur, *l.4.& 5. de accept.*in totum quia ſcilicet nec valet ut pactum, *l.8. eod. tit.*nec poteſt ſuſtineri exceptione pacti, quaſi acce-

ptila-

ptilationi inutili inſit pactum de non petendo, ſicut con-
ſtitutio ſervitutis, quæ fit ex die vel conditione, ipſo jure
eſt inutilis, ſed non vitioſa in totum, quia ſuſtinetur ex-
ceptione doli vel pacti, *l.4.de ſervit.* quæ vitiaretur in to-
tum, ſi eſſet actus legitimus: Nam adſcriptio temporis
certi vel incerti in totum vitiat. Igitur acceptilatio non
valet ut pactum, mancipatio ſimiliter non valet ut tradi-
tio, quæ non eſt actus legitimus, & fit quocumque modo:
hereditatis aditio etiam vitiatur in totum, quæ recipit
conditionem, *l.eum cui*, *§.ult.de acquir. hered.* Ergo nec ſu-
ſtinetur ut agnitio, quæ fit quocumque indicio volunta-
tis: ſervi optio non valet, ut electio quælibet. Tutoris da-
tio, quæ per magiſtratum fit, etiam non valet in totum,
l.muto, *§.1.de tutel.* Igitur nec ſuſtinetur ut datio curatoris,
quæ fit qualitercunque; nec adeo ſubtilis eſt vel ſolemnis.
Idem omnino dicemus in adoptione, *l.34.de adopt.* & in
manumiſſione, *l.pen. C.de manum.* & in ceſſione in jure.
Et tandem ita concludamus: Qui actus legitimi aperte
recipiunt diem vel conditionem, in totum vitiantur, non
vitiantur, ſi eam recipiant tacite. Et hac ratione in *l.pen.*
C.pro ſoc. definitur, ſocietatem recte contrahi ſub con-
ditione, quia ſcilicet videtur interveniſſe mancipatio &
induxiſſe communionem bonorum, ſed tacita, *l.2.pro ſoc.*
licet loquatur de traditione tantum. Et ſimiliter accepti-
latio recipit diem, vel conditionem tacite, ut ſi accepto
feram, quod mihi debes ſub conditione: acceptilationi
tacite ineſt conditio, ſi conditio extiterit, id eſt, ſi mihi
debere cœperis, ut *l.12. de acceptil.* Et manumiſſio quo-
que, ſi id agatur tacite, ut qui manumittitur apud magi-
ſtratum, utique liber non ſit ante mortem domini, *l.mor-
tis*, *ſup.de manumiſſ.* Summa eſt, κεφάλαιον: Actus legiti-
mi in totum vitiantur, qui recipiunt diem vel conditio-
nem expreſſe, non etiam qui recipiunt tacite, ut multis
aliis partibus juris dicitur, expreſſa nocent, tacita non no-
cent, *l.expreſſa*, *h.tit. l.nonunquam*, *de cond.& dem.l.ſi ita
legatum*, *§.1.de leg.1.l.ſi quis Sempronium, de hered.inſtit.&
l.ſi unus*, *§.illud*, *de pact.* Illud notandum, quod diximus legi
recte Florentiæ, *qui recipiunt*, ſine negatione: nam opor-
tet ita accipere ut recipiant non quidem jure, ſed facto
ipſo. Ergo actus legitimi ſunt legis actiones, quæ in jure
peragi ſolent, id eſt, ordine juris, veluti actiones ex 12.tab.
quibus adverſarii inter ſe litigant, & executiones licto-
rum, quæ fiunt imperante magiſtratu, & mancipationes,
adoptiones, acceptilationes, & hereditatis cretio, ſeu
aditio, & ſervi vel cujuſvis alterius rei optio, & tutoris
datio, optioque facta a magiſtratu, & manumiſſio facta
lictoris, & magiſtratus interventu, & ceſſio in jure. Neque
igitur ſolæ hæ ſunt legis actiones, quib. inter ſe homines
diſceptant, nec ita definitur in *l.2.§.deinde ex his legibus*,
de orig.jur. ſicut Cajus enarrata formula ceſſionis in jure,
ſubjicit, *idque legis actio vocabatur*, id eſt, juſta, ut Boet. re-
fert. Sane non definit legis actionem. Quos autem com-
memoravi, ſcio legitimos actus: has legis actiones ne-
ſcio: nec addo alias, quam quas invenio eo nomine appel-
lari, ne paulatim creſcente acervo, omnes actus, qui jure
fiunt, actus legitimos faciam, ſeu legis actiones, quas alia
mente alioque ſenſu & abuſu poſſum dicere actus legi-
timos: legitimi actus peraguntur ſolemnibus verbis, &
teſtibus præſentibus, ſed hoc habent commune cum
aliis pleriſque non legitimis. Proprius ordo actuum le-
gitimorum hic eſt, ut fiant in jure, deinde ut in totum
vitientur, ſi aperte recipiunt diem vel conditionem, non
ſi tacite. Qui aperte recipiunt diem vel conditionem,
nec vitiantur, non ſunt legitimi actus. Acceptilatio igi-
tur in totum vitiatur, ſi recipiat expreſſam conditionem,
non ſi tacitam. Et manumiſſio ſimiliter, *l.mortis*, *de
manumiſſ.* & tutoris datio facta a magiſtratu, *§.1.de At-
til.tut.* Et mancipatio igitur, expreſſa ſcilicet, recipit
tantum tacitam conditionem vel diem: mancipatio tacita
recipit etiam expreſſam conditionem ſine vitio, veluti con-
tracta ſocietate ſub conditione, *l.pen. C.pro ſocio*: quia
tacita mancipatio interveniſſe videtur, *l.2.pro ſoc* Quod
& generaliter de omnibus actibus legitimis dici poteſt,
ut expreſſi vitientur expreſſa conditione, non tacita:

A taciti, ut nec vitientur expreſſa, nec tacita conditione,
nec die. Eſt etiam hoc proprium actuum legitimorum,
ut non iterentur, ut fiant ſemel tantum: ut aditio he-
reditatis fit ſemel, *l.ſi ſolus*, *§.ult. de acquir. hered.* optio
ſervi ſemel, *l.5.de leg.1.* ut non poſſit retractari. Seneca
controverſia 24. *Non oportet amplius tibi quam ſemel
optare.* Et ſubjicit rationem, *omnis nimia potentia ſa-
luberrime brevitate conſtringitur.* Et ita tutoris datio fit
ſemel, nec iteratione opus. Adoptio non iteratur, nec
juſta libertas, *l.2. C.de manumiſſ. vind.* Latina libertas fit
quidem iteratione juſta & legitima, juſta nunquam ite-
ratur. Dices, filium trina mancipatione, & manumiſſio-
ne fieri ſui juris, juxta l.XII. tab. *ſi pater filium ter ve-
num dedit*, ſic legendum apud Ulpian. *filius a patre li-
ber eſto.* Et rurſus filius trina mancipatione, & bina ma-
B numiſſione a patre alii in adoptionem datur, *l.ult. C.de
adopt.* Ergo mancipatio iteratur, manumiſſio iteratur,
actus legitimus iteratur. Dicam hoc ideo fieri, quia fi-
lius revertitur in poteſtatem patris poſt primam & ſe-
cundam manumiſſionem ipſo jure antiquo: ſi ſervus,
cui dedi libertatem juſtam, millies revertatur in pote-
ſtatem meam, millies eum manumittam. Si non rever-
teretur, una manumiſſio conficeret rem. Dices rurſus,
actionem pro libertate, quam conſtat numerari inter le-
gis actiones, & potuiſſe etiam intendi per alium quem-
libet, ut eſt in titulo, *de his per quos ag. poſſ. 4. Inſtit.*
& ita *Livius* 3. In his, quæ in libertatem aſſeruntur
quivis lege agere poteſt. Dices hanc actionem ter qua-
terque iterari, *l.1. C.de adſert. toll.* ergo legis actio ite-
ratur. Dicam ceteras aſſertiones, ſive actiones in liber-
C tatem, eſſe perfuſorias, quæ fiant dicis cauſa. Sic Sueto-
nius vocat in Domitiano: poſtremam tandem rem pera-
gere, nec denuo idem poſt eam agi poſſe. Eſt etiam hoc
proprium actuum legitimorum, ut eorum ſolemnitas
non poſſit peragi per procuratorem. Acceptilatio non
fit per procuratorem. Inventum tamen eſt remedium,
quo adhibito etiam per procuratorem acceptilatio fiat,
non procuratorio nomine jam, ſed proprio, nempe re-
medio novationis. Primum procuratori mandabo dele-
gato debitore meo, ut ſtipuletur ſibi dari, quod is mihi
debet, ac ita novet obligationem. Deinde ipſe poterit
debitori acceptum facere ſuo nomine: vel ſi ego debeam,
primum mandabo, ut expromittat pro me, id eſt, ut
novet obligationem, eamque in ſe ſuſcipiat, atque ita
me liberet. Deinde ipſe poterit accepto liberari: ego li-
D berabor novatione: ille acceptilatione: ſed & ſine man-
dato hoc modo liberabor novatione: geſtor, qui ultro
expromiſit, acceptilatione ex ſententia *l.13.§.tutor*, *de
acceptilat.* ſecundum quam non accipienda eſt lex *3.eod.
tit.* ut acceptilatione liberare, aut liberari nemo poſſit
per procuratorem ſine mandato, id eſt, quin præceden-
te mandato ei ſit ante permiſſum novare obligationem:
nam ſane hoc remedio non poteſt per procuratorem,
etiamſi ſpeciale mandatum habeat, fieri acceptilatio,
nec ulla eſt cauſa mutandorum illorum verborum, *ſine
mandato*, quæ retinent Baſil. ἄνευ ἐντολῆς. Et male in hanc
quæſtionem, *an per procuratorem acceptilatio poteſt fieri*
adfertur *l.penult. ejuſd. titul.* quæ de ſervo loquitur, non
de procuratore: ſed per ſervum accepto liberamur, *l.
ſpecies*, *eod. tit.* non per procuratorem, non præcedente
E novatione. Contra per ſervum debitor noſter, nec juſ-
ſu noſtro accepto liberatur, *d.l.pen.* quia edictum *quod
juſſu* pertineat ad contractus, non ad liberationes, *l.
ſi dubitet*, *§.ult. de fidejuſſ.* Sed de acceptilatione ha-
ctenus. Aditio hereditatis non fit etiam per procura-
torem, *l.per procuratorem*, *de acq. hered.* niſi ſit procu-
rator Cæſaris ſive rationalis, vel catholicus, ut dixe-
re poſteriores, *l.1. de off. proc. Cæſ.* Et ſimiliter manu-
miſſio non fit per procuratorem, *l.3.C.de manumiſ. vind.*
niſi ſit procurator Cæſaris, *l. bonorum de jur. fiſc.* Sed
hæc remediis quibuſdam per procuratorem fient, &
manumiſſo ſervo procuratori ante mancipato per æs
& libram, & aditio hereditatis procuratori ante ceſſa
hereditate in jure, quæ ceditur recte, & antequam
adea-

adeatur ut Ulp. in fragmen. fiduciaque interposita ejus A restituendæ. Et regulæ quoque ejus legis remediis quibusdam occurrunt, puta actibus legitimis absolute perfectis & pure, & eo acto tacite, ut non sortiantur effectum ante diem vel ante impletam conditionem, *d. l. mortis*. Quo genere quælibet dies, sive conditio non inutiliter inseretur, aut sustinebit actuum legitimorum effectus. Actiones autem illæ, quibus inter se homines disceptant, etiam jure antiquo, (quod in desuetudinem abiit, nam litigamus per procuratores) non potuerunt intendi vel excipi per procuratorem: nemo potuit per procuratorem lege, aut legitimo judicio agere, nisi pro patria, & pro libertate, ut ante notavi ex Livio, & pro tutela: & in casu legis Hostiliæ, *d. tit. de his per quos ag. poss.* Qui locus est singularis, maxime de lege Hostilia. Et hoc est, quod ait lex *nemo*, *hoc tit. Nemo* B *alieno nomine lege agere potest*: est enim regula juris antiqua, non nova, secundum tit. qui est *de regulis juris antiqui*, & est ea regula sic accipienda, non tantum, ut non possit adversarius lege agere per procuratorem, sed etiam ut magistratus æque non possit lege agere per eum, cui mandaverit suam jurisdictionem, *l. 2. de off. proconf, l. nec mandante, de tut. & curat. dat.* Lege agere est commune reorum vel magistratuum, & neutri lege agunt per mandatarium, sed per se. Et jure antiquo procuratores dantur ad administrandum, non ad agendum. Male autem quidam hac ratione quod nemo posset lege agere alieno nomine, patrem non posse filii nomine agere querela inofficiosi testamenti materni, *l. Pap. in prin. de inoff. test.* cum ea lex non dicat id fieri hac ratione juris antiqui, sed alia ratione, *quia filii*, C inquit, *injuria est*. Ac præterea dicit invito filio non posse, volente igitur potest. Atquin procurator ne volente quidem aut mandante domino, agere jure antiquo potest. Porro idem etiam censendum de mancipatione, ut non fiat per procuratorem per æs & libram, cum nec fiat acceptilatio, quæ æque fit per æs & libram. Idem & de optione servi, ut non fiat per procuratorem, sed per ipsum legatarium. Nam optionem servi non est dubitandum esse actum legitimum, cum & fiat pure & præcise, & semel, & prætore decernente diem ad optandum, sicut ad adeundum: & sicut filius non adit injussu patris, ita nec optat, *l. 10. de leg. 1. l. 25. de liber. causa*. Et fit ea optio solemniter præsente herede. Ac proinde non fit ante aditam hereditatem, *d. l. 10.* & publice exhibita universa familia, *l. 3. §. item si optare, ad* D *exhib. l. si vendidero, §. ad exhibendum, de furt.* & in jure certis, ut opinor, verbis, & testibus præsentibus. Ergo & per se, & non per procuratorem. Et pessime quidam per procuratorem fieri posse, ex *l. pen. de opt. leg.* quod ibi fiat per matrem legatarii. Nolumus vos data opera Jurisconsulti verbo circumscribere, cum matri optio permissa sit in ea lege nominatim judicio testatoris. Legavit filio servum, quem vel filius vel mater ejus optaret. Quæri posset, an symbola, quæ interveniebant in actionibus legitimis, sint eorum propria? Sane non sunt propria, nisi abusu quodam, quia non his solis sunt propria. Quo abusu solemnia verba, & testes licet dicere esse propria actuum legitimorum, quod omnibus, quæ sub ea appellatione continentur, sunt propria, quæ tamen non his solis adhibentur, sed & stipulationi cui- E libet, & multis aliis negotiis: in mancipationibus, & acceptilationibus fuit symbolum æs & libra: in manumissionibus fuit symbolum fidei religiose observatum *l. ult. C. de emancip. lib.* Græci ῥαπίσματα dixere: symbolum autem illud fuit alapa, & alio modo Salapittæ, in Glossis vett. & apud Arnobium. In aditionibus hereditatum pro symbolo fuere percussiones digitorum, ut Cic. est auctor in *lib. de offic.* hoc enim signo significantur se agnoscere hereditatem, se poscere bona sibi delata, quomodo etiam solebant ut ex Martiale colligere licet, poscere matellam. Petronius Arbiter: *digitos concrepuit: ad quod signum matellam spado supposuit*. Omnium verisimile est reliquorum intervenisse propria symbola.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXIX. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VI. de Usuris.

Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, & usurarum quæstio moveretur, Imperator Antoninus adeo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset.

§. 1. Imperator quoque noster Severus filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine jussit, quod ea patrem præstitisse dotis usuras allegasset.

LIBRO XXIX. initium dabit *l. 6. de usur.* Cujus quæstio est in usu sæpe. Sciendum ex contractu filiifamil. vel servi, patrem vel dominum teneri actione de in rem verso, id est, de eo quod filius famil. vel servus patrem vel dominum locupletiorem fecit, & vere facere voluit: nam ut sit actio de in rem verso, necesse est ut voluerit negotium gerere domini, vel patris. Tenetur ergo pater de in rem verso ex contractu filii, & dominus ex contractu servi, id est, de eo quod dominum locupletiorem facere voluit & fecit. In qua actione veniunt etiam usuræ pecuniæ versæ in patrimonium patris vel domini, si in stipulatum deductæ sint, non etiam si promissæ non sint, *l. si pro patre, §. sed utrum, de in rem verso.* Et constat etiam hac actione teneri heredem patris vel domini, ad quem ob eam rem locupletior hereditas pervenit. Et ita Papinianus notat de in rem verso agi in heredem patris vel domini. Nunc finge: Agit creditor de in rem verso cum herede patris vel domini, & petit non tantum sortem principalem, sed & usuras: sed usuras sortis versæ in rem patris vel domini, non constat eas promissas fuisse, sed hoc tantum, patrem creditori præstitisse longo tempore. Quæritur, *an etiam heres patris vel domini eas præstare debeat, quoad integram sortem exsolvat?* Et sane, si non probet solvisse indebitas usuras patrem vel dominum, exemplo patris vel domini, cui heres extitit, deficientibus aliis probationibus, cogetur ex more descripto ejus pecuniæ usuras præstare. Et ita refert Papin. Imp. Antoninum judicasse. Longam igitur præstationem patris argumentum esse usurarum debitarum, etiamsi de stipulatione non constet. Solutio usurarum argumentum est sortis. Et sicut omnia videntur solemniter acta, si quis scripserit se accepisse, id est, præsumitur solemni ritu facta stipulatio, *l. sciendum, de verbor. oblig.* ita videntur omnia solemniter acta, si solverit veluti ex promissione sua, nec probet se solvisse indebitum per errorem. Et hoc est, quod proponit priori parte. Huic objicitur *l. creditor, C. de usur.* quæ l. ait, usurarum obligationem non constitui sine stipulatione, quod est certissimum in credita pecunia, neque ex pacto facto in continenti stipulationem acquiri; Porro usurarum obligationem non constitui sine stipulatione, etiamsi aliquo tempore ex consensu, vel ex voluntate ejus, qui eas præstitit, vel ex pacto præstitæ sunt. Præstatio illa sola, vel diuturna non potuit obligare, cum tamen ex pacto solutæ, quia natura debentur, *l. in his, §. Imperator de solution.* non condicuntur, nec in sortem imputantur, *l. 3. C. de usur.* Sed nec in posterum petuntur a creditore, quod ei sint præstitæ in præteritum tempus, præstatio præterita non est idonea causa gignendæ obligationis quæ nulla fuit, etiamsi pactum præcesserit: nam neque ex pacto, neque ex longa præstatione & continua annorum aliquot nascitur obligatio. Et idem est scriptum de operis libertorum in *l. operis non impositis, de oper. libert.* Si libertus patrono aliquo tempore ex sua voluntate præstitit certas operas, quas ei non imposuerat patronus,

nus, & quas ipse nunquam ei promiserat, certe non ideo [A] perseverare cogitur in his præstandis. Idem est scriptum de qualibet pensione, *l. si certis annis*, C. *de pact.* Tu certis annis ex pacto convento mihi præstitisti pensionem aliquam, quam non poteram te cogere, ut præstares, cum ex pacto non sit actio, an igitur quod eas præstiteris ex pacto, quod pacto obtemperaveris, & sequentibus annis te compellam, ut fidem impleas pacti? Minime: quia nulla subest obligatio: ergo nulla coactio est mihi, nec ex præstatione annorum aliquot potest duci ulla obligatio atque constitui. Hi tres loci objiciuntur huic decreto sive rescripto Antonini Imperatoris. Sed his omnibus est facile hoc modo respondere: non sunt adferendæ tres aut quatuor rationes, quas Accursius attulit: sed dicendum est, longam præstationem sortis vel usurarum, sive fiat in solidum, sive pro parte, quotannis, [B] vel quot mensibus, non constituere obligationem, quæ fuit initio: consuetudinem pensitationis indebitæ, non constituere debitum, ut qui præstitit ante & deinceps post præstare cogatur, quasi obligatus. Sed quamvis hunc effectum non habeat solutio, sive præstatio, sive pensitatio longa, habet tamen alios effectus, & primum, ut inducat tacitum pactum, quod non est inducere obligationem, ut in specie *l. qui semisses, hoc tit.* & *l.* 5. & 8. C. *eod.* Tu promisisti mihi majores usuras, & aliquot annis mihi præstitisti minores, nec expostulanti: tacite videtur convenisse, ne peterentur majores. At si post petam majores, me repelles exceptione taciti pacti: longa igitur præstatio tacitam pactionem inducit. Est & alius effectus, ut præbeat præsumptionem & argumentum certissimum obligationis, si de ea dubitetur [C] pactum præcesserit, an stipulatio: usurarum ex longa præstatione debitarum, ex longa præstatione præsumam præcessisse stipulationem, nec debitorem fuisse adeo supinum, ut mihi diu præstiterit indebitas, videlicet non probantem fuisse indebitas & solutas per errorem. In dubio igitur non induces obligationem, sed præsumptionem obligationis, quæ habetur pro probatione, & sufficiat judici, ut & Imperatori in hac specie sufficit. Et tertius effectus hic est, ut si fuerit obligatio ab initio, & hoc constet, longa pensitatio eam perpetuet, producat, ut in specie alimentorum relictorum testamento vel codicillis, *l.* 1. C. *de fideic.* Mihi sunt relicta alimenta testamento vel codicillis, & hoc constat, hoc probo, cui fuerint relicta: non ambigitur, an debeantur, sed quæritur, utrum in perpetuum, an ad tempus debeantur. [D] Porro mihi fuere præstita per multum temporis, id est, non minus quam triennio: lex ait, ex hac præstatione triennii duci conjecturam perpetui debiti, nisi probet heres alimenta fuisse relicta tantummodo in triennium. Et observandum in *d. l. multum tempus* accipi pro triennio, & triennium accipi pro multo tempore: si petantur usuræ quasi promissæ, quæ præstitæ sunt triennio & in posterum præstentur, nisi probes non deberi; ubi præsumptio pro me facit, tibi incumbit probatio, in qua si deficis vincit præsumptio, & ita multos annos accipi convenit in *d. l. qui semisses*, & *l.* 5. C. *de usur.* maxime cum *l.* 8. *eod. tit.* in eadem specie non exigat numerum annorum, ut non male Greci velint illo loco, vel unicam præstationem usurarum minorum sufficere, ut quis per exceptionem pacti taciti liberetur a [E] majoribus, quod *d. l.* 8. non exigat numerum annorum, vel unius anni satisfactio pro pactione est. Et quod ponitur in *l.* 5. per certos annos fuisse præstitas minores usuras, ex pacto proponitur: in præscriptione tamen fateor exigi 10. annos, ut colonus scilicet vindicet in libertatem: repelletur exceptione hujusmodi, quod longo tempore, id est, 10. annis præstiterit reditus, atque quasi colonariæ conditionis homo, quo jure utimur hodie, *l. litibus*, C. *de agric. & censit. lib.* 21. Eaque ratione conficiuntur antapochæ, *une contrequittance*, in *l. plures*, C. *de fide instrum.* quibus probat creditor, sibi solutam pensionem fuisse. Apocha creditor profitetur pecuniam sibi solutam fuisse. Antapoca autem colonus profitetur se solvisse. Apoca debitori datur: Antapoca domino. Sed addamus quartum effectum, præstatio vel semel facta, vel partis præstatio, obligationem quæ fuit, corroborat, quia exstinguit exceptionem S. C. Macedoniani: qui enim ultro solvit, cum esset tutus exceptione S. C. Maced. videtur renuntiasse exceptioni, *l.* 9. §. *ult. sup. ad Maced.* *l.* 4. C. *eod.* Exstinguit etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ: nam si cœpi solvere, postea non allegabo mihi non solutam pecuniam fuisse, *l.* 4. C. *de non num. pec.* Facile ea exceptio perimitur: nam & coercetur biennio: præstatio etiam exstinguit præscriptionem fori, ut si hoc loco cœpi solvere, si hoc in foro, cui non sum subjectus, eodem cogar peragere solutionem, nec potero revocare forum posita exceptione fori, *l. si fideicommissum*, §. *ult. de jud.* Ac præterea exstinguit facultatem appellandi, si condemnatus feci, judicatum in totum, vel pro parte, non est mihi integrum appellare, quia videor acquievisse sententiæ & renuntiasse appellationi, *l. ad solutionem*, C. *de re jud.* In quam rem recte etiam adducit Accurs. *l. cum ex causa de appell.* Et hæc de priori parte. In posteriori similem casum Papin. adjungit, quo ex præstatione certi temporis ducitur argumentum obligationis. Prior casus est ex decreto Antonini, posterior ex decreto Severi. Verbum enim *jussit* in posteriore parte, significat decretum, ut *l.* 3. *hoc tit. l. Imperator*, *ad Treb.* ut indicavimus in priori parte. Prior pars fuit de actione, de in rem verso, posterior, ut Græci ponunt speciem qui in eo mihi mirum in modum placent, quod conjungant duas vicinas actiones, quibus tenetur pater vel dominus, vel quilibet eorum heres ex contractu filiifam. vel servi. Posterior ergo est de actione quod jussu. Finge: filia jussu patris marito promisit decies centena millia nummorum dotis nomine, & ea fuit olim legitima dos. Martialis: *Centena decies, quæ tibi dedit dotis.* Et Juvenal. *& ritu decies centena dabuntur, Antiquo.* Lex Papia est, quæ modum imposuit dotibus, *l.* 2. C. *Theodos. de inoffic. dotibus*, ut certe par est ei opponi modum, sicut donationibus & legatis, & est impositus constitutione quadam Regia. Respublica Massiliensium (fuit olim excellentissima, ut omnes auctores testantur) modum dotis constituit centum aureorum, nec produci poterat ultra 100. aureos. Strabo: quarumcumque facultatum esset, & quinque aureorum in vestem, & quinque in mundum muliebrem, *είς χρύσου κόσμον*, *la dot en argent, & le vestement & ornement.* Sed redeo unde abii: filia jussu patris marito promisit in dotem decies centena, obligatur pater actione, quod jussu, atque etiam directa, quia ipse videtur contraxisse, *l. ult. quod jussu.* At proinde pater ejus dotis usuras præstitit aliquo tempore, in exhibitionem scilicet filiæ, *pour l'entretenement*, ne sumptibus mariti aleretur, sed ex usuris suæ dotis, ne interim, dum non solvitur dos, maritus de suo uxorem exhiberet, & ejus mancipia. Hac igitur ratione solet pater inferre usuras dotis, ut exhibeatur filia a marito, *l. creditor*, §. *si inter mand. l. pen. de acq. hered. l. cum post*, §. *in domum*, *de jure dot. l. in insulam*, §. *usuras*, *sol.* Ex constitutione Justiniani hodie etiam marito pater debet usuras trientes dotis ipso jure sine stipulatione, sine pactione *αὐτομάτως* post biennium a die contracti matrimonii, *l. ult.* §. *præterea*, C. *de jure dot.* Sed persequamur speciem. Filia promisit dotem jussu patris: pater præstitit usuras: post confiscata sunt bona patris, fiscus quasi successor tenetur creditoribus, inter quos est gener. Is igitur cum fisco agit, & petit decies centena sibi promissa, petit etiam usuras in quas sibi promissas, fiscus veluti successor juris universi tenetur, *l.* 5. C. *de bon. proscript.* ut bona intelligantur deducto ære alieno. Sane fiscus præstabit usuras, quas præstitit is qui confiscatus est. Et præstatio usurarum idoneum est argumentum debitarum usurarum, atque ex eo fiscus obligabitur solvendæ doti & usuris. Debentur quidem marito fateor, sed numerabuntur recte filiæ, & petentur adhibito marito, vel a marito petentur adhibita filia, quia ejus est proprium matrimonium, & quasi communis res est, uxoris & mari-

ti,

ti, unius eſt jure naturali, alterius jure civili, *l. in rebus, C. de jure dot.*

Quod diximus ante ex longa & multa præſtatione, ſive penſatione, non conſtitui obligationem, quæ non fuit conſtituta ab initio, manifeſto confirmatur eo, quod ſi pater, qui pro pupillo non obligatur, niſi de peculio & aliis actionibus prætoriis: ſi, inquam, pater cœperit ultro ſolvere debita pupilli quædam, non ideo obligatur, & reliqua debita ſolvere, *l. ult. C. ne uxor pro mar.* ſolvet pro filio, quibus libuerit: nec ſi quibuſdam ſolverit liberaliter, ideo compelletur aliis creditoribus ſolvere. Item quod heres interveniente Falcidia, qui præſtitit quædam legata ſolida ſine detractione Falcidiæ, non obligatur cetera præſtare ſolida, ſed utetur in ceteris, ſi volet Falcidia, *l. 15. §. non idcirco, ad leg. Falcid. l. 6. in fi. C. eod.* Atque ita etiam ex his apparet, præſtationem longam aut multam non obligare eum, qui obligatus non eſt: præſtita tamen non poſſe repeti, quia donaſſe ea videtur ultro, & donati non eſt repetitio.

Ad L. XL. de Vulg. & pupil. ſubſtitut.

Cauſa cognita impubes adrogatus deceſſerat: quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali proſpicitur vinculo cautionis: ita, ſi forte ſubſtituit naturalis pater impuberi, ſuccurrendum erit ſubſtituto: Nam & legitimis heredibus futuris non aliæ, quam utiles actiones præſtari poſſunt.

LEx 40. eſt de adrogatione pupilli morte patris facti ſui juris. Olim pupillus adrogari non potuit, ut ex Gellio intelligere licet. Ratio fuit, quia is qui adrogatur, ejus rei eſſe debet auctor: pupillus autem nullius rei auctor eſt idoneus, & tutori quoque in pupillum non eſt tanta poteſtas, vel auctoritas, ut eum poſſit ſubjicere alienæ poteſtati, proinde adrogari non poteſt, niſi jam *veſticeps*, id eſt, *pubes*. Pubes olim adrogari potuit ſine curatoris auctoritate, hodie non poteſt ex conſtitutione Claudii, *l. 7. & 8. de adopt.* Pupillus ne tutore quidem auctore adrogari poteſt, hodie adrogari poteſt eo auctore ex conſtitutione Anton. *Ulp. in fragm. tit. de adopt.* Is eſt D. Pius, *l. 2. fam. erciſc.* Ea conſtitutio, ſive reſcriptum ſignificatur in hac l. his verbis, *auctoritate principali*, id eſt, conſtitutione D. Pii, & in *l. ſi adrogator, de adopt.* his verbis, *principali providentia*. Ex ea conſtitutione pupillus adrogari poteſt, hodie tutore auctore obſervatis his, quæ eadem conſtitutione præſcribuntur, non adrogatur ſine obſervatione magna. Ac primum fit adrogatio cauſa cognita: ut initio ejus *l. cauſa cognita impubes adrogatus eſt uti oportet*. Sed hoc videtur non eſſe proprium in pupillo: Nam & puberis adrogatio fit cauſa cognita, *l. 15. §. ult. & ſeq. de adop.* Gell. *lib. 5. ait, adrogationem non fieri temere, nec inexplorate: Nam & ætatem ejus, qui adrogare velit, conſideramus, an liberis potius gignendis idonea ſit, & num bona ejus, qui adrogatur, inſidioſe appetita ſint: Nam adrogatus cum capite bona ſua trasfert in adrogatorem*, & conſiderantur innumera alia. M. Tullius pro domo ſua: *cauſam adoptandi quæri ſolere. Sed fateor, in adrogatore pupilli diligentiſſimam inquiſitionem fieri, ne ſit in poteſtate tutoris, qui ejus rei auctor eſt, & ſine quo non valet adrogatio, ne ſit in ejus poteſtate finiri tutelam a patre naturali pupillo factam, quod eſt teſtamentum pupilli, qui per ætatem non poteſt ſibi facere teſtamentum. Nam tutela finitur adrogatione, quia filiusfamilias tutorem habere non poteſt (qui eſt en puiſſance d'autruy, ne peut avoir de tuteur) Subſtitutio quoque cum ſit teſtamentum pupilli, adrogatione irrita fit, quia adrogatio capitis deminutio eſt, & omni capitis deminutione teſtamentum irritum fit.* Et hoc ita oſtenditur *l. nec ei permittitur, §. de adopt.* Finitur etiam agnatio adrogatione, & perimitur jus legitimarum hereditatum, jus agnationis, id eſt, adrogatus deſinit eſſe agnatus his, quibus fuit ante, & viciſſim, quia adrogatione ante fuerint agnati, deſinunt eſſe. Adrogatio igitur perimit agnationem, & jus legitimæ hereditatis, mutat gentem, familiam, nomen, ſacra, quæ omnia tutoris auctoritas non temere abolere debet, qui fuerit auctor pupillo dandi ſe adrogandum. Ac præterea illud exigitur in adrogatione pupilli ex conſtitut. D. Pii, ut adrogator ſatiſdato caveat mortuo pupillo ante pubertatem, reſtituturum ſe bona quæcunque fuerint illius, ad quos ea pertinerent, perinde ac ſi adrogatus non eſſet. Et ita cavet ſervo publico, tabulario, actuario apud prætorem, quomodo etiam rem pupilli ſalvam fore tutor cavet ſervo publico, *l. 2. rem pub. ſalv. for.* Et ſicut ex ſtipulatione hac, rem pupilli ſalvam fore, pupillo heredibuſve ejus, acquiritur utilis actio, non directa, quia per ſervum publicum, ut nec per alienum, ipſo jure pupillo, vel alii non potuit acquiri actio, *l. 4. eod. tit.* ob id non acquiritur directa, ſed utilis ex civili ſtipulatione, alii non acquiritur: ex prætoria utilis actio acquiritur etiam per liberam perſonam, veluti per procuratorem, quod eſt proprium ſtipulationum prætoriarum, *l. 5. de prætor. ſtip.* quæ non reguntur jure ſtricto, ſed æquitate prætoria. Ita ex hac ſtipulatione, quæ interponitur ex conſtit. D. Pii, pupillo adrogato, per ſervum publicum acquiritur utilis actio his, quorum intereſt, id eſt, qui læduntur adgnatione pueri. Et his verbis, *ad quos ea res pertinebit*, non tantum continentur legitimi heredes pupilli, ut *l. 2. §. impuberem, & §. pen. ad Senatuſc. Tertull.* ſed continentur etiam heredes teſtamentarii, id eſt, ſi quos pater naturalis pupillo ſubſtituit ſecundis tabulis in hunc caſum, ſi ante pubertatem moreretur: Nam his omnibus ex ſtipulatu utilis actio datur, ſive ſtipulatus ſit ſervus publicus, ſive nemo ſit ſtipulatus: Nam in hac ſpecie inducitur tacita ſtipulatio, & omiſſa ſtipulatio pro expreſſa habetur, & competit utilis ex ſtipulatu. Denique actio ex ſtipulatu datur ſubſtitutis, licet ipſo jure ſubſtitutio irrita ſit propter adrogationem: Nam ſi datur actio legitimis heredibus, & ſubſtitutis eam dari æquum eſt, quia legitimi ipſo jure non veniunt, cum agnatio perempta ſit adrogatione. Utrique igitur veniunt vinculo & poteſtate cautionis: & hoc eſt quod ait Papinian. in hac *l. cauſa cognita futuris heredibus utiles actiones præſtari*, id eſt, qui futuri erant ipſo jure, ſi adrogatio non interveniſſet: Et omnino ratio Papin. ita explicanda eſt, ad quam non animadverterunt interpretes, ut adrogatione jus ſubſtitutionis perimatur, quia ut omne teſtamentum perimitur capitis deminutione, ita & jus legitimarum hereditatum. Et ſi hoc conſervas legitimis heredibus, & illud debes conſervare ſubſtitutis: nec enim plus juris habent legitimi, quam ſubſtituti: utrique veniunt remedio cautionis, vel tacitæ, vel expreſſæ: nam tacita, ſi omiſſa fuerit expreſſa, ſubintelligitur, *l. his verbis, de adoption.* ut multis aliis caſibus in jure ſunt pleræque tacitæ cautiones. Et maxime hoc admittitur in prætoriis, ut quod ſolet fieri, videatur factum, etiam ſi re vera non ſit factum. Et hodie cur multi non utuntur cautionibus, non cautione judicio ſiſti, de rato, judicatum ſolvi, non cautione legatorum, non pupilli rem ſalvam fore, an contemnimus jus civile? minime, ſed ſolemnia, quæ erant, præſumimus ſemper acta, ut intelligantur interveniſſe: & fidejuſſorum ſatiſdationes nullæ ſunt hodie, ſed repromiſſiones. Denique cautiones, de quibus fit mentio in jure, omnes locum habent, quia tacite intelliguntur, vel ſunt nudæ repromiſſiones. *Car s'il y avoit un reſpondant, il faudroit qu'il parlaſt.* Ergo ut ait Papinianus, utilis actio mortuo pupillo adrogato ante pubertatem, datur ſubſtitutis pupillo a patre naturali, cujus effectu & poteſtate conſequentur hereditatem pupilli, & perinde ac ſi ſubſtitutio non fuiſſet irrita, conſervatur. Conſervantur igitur ſecundæ tabulæ, & omnia quæ ſunt ſcripta in ſecundis tabulis, *d. l. his verbis*. Sed multum intereſt deceſſerit pupillus vivo adrogatore, an mortuo: Nam ſi eo vivo, ipſe adrogator vel fidejuſſor ejus tenetur utilibus actionibus ſubſtitutis, vel legitimis heredibus pupilli, ut reſtituat, quod pupillus tranſtulit in familiam ejus ab initio, & quod poſtea ei acquiſivit. Sin autem poſt adrogatorem pupillus deceſſerit, heredes adrogatoris heredibus pupilli

pilli

pilli non tenentur jam ex cautione, quæ in eum casum non concipitur, nec hoc jure conciperetur recte ante Justinianum post mortem promissoris, sed tenentur heredibus pupilli ipso jure ex constitutione Divi Pii, condictione ex ejusdem rescripto, non tantum ut restituant quæ a pupillo ad adrogatorem pervenerunt, sed etiam bonorum adrogatoris, quæ fuerunt mortis tempore, ut præstent quartam, quæ est quarta Antoniana, debita pupillo, quæ omnia & pupillo deberi cœperunt, qui supervixit adrogatori vel exheredato vel emancipato, vel instituto ex minima parte, deberi, inquam, & cœperunt statim a morte adrogatoris, & ab eo peti potuerunt ex ea constit. D. Pii, *l. ult. si quid in fraud. patr. §. cum autem, Instit. de adoption. l. Papin. §. si quis impubes, de inoffic. test. l. 1. §. si impuberi, de collat. bon. & d. l. si adrogator:* peti, inquam, potuerunt, ex rescripto scilicet D. Pii, atque etiam utili judicio famil. ercifcund. instituto cum herede scripto, *l. 2. famil. ercisc.* Et inde quæritur in *d. l. si adrogator, de adoption.* an adrogator pupillo substituere possit? an possit ei facere substitutionem pupillarem? quod videtur, cum sit in ejus potestate. Verum magna ratione placuit, ut adrogator non posset ei subsistere, nisi in suis bonis, quæ dedit, vel alius ipsius contemplatione, & nemo dubitabat quin iis potuerit substituere: dubitabatur, an posset ei substituere in quarta; quæ debetur ex rescripto D. Pii, quasi æs alienum. Pater in eo, quod debet filio non substituit recte, quia id non ei obvenit judicio patris, sed debetur necessitate juris. Verum placuit permitti adrogatori, ut in ea quarta substituat pupillo vel directo, vel per fideicommissum usque in pubertatem, puta in hunc casum si moriatur ante pubertatem, ut illa quarta Titio obveniat vel restituatur, non ultra pubertatem, nec per fideicommissum quidem, *d. l. si adrogator, & l. sed si plures, §. in adrogato, de vulg. substit.* In ceteris bonis quæ dedit adrogator poterit substituere etiam ultra pubertatem per fideicommissum. Nam puberi directo non substituimus in secundum casum, id est, quo substituitur pupillis, sed vulgari modo tantum, si pubes nolit esse heres, qui est primus casus substitutionis. Secundus est, si sit heres, & moriatur intra pubertatem, non post, quia pubes ipse potest sibi facere heredem, non possum ei dare heredem, qui sibi facere potest: pupillo possum, quem in potestate habeo. Ex his oriuntur tria vel quatuor valde nova. Primum hoc est, ut puberi non possim substituere per fideicommissum in bonis a me profectis, veluti in quarta illa, quod est contra regulam juris, ut non possim per fideicommissum substituere in bonis a me profectis, *§. ult. de pupill. substit.* Et ratio hæc est, quia non judicio meo debetur ea portio adrogato, quæ non datur mea sponte; sed ex necessitate juris, ex providentia Divi Pii: in eo, quod tibi debeo, de fideicommisso onerare non possum. Fideicommisso onerari possunt qui judicio nostro ex bonis nostris aliquid perceperunt. Secundum quod valde novum est in specie pupilli adrogati, hoc est, ut ad substitutionem pupillarem, quam fecit adrogator, non pertineant omnia bona pupilli, sed quarta illa, & bona ab adrogatore profecta, non quæ pupillus ei acquisivit, vel ab initio adrogationis vel postea, quod est contra regulam *l. sed si plures, §. ad substitutos, hoc tit.* Nam heres unicus, qui scribitur, non potest non esse heres ex asse. Et ratio novitatis hæc est, quia cetera bona sunt obnoxia cautioni, nec possunt comprehendi substitutione. Et tertium etiam, quod novum est, ut si forte pater naturalis ei pupillo substituerit ante adrogationem, deinde decesserit, atque etiam adoptivus post adrogationem, fit in hac specie, ut non habeat omnia bona substitutus a patre naturali, nec omnia substitutus a patre adoptivo, atque ita, ut duo quodammodo pupillus videatur habere patrimonia, duas hereditates, duo testamenta, quod æque est contra regulam juris. Unius hominis non sunt duo patrimonia, duæ hereditates, vel duo testamenta, *l. jurisperitos, §. 1. de excusation. tut. l. si certarum, de milit. testam.* nisi militis, cujus duo possunt esse patrimonia, paganum & castrense. Et hac in re comparatur militi pupillus adrogatus, *d. §. ad substitutos, & seq.* Addamus etiam quartum, ut si ei pupillo substituerit adrogator, non substituerit pater naturalis, pro parte moriatur testatus, pro parte intestatus, quia substitutio pupillaris ei facta amplectitur tantum partem bonorum pupilli: & pro parte igitur testatus videtur. Nec dubitemus, quin exemplum militis, ad hanc partem trahere liceat. Addamus ultimum, licet addubitet Accursius *in d. l. si adrogator*, ut plus tribuatur adoptivo filio, quam naturali & legitimo: nam naturalis jure exheredatus excluditur omnibus bonis paternis, ut ne teruncium quidem habere possit ex bonis patris: Adoptivus exheredatus semper salvam habet quartam. Sed hoc obtinet in pupillo tantum adoptivo in suprad. Constitut. non impubere, non etiam in pupillo, qui pubuerit apud adrogatorem. Cautio finitur pubertate, *l. his verbis, & seq. de adopt.* Constitutio D. Pii finitur pubertate, qua ratione etiam nihil attinet caveri substitutis pupillo a patre naturali post pubertatem, quia substitutio pupilli finitur pubertate, *l. in pupillari, hoc tit.* Nihil attinet etiam caveri legitimis post pubertatem. Nota, *pour les legitimations de France, que les parens du pere legitiment & naturel, ne peuvent pretendre interest, & n'ont besoin d'estre appellez*: cum certo non sint futuri heredes post pubertatem: possint etiam facere testamentum, & excludere legitimos. Possis quærere de quarta hac Antoniana, quæ debetur pupillo adrogato, qui supervixit adrogatori, pupillo, inquam, exheredato ab adrogatore, quæ exheredatio excludit illum bonis omnibus, vel etiam emancipato sine causa, quæ emancipatio omnimodó perimit jus filii adoptivi: emancipato filio naturali remanet cognatio, emancipato adoptivo nihil remanet, nec post emancipationem est agnatus, nec cognatus: debetur etiam hæc quarta non quidem instituto ex asse, vel justa parte, sed ex minima, velut ex uncia debetur unciario heredi: nam hunc comparo exheredato, *l. 2. quod cum eo.* Quæres, quid si sint plures pupilli adrogati, utrum singulis debentur quartæ in bonis adrogati, an omnibus una quarta? Dicam, vix permitti adrogationem plurium pupillorum, quæ fit ægre, & non nisi causa explorate cognita; sed si permittatur, dico omnibus pupillis adrogatis his casibus deberi quartam bonorum omnium adrogatoris: singulis autem quartam legitimæ partis, id est, quartam ejus partis, quam haberent ab intestato, quæ coadunatæ conficiunt omnibus simul quadrantem omnium bonorum, exemplo naturalium & legitimorum, quibus & eo modo satisfit, non exheredatis. Ac postremo si adrogatori supersint filii naturales & legitimi, dicam: vix habenti justos & naturales permittitur adrogatio pupilli, *l. nec ei, §. pen. de adoption.* vel si permittatur, aut post adrogationem susceperit naturales, quos non habuerat ante, pupillo, aut pupillis adrogatis & exheredatis, & emancipatis sine causa, vel institutis ex modica parte; similiter sua quarta servanda omnibus bonorum omnium adrogatoris, cetera relinquenda ab intestato liberis naturalibus.

Ad Leg. XI. ad leg. Falcid.

In ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputantur.

ADeo laborem multum in explicandâ *l. 11. ad l. Falcid.* cujus singulis versibus singula sententia controversa significatur. Primo versu quid significatur? In ratione *l. Falcid.* quædam sunt causæ, ex quibus retentionem habemus, petitionem non habemus, *l. ex quibus, de condict. indeb.* ut quartæ hereditatis, quæ pro-

propter l. Falcidiam apud heredes remanere debet, retentio est, non petitio, nisi ex constitutione Justiniani, *l. 14. §. 1. & sequ. & l. 93. hoc tit.* Et dotis ob liberos est retentio, non petitio, *tit. de dotibus*, apud Ulpian. debiti naturalis est retentio, non petitio, *l. Stichum, §. aditio, de solut.* Quod evenit & in aliis multis causis; Ex his causis retentiones factæ a testatore, vel ab herede, post aditam hereditatem, cum conveniretur, id est, retentiones omnis temporis heredi imputantur in Falcidiam, quia factæ retentiones a testatore, perveniunt ad heredem jure hereditario, & fiunt ab herede similiter jure hereditario. Et certum est, in Falcidiam venire, aut imputari ea omnia, quæ heres habet jure hereditario pro modo quadrantis, & ea quidem sola, non quæ alio jure, vel ex alia causa habet, *l. 5. l. si a me, l. quod autem, & l. in quartam, hoc tit.* Falcidiam capit jure hereditario, *leg. pater filium, hoc tit.* vel quod idem est, *jure testamenti*, id est, jure institutionis, *l. qui duos, de vulg. subst.* Habet autem heres jure hereditario non tantum corpora, quæ testatoris fuerunt mortis tempore, sed etiam actiones, petitiones, persecutiones: & non tantum actiones, sed etiam retentiones, deductiones, reputationes, computationes, compensationes, & quocunque tempore hæ etiam ei imputantur in Falcidiam. Et hanc puto esse sententiam hujus versus: neque enim eum accipi volo de retentionibus, sive prælegationibus, cum retentis quibusdam heres rogatur restituere hereditatem: quanquam & hæc videatur heres sumere ex hereditate ipsa, & consequenter debeat etiam hæc imputare in Falcidiam, *d. l. in quartam*. Nam si de his retentionibus sensisset, non adjecisset *omnis temporis*: nec enim hæ recipiunt varia tempora. Nolo etiam hunc versum accipi de legatis inutilibus, quæ remanent apud heredem, quanquam & hæc constet imputari in Falcidiam & augere cetera legata, *l. 50. 51. & §. 1. hoc tit. Instit.* Nam si de his sensisset, non fuisset ei grave scribere: (*retentionibus legatorum*:) Ac rursus non adjecisset, *omnis temporis*, quibus verbis complectitur & tempus mortis testatoris, quod in hoc tractatu legis Falcidiæ potissimum spectatur, & tempus quodcunque fuit post mortem ejus: ut omni tempore, quod quandoque bonis accessit per retentionem, opposita exceptione doli mali, id pleniorem hereditatem faciat, & heredi imputetur in Falcidiam, veluti, si heres post mortem testatoris per retentionem servari id, quod aliquis defuncto debuit naturaliter, ut in *l. cum quis, §. quid ergo si idem, hoc tit.* quia etsi retentio illa contingat post mortem testatoris, tamen ipsa naturalis obligatio fuit mortis tempore. Qui sensus etiam congruit, aut est proximus valde §. 1. *hujus leg.* in quo etiam ponitur alius casus, quo aliquid imputatur in hereditatem & in Falcidiam, ex eo, quod contigit post mortem testatoris, quorum utrumque videtur esse contra regulam juris, ut in ponenda ratione legis Falcidiæ, inspiciatur tempus mortis testatoris, id est, ut inspiciatur, quanti eo tempore fuerit hereditas, quid eo tempore fuerit in bonis, & quod postea perit, ut pereat heredi, quod postea accedit, ut lucro cedat heredis, *l. in quantitate, l. cum quo, l. in ratione 2. hoc tit.*

Ad §. Si servus.

Si servus sub conditione libertate data, vita decessit, si quidem impleta conditio quandoque fuerit, heredi non videbitur periisse, quod si defecerit, in contrarium ratio trahit, sed quanti statuliber, moriens fuisse videbitur.

AGit hic §. de statulibero, & pro his verbis, *si servus sub conditione*, brevius licet reponere, *si statuliber.* Statuliber est servus manumissus sub conditione in testamento. De servo manumisso proprie agitur in §. *si servus*. Quo paulo inferius conjuncto cum hoc §. 1. intelligimus in eadem quæstione, quantum intersit inter servum sub conditione manumissum, id est, statuliberum, & servum pure manumissum. Sed ut de statulibero prius agamus; quæritur, *si post mortem testatoris moriatur statuliber pendente conditione libertatis, utrum pereat heredi, an non?* Si perit heredi, heres ejus pretium sibi imputat in Falcidiam, Si non perit, non imputat. Et eleganter Papinian. docet, hoc ex eventu dignosci oportere. Distinguit hoc modo: aut post mortem statuliberi extitit conditio libertatis, aut defecit libertatis conditio. Si extitit conditio libertatis, pretium ejus bonis deducitur, hereditati deducitur, perinde ac si vivus pervenisset ad libertatem existente conditione, quia constat in ponenda ratione legis Falcidiæ, pretia manumissorum detrahi bonis, *ils ne sont point en compte*, ut æs alienum, *lequel n'est point du compte des biens, l. sed si non servus, §. 1. l. æris alieni, hoc tit. §. ultim. Instit. eodem tit.* Quod fit etiam in ponenda ratione legitimæ debitæ liberis, aut parentibus, *l. Papin. §. quarta, de inoffic. test.* Igitur eo casu pretium ejus hereditati peribit, id est, non intelligetur in hereditate fuisse: non peribit heredi, id est, heres non id imputabit sibi in Falcidiam. Sic igitur, si post mortem statuliberi extiterit conditio libertatis, pretium ejus peribit hereditati, quia non intelligetur in hereditate fuisse, non peribit heredi, quia heres pretium ejus sibi non imputabit in Falcidiam: male dixeram ante sine negatione: quia nec si viveret, ullum pretium, ulla æstimatio ejus iniri posset: esset enim liber, & liberi hominis nulla est æstimatio. Absurdum autem est mortuum æstimare, qui vivus non æstimaretur. Observandum est multum interesse utrum qui dicat, *pretium hereditati perire*, an *heredi*: nam quod heredi perit, imputatur heredi in Falcidiam, & non perit hereditati, quia intelligitur in hereditate fuisse. Contra, quod hereditati perit, non intelligitur in hereditate fuisse, & non perit heredi, quia non imputatur ei in Falcidiam. Ex hac observatione facile quis apprehendet cetera omnia. Et hoc quidem, si post mortem statuliberi extiterit conditio libertatis. Nunc sumamus alterum membrum. Quid si defecerit conditio? Et hoc casu hereditati non perit is homo, cum intelligatur in hereditate fuisse: heredi perit, quia pretium ejus sibi imputat in Falcidiam: nam etsi viveret, quia defecit libertas sive conditio libertatis, ipse vel pretium ejus bonis computaretur. Et hoc est quod ait in §. 1. Sed notandum est, multum interesse tamen una in re, utrum is homo vivat, an mortuus sit, cum defecit conditio libertatis: Nam si viveret, tanti æstimaretur, quanti fuit tempore mortis testatoris: si moriatur pendente conditione, ut dixi, quæ postea deficiat, tanti æstimabitur, quanti fuerit mortis suæ tempore, non testatoris, id est, æstimabitur ut statuliber: nam & mortuus est statuliber, non æstimabitur ut servus, eaque sola æstimatio heredi imputatur in Falcidiam. Minor igitur æstimatio, quam si servus mortuus esset, quia minoris semper æstimatur statuliber, quam servus propter implicitam statulibero causam, & statum libertatis. Et id est quod ait in *ult. vers. §. 1. sed quanti statuliber moriens videtur fuisse*. Hæc verba sunt de æstimatione mortui statuliberi. Superiora sunt de peculio, an heredi perierit statuliber nec ne. Et hæc de statulibero. Nunc videamus quid sit dicendum in servo pure manumisso testamento domini, de quo est §. *si servus* 4.

Ad §. Si servus 4.

Si servus testamento manumissus ante aditum hereditatem decedat, heredi quidem periisse intelligitur, sed cujus pretii erit, qui si viveret, non æstimaretur? Nam & eos, qui moriente domino ea valetudine affecti fuerant, ut eos non posse vivere certum esset, tamen, si postea moriantur, hereditati periisse responsum est. Nec aliud in his, qui sub eodem tecto fuerunt, cum dominus a familia necaretur.

FInge, servo pure datam libertatem in testamento, & post mortem testatoris eum servum mori ante aditam hereditatem, id est, antequam cederet dies libertatis.

tatis. Nec enim libertas cedit antequam ſit hereditas, *l. Julianus, de cond. & demonſtr. l. qui putat, §. ult. de acqu. hered. l. un. §. in noviſſimo, C. de cad. tol.* Et ideo regula Catoniana non pertinet ad libertates, quoniam eſt de his tantum, quæ cedunt a morte, non ex alio tempore. Hic igitur ſervus, ut poſuimus ſpeciem, cui erat relicta libertas pure, deceſſit ante aditam hereditatem, cui periit. Et periit quidem heredi revera, non hereditati, quia certe in hereditate fuit tempore mortis teſtatoris, & fuiſſe eventus docuit confirmavitque, cum dies libertatis inutiliter ceſſerit illo jam ante defuncto. Sed tamen ut concludit Papin. magis eſt, ut dicamus illum hominem perire hereditati, non heredi, propterea quod pretium ejus heres in Falcidiam imputare non poteſt, quia nec ſi viveret ipſe ullum reciperet pretium, quoniam eſſet liber: non poſſum æſtimare mortuum, quem non æſtimarem vivum: ſi non poſſit æſtimari, non poſſit igitur imputari in Falcidiam. Atque ita evenit, ut, qui fuit in bonis mortis teſtatoris tempore, non videatur fuiſſe, imo pro eo habeatur in ratione legis Falcidiæ, ac ſi non fuiſſet. Quod non videtur novum Papin. cum in §. *ſi ſervus* ponit alios duos caſus, quibus ſervus, qui revera fuit in nobis mortis teſtatoris tempore, non videtur fuiſſe, & mortuus hereditati perit, non heredi. Primus hic eſt, ſi ſervus, qui ægrotabat mortis teſtatoris tempore, eo tempore deploratus fuerit, & certiſſimæ morti proximus: Nam & hic, licet ſuperfuerit teſtatori, licet deceſſerit poſt mortem teſtatoris, mortis tempore conclamatus, heredi potius videtur periiſſe, quam hereditati, id eſt, non videtur in hereditate fuiſſe, licet fuerit utique. Et alter caſus hic eſt, ſi ſervus ſub eodem tecto fuerit, vel, ut veteres loquebantur, *ſi ſuffuerit*, cum dominus a familia necaretur, & is poſtea ultimo ſupplicio affectus ſit ex Senatuſconſulto Syllaniano, quo cavetur, ut ſervi, qui ſub eodem tecto fuerunt cum dominus necaretur, quæſtione de his habita, poſt ſupplicio afficiantur: hic ſervus fuit revera in bonis mortis tempore, cum deceſſerit poſt mortem teſtatoris, ſed tamen pro eo eſt, ac ſi non fuiſſet, quia heredi non imputatur in Falcidiam, *l. æris alieni, hoc tit.* Atque ita his tribus caſibus evenit, ut in ratione leg. Falcidiæ, in qua ſpectatur quid fuerit in bonis tempore mortis teſtatoris, ſubducantur bonis quædam, quæ fuerunt in bonis tempore mortis teſtatoris, & videatur non fuiſſe in bonis, quod ad rationem legis Falcidiæ attinet. Et his caſibus, ut mortuus ſervus effectu videatur periiſſe hereditati, non heredi. Græci in ſummam illum §. redigunt, conjunctis illis tribus caſibus, quorum primum male quidam diſtinguuntur a duobus conſequentibus. Summa Græcorum eſt. *Servus libertate honoratus & ante aditionem mortuus, & is, de cujus incolumitate vivente teſtatore, deſperabatur*, qui deploratus & conclamatus erat, *& is, qui ſub eodem tecto erat, cum teſtator occiſus eſt, hereditati perit.* Hæc eſt ſumma Græcorum, id eſt, unus, & alter, & tertius homo non videtur in hereditate fuiſſe mortis teſtatoris tempore, licet poſt mortem obierit. Ergo his verbis, *ſed quanti*, concludit hereditati magis periiſſe, quam heredi, ut apparet in conſequent. caſib. quod diligenter retineatis velim.

Ad §. Imperator 2. & §. cum quidam 3.

Imperator Marcus Antoninus decrevit heredes, quibus pars bonorum ablata eſt, non in ampliorem partem, quam pro ea, quæ relicta eſt, legatorum nomine teneri.

§. 3. Cum quidam, parte dimidia bonorum adempta fuiſſet relegatus, idemque provocatione interpoſita, teſtamento poſtea facto obiiſſet, atque poſt mortem ejus non juſte appellatum, eſſet pronuntiatum: quæſitum eſt, utrum æris alieni loco pars dimidia abſcederet, & reſidua ſola videretur fuiſſe in bonis, an vero ſuccurri heredi neceſſarium eſſe videbitur: ſed videtur, ſuccurri debere, cum animus litigantis, & obtinendi votum, hanc opinionem admittit.

SEquitur ut exponamus, quæ proponuntur in §. *Imperator*, ſimul & ſpeciem §. *cum quidam*, quæ ad decretum D. Marci accomodari poſſit, hoc autem efficit decretum, ut heres non teneatur legatariis legatorum aut fideicommiſſorum nomine uſque ad dodrantem, ut ſolet plerumque, ſed uſque ad trientem tantum, & ſemiunciam, & Falcidiæ nomine heres retineat, non quadrantem, ſed ſeſquiunciam totius aſſis, videlicet ſi heredi ablata ſit dimidia pars bonorum, in hoc vid. caſu, & ait *Imperator*, &c. Quomodo autem ablata eſt pars dimidia bonorum hereditati, vel quo jure? veluti per bonorum poſſeſſionem contra tabulas datam filio præterito, cujus frater eſt heres ſcriptus: Nam heres ſcriptus exoneratur in partem, quæ ei aufertur legati nomine, & pro ea parte legatum penitus intercedit, quod non fuit relictum a præterito, *l. & ſi contra, §. ult. de vulg. & pup. ſubſt.* Vel etiam per bonorum poſſeſſ. contra tabul. datam patrono præterito adverſus extraneum heredem ſcriptum teſtamento liberti: nam bonorum poſſeſſ. contra tabulas ei competit in ſemiſſem tantum, & pro eo ſemiſſe, qui quidem aufertur ſcripto, ſcriptus relevatur onere legatorum, quod eſt ex edicto prætoris de bonis libertorum, *l. Plautius, de condit. & demonſtr. l. 20. §. libertus, de bon. libert.* Idem erit, ſi per bonorum poſſeſſ. *unde cognati*, vel, *unde legitimi*, pars auferatur heredi legitimo, ad quem ſolum defunctus bona ſua perventura exiſtimabat neſciens, ſe habere cognatum vel agnatum ejuſdem gradus, & a quo ſolo fideicommiſſa reliquerat: Nam & hunc, cum partem tantum dimidiam ferat ex bonis etiam legatorum onere levari æquum eſt, ne in ampliorem partem teneatur quam pro ea, quæ apud eum remanſit, *l. cum pater, §. cum exiſtimaret, de leg.* 1. Quod ibi Papinianus ait, congruere rationibus æquitatis, & exemplo edicti perpetui: nec poſſit intelligere aliud, quam illud de bonis libertorum. Sed licet addere, id etiam congruere decreto Marci quod proponitur ab eodem Papiniano. Neque §. *cum exiſtimaret* obloquitur *l. poſt emancipationem, in pr. de legat. 3. & l. pen. de jur. cod.* quæ heredem, cui pars aufertur, fideicommiſſis obſtringunt in ſolidum, cum ut oſtendi 19. Papiniauus ad *l. 11. & 13. de jure codic. & 2. ad African. ad leg. 15. eod. tit.* Scævola in *d. l. poſt emancipationem*, & Marcellus in *d. l. pen.* ſpectant jus ſummum, quo heres in ſolidum obſtringitur legatis, cum in ſolidum heres exſtiterit, etiam ſi poſtea contigerit ei auferri partem. Papinianus autem ſpectat, ut ait, rationem æquitatis, & exemplum edicti perpetui, &, ut licet addere, decretum M. Antonini: cui decreto etiam locus erit, ſi per querelam inofficioſi teſtamenti filius exheredatus heredi ſcripto abſtulerit partem dimidiam, *l. cum duobus, C. de inoffic. teſtam. l. cum filius, in princ. de leg. 2.* His omnibus caſibus pro parte, quæ heredi aufertur, legata intercidunt, nec præſtantur, vel ab eo, a quo ſunt relicta, vel ab eo, qui partem aufert. Ergo penitus intercidunt pro ea parte. Et rurſus, his caſibus ipſo jure pars hereditatis heredi non aufertur, ſed per bonorum poſſeſſionem, vel per querelam inofficioſi teſtamenti: & ipſo jure non liberatur heres, cui pars aufertur, a præſtatione ſolidi legati, ſed per exceptionem doli mali, quod ei pars bonorum ablata ſit, quod non ſit æquum ſolidum præſtare eum, cui pars ablata ſit bonorum: conveniri poteſt ipſo jure in ſolidum, cum heres exſtiterit in ſolidum ab initio, ſed ſuccurritur ei per exceptionem beneficio & æquitate decreti. Et rurſus evenit his omnibus caſibus, ut damnum, quod contigit poſt mortem teſtatoris, damnum ſcilicet ablatæ partis, non pertineat ad heredem, ita ut nihilominus cogatur præſtare ſolidum legatum: quia ſc. ejus damni cauſa eſt vetuſtior morte teſtatoris: præteritio vel exheredatio filii, aut patroni conjuncta eſt morti teſtatoris. Regulariter damnum, quod accidit poſt mortem teſtatoris pertinet ad heredem, nec nocet legatariis, ſi culpa careat, vel ſi corpora ipſa legata deperdita vel deminuta non ſint, *l. in ratione 30. in princ. & §. rurſus diligenter, hoc tit.* His caſibus, ut jam dixi, pars hereditatis aufertur heredi, non ipſo jure, ſed per bonorum poſſeſſionem, aut petitionem hereditatis. Poſſit quidem hereditas, quæ relicta

est, ipso jure minui pro parte, veluti legibus Julia & Papia: quod heres semissem tantum capere possit ex testamento, puta ratione orbitatis. Et hoc casu ipso jure tutus est heres, nec tenetur ultra partem, ex qua extitit heres: non extitit autem heres, nisi ex semisse. Alter semis ipso jure cedit legitimo heredi, quæ est sententia legis 1. §. *qui minorem*, *ut leg. nom.* Sunt quidam capaces semissis tantum, *l. cum ei qui partem*, *de leg. 2.* veluti jure veteri orbi, id est, mariti steriles. Ac eo etiam casu legata intercidunt pro parte, quæ non capitur, nec etiam legatis oneratur heres legitimus, cui obvenit pars, quam heres scriptus capere non potest. Possit etiam heredi auferri pars hereditatis post fideicommissi persecutionem, puta, quod rogatus sit partem hereditatis Titio restituere. Et hoc casu solo legatarii non læduntur: nam eis heres & fideicommissarius obligantur pro rata, *d. §. qui minorem, l. 1. §. pen. ad Trebel. l. 2. C. eod. tit.* Nec ad hunc casum quicquam pertinet decretum D. Marci, quia legatariis nihil perit. Nec pertinet etiam ad illum casum, quo ipso jure minuitur hereditas pro parte, quia eo casu heredi necessaria non est exceptio, cum ipso jure non sit heres nisi ex parte, vel non fiat, nisi per aditionem, nec indiget auxilio hujus decreti: sed ad decretum istud omnino pertinet casus, qui data opera subjicitur §. *seq.* qui est hujusmodi. Quidam relegatus est adempta parte bonorum: nec enim relegato possunt adimi omnia bona, quia relegatus manet liber, manet civis. Relegatio non est capitis deminutio: si relegato licet auferre & adimere omnia bona, licet libero, & civi auferre id omne, quo vitam toleret suam, quo nihil est indignius: invenies relegato ademptam partem bonorum, assem nunquam. Et ita igitur pono speciem: Quendam fuisse relegatum adempta parte bonorum, & eum appellasse a sententia. Appellatio extinguit condemnationem: deinde pendente appellatione mortuus est facto testamento. Post mortem ejus pronuntiatum est, non recte appellatum esse. Et ita Papin. proponit pronuntiatum esse in causa appellationis. Et notanda est formula pronuntiandi, *non recte appellatum videri*: vel contra, *recte appellatum videri*, aut *justam provocationem videri*, aut *injustam*. Ita semper concipiuntur hæ sententiæ, *l. qui Romæ §. Seja, de verb. oblig. l. Offidius, de leg. 3. l. 2. quando appell. sit, l. Imperatores, §. 1. l. negotiorum, de appell. l. contra, de minorib. & l. 1. C. de appell. l. maritus, de quæstion. l. chirographis, §. ab eo, de admin. tut.* Et sicubi legas, ita pronuntiatum apud interpretem aliquem, vel me ipsum, ita pronuntiatum, *justam sententiam videri*. Id sic emenda, *injustam appellationem videri*. Nec enim confirmari sententia, sed & *conservari* dicitur in *l. ult. quod cum eo*, ut Florentinæ, non *confirmari*: non confirmatur, non rata esse pronuntiatur, alioquin vis sententiæ retrotrahetur, quod est falsum, *l. furti, §. 1. de his qui not. infam.* Ergo, ut redeam ad speciem, relegatus adempta parte bonorum appellavit, & post mortem eius pronuntiatum est, *non recte appellasse*. Ac ita pars bonorum adempta est heredi ejus. Nam constat pœnam ademptionis bonorum, post litem contestatam, post condemnationem transire in heredem. *l. ex judiciorum, de accusat.* veluti si pendente appellatione nondum peracta causa appellationis mortuus fuerit, *l. 3. C. eod.* Heres eo casu ipso jure tenetur legatariis usque ad dodrantem, quia heres extitit in assem, & ea pars, quæ adempta est, fuit in bonis mortis testatoris tempore, & partis damnum, quod accidit post mortem, pertinet ad heredem, nec potest videri non fuisse in bonis mortis testatoris tempore, & deduci debere bonis, veluti æris alieni loco: quia, ut subtiliter Papinianus animadvertit, si spectas animum morientis, & votum obtinendi, utique suis bonis noluit detrahi eam partem. Adnumerabitur ergo ejus bonis & quod ademptum est postea, id damno cedet heredis, non legatariorum, & ipso jure: sed æquum est heredi subveniri ex decreto Marci, cum in ampliorem partem, quam pro ea, quæ apud eum remansit legatorum nomine conveniatur, quia & causa adimendæ partis bonorum originem sumpsit ante mortem testatoris. Et observandum est quod ait §. *cum quidam*, *succurri debere heredi*, quia ea pars ipso jure non potest deduci bonis: hoc vetat animus morientis, & votum obtinendi in causa appellationis: denique ipso jure ea pars fuit in bonis mortis testatoris tempore, & quod postea amittitur, hoc damnum pertinere debet ad heredem: ideoque succurri ei non debet: non debet niti heres ut roboretur ipso jure, sed ex æquitate: si agat jure ipso, vincetur. Sed observemus longe aliam esse rationem servorum, qui in §. *si servus hujus l.* etiam si fuerint in vivis tempore mortis, tamen bonis detrahuntur veluti æris alieni loco, nec pertinent ad damnum heredis, quia nec eos animus fuit defuncto adnumerandi suis bonis: non eum, cui pure libertatem adscripserat, non eum de cujus salute nulla spes erat, quem moriente testatore certum erat non victurum diu. Et hunc sane moriens non habuit in suis bonis: non etiam eum, qui necis suæ auctor, vel conscius fuit, & de quo ultimum supplicium sumendum esset, *d. §. si servus*: sed neque statuliberum, si existeret conditio libertatis, ut in §. 1. *hujus l.* Quæcumque hactenus proposuit Papinianus sunt nova, & contra regulas juris singularia recepta: ut post mortem testatoris retentiones, quibus utitur heres in hereditate, in Falcidiam heredi imputentur, *in princip. hujus leg.* cum alias cedant lucro heredis, nec imputentur heredi in Falcidiam, aut bonis hereditariis. Item, ut damna, quæ acciderunt post mortem testatoris, alia ipso jure non pertineant ad heredem, & quæ fuerunt in bonis tempore mortis testatoris, non fuisse intelligantur, vel propter difficultatem æstimationis, ut in §. *si servus*, vel propter tacitam voluntatem testatoris. Alia vero damna, ut ipso jure pertineant ad heredem, sed ei succurratur ex decreto D. Marci Ant. Adjiciuntur etiam valde nova in §. *quod vulgo*, ut scilicet tempus mortis pupilli non spectetur in pupillari testamento, id est, in substitutione pupillari, nec exquiratur, quanti eo tempore sit hereditas pupilli, contra *l. in quantitate*, *hujus tit.* & multas alias, & ut heres nihil retineat ex legatis, ut Falcidiam: & tertium, ut aliquando heres plus habeat quarta, quæ per legem Falcidiam apud eum remanere debet, & hoc intelligetur fusius ex interpretatione §. *quod vulgo.*

Ad §. Quod vulgo V.

Quod vulgo dicitur, in tabulis patris & filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quæ a pupillo relicta sunt, cum filius heres extitit, ut æs alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quæ data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quæ poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat, vel ut longe plus habeat quarta paternæ hereditatis. Quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? de suo quadrante nimirum dabit substitutus: quoniam pater legavit de suo: nec ad rem pertinet, quod ex illo testamento præstatur ultra vires patrimonii, cum hac in parte juris legata, quæ tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

Ait Papin. *quod vulgo dicitur*, seu quod regulariter dicitur, *in tabulis patris & filii*, id est in testamento patris & filii impuberis, *unam Falcidiam servari*, id est, unicam Falcidiam retineri, non duas, *quam potestatem habeat videndum est*, id est, quem sensum, quæ sit vis & potestas hujus regulæ, sive, quæ sit mens regulæ: nam vis & potestas regulæ consistit in mente regulæ: *quamvis enim substitutus*, pupilli scilicet, id est, licet substitutus, *quæ a pupillo relicta sunt*, in tabulis pupilli scilicet, legata scilicet quæ in tabulis secundis pater scripsit, *cum filius heres extitit*, id est, postquam pupillus heres exstitit, id est, post mortem patris, quia existit statim a morte, cum sit suus heres: postquam ergo heres exstitit, & decessit vita, *ut æs alienum quodlibet debeat*, quasi si id substitu-

ſtitutus deberet, veluti æs alienum debitum a pupillo, quia pupillus ea ſcilicet debebat, cui ſucceſſit, *tamen propterea*, ratio diverſitatis, nihilominus tamen *contributioni locus eſt*, id eſt, confundenda ſunt legata paterna cum pupillaribus, confunduntur & contribuuntur legata relicta primis tabulis & relicta ſecundis, id eſt, legata utriuſque tabulis relicta confundenda ſunt, *ſecundum quæ poterit evenire, ne ſubſtitutus quicquam retineat*, ex bonis paternis ſcilicet, nullam Falcidiam retineat: non dat exemplum, id eſt, ut nihil ex bonis paternis remaneat apud heredem, nullam Falcidiam, ne quadrantem quidem retineat: *vel ut longe plus habeat*, id eſt ex bonis & hereditate patris, neque dat exemplum, *quid ergo ſi non ſufficiat*, id eſt, ſi hereditas pupillaris ſit minor legatis ab eo relictis, cum paterna ſit idonea? De ſuo quadrante, quem retinuit ex bonis paternis, *dabit ſubſtitutus*, dabit legatariis ſcilicet, quoniam pater legavit de ſuo, non de re pupilli: *nec ad rem pertinet, &c. ultra vires patrimonii*, ultra dodrantem: *cum in hac parte juris*, in hac ſpecie: *legata quæ tabulis ſecundis*, a pupillo ſcilicet relinquuntur: ſecundæ tabulæ ſunt filii, id eſt, ſubſtitutio pupillaris: *quaſi*, id eſt, quodammodo *primis*: tabulæ patris ſunt primæ & principales tabulæ: *ſub conditione relicta intelliguntur*, id eſt, finguntur relicta primis ſub conditione, ſi caſus ſubſtitutionis extiterit. Quæſtio ergo §. *quod vulgo*, eſt de contributione legatorum relictorum in teſtamento patris, & in teſtamento pupilli, nullius non trita commentationibus. Et proponit quidem initio Papinianus vulgarem regulam, *in tabulis patris & filii unam Falcidiam ſervari*. In tabulis ſcilicet filii impuberis factis a patre: Nam puberi pater non facit tabulas, §. *ult. Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. & unam Falcidiam ſervari*, id eſt, unam retineri, non duas, & ſemel legem Falcidiam admitti, non iterum. Et quærit Papinianus, quæ ſit vis & poteſtas hujus regulæ. Vis & poteſtas conſiſtit in mente regulæ. Hoc igitur quærit, quæ ſit mens regulæ. Et hanc eſſe ait, ut in unum contribuantur & confundantur legata relicta primis tabulis, & legata relicta ſecundis, & ex univerſis ita compoſitis una ſervetur heredi Falcidia, *que l'on en faſſe une maſſe, & de la maſſe ſera delaiſſee une Falcidienne ſur les biens du pere*; ſi utraque quantitas oneret, vel exhauriat hereditatem paternam, quod nobis latius explicandum. Hoc enim eſt fundamentum totius materiæ, quæ nos occupavit fere per tres aut quatuor dies. Tabulæ patris ſunt primæ & principales tabulæ, filii ſunt ſecundæ: & ſecundæ tabulæ nihil aliud, quam ſubſtitutio pupillaris, quæ filio impuberi fit heredi inſtituto a patre, qui eum habet in poteſtate, in hunc caſum, *ſi heres extiterit, & ante pubertatem deceſſerit*. Poteſt etiam fieri impuberi exheredato in hunc caſum, *ſi ante pubertatem deceſſerit*. Sed in hoc paragrapho agitur tantum de ea ſubſtitutione pupillari, quæ fit heredi inſtituto. Duæ igitur ſunt tabulæ, duo quodammodo teſtamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam ſi ipſe filius ſibi teſtamentum feciſſet, & utrumque tamen fecit pater: duplex eſt teſtamentum, *l. in duplicibus, hoc tit. l. 1. §. 1. tit. ſeq.* Sed in ratione legis Falcidiæ & legatorum, & fere etiam, quod ad alia omnia attinet, duplex teſtamentum pro uno habetur: Nam & legata relicta tabulis, intelliguntur quodammodo ſub conditione eſſe relicta, ſi ſubſtitutio locum haheat, *ſi la ſubſtitution a lieu*, primis tabulis. Et perinde atque ſi legata relicta ſecundis tabulis eſſent relicta primis tabulis, confunduntur & commiſcentur his, quæ ſunt legata primis, & ex univerſa ſumma, *de toute la maſſe*, una Falcidia detrahitur, quæ eſt mens & poteſtas ſuperioris regulæ. Denique legata ſecundarum tabularum comparantur legatis primarum, & finguntur relicta primis non ſecundis tabulis, ut ait in hoc §. *& in d. l. in duplicib.* Atque ita ſubſtitutus in ſecundis tabulis comparatur inſtituto in primis, & mortuo pupillo intelligitur eſſe inſtitutus, ut ait in §. *ſeq. & l. qui fundum, §. ult. hoc tit.* Heres ſcilicet ſcriptus in ſecundis, videtur ſcriptus in primis ſub conditione, *ſi caſus ſubſtitutionis extiterit, l. coheredi, §. coheredes, de vulg. ſubſtit.* At proinde, qui primis tabu-

A lis ſcriptus, eſſet neceſſarius heres volens nolens, veluti filiusfamilias teſtatoris vel ſervus, ſi ſit ſcriptus ſecundis, erit etiam neceſſarius heres pupillo, quaſi ſcriptus primis, qui tamen voluntarius eſſet heres, non neceſſarius, ſi ipſe filius ſibi teſtamentum feciſſet, vel ſi ſecundæ tabulæ haberentur pro altero teſtamento, non pro parte paterni teſtamenti. Et eadem ratione fit, ut qui poteſt inſtitui in teſtamento patris, veluti poſtumus ſuus, poſſit etiam ſubſtitui in teſtamento pupillari, quamvis pupillo is ſit poſtumus alienus, non ſuus, & jure civili valeat inſtitutio poſtumi ſui, non poſtumi alieni, quæ omnia oſtenduntur in *l. 2. §. prius, & l. ſed ſi plures, §. 1. de vulg. ſubſt.* Ex quo planum fit, ſcripta ſecundis tabulis videri ſcripta primis, & valere quaſi ſcripta primis: & ut aliis quoque argumentis comprobemus, duplex teſta-

B mentum pro uno haberi: in duplici teſtamento jure civili ſeptem teſtes ſufficiunt, & jure prætorio ſeptem ſigna. Conſtat ſigna eſſe ex jure prætorio: numerum teſtium ex jure civili. Ergo duplex teſtamentum in utroque jure pro uno habetur: Nam & ſeptem ſigna ſufficiunt, quibus ſcilicet ſignatæ ſint tabulæ patris, nec exigitur, ut ſignatæ etiam ſint tabulæ filii totidem teſtium ſignis, *l. patris, de vulg. ſubſt. l. ut bono. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Si eſſent duo teſtamenta, unum non ſufficeret eſſe ſignatum. Ac præterea in tabulis patris & filii ordo ſcripturæ ſervatur, qui ſolebat in uno teſtamento obſervari diligentiſſime, ita ſcilicet, ut ſemper teſtamentum inciperet a capite & fundamento, id eſt, ab inſtitutione heredis, nec eam præiret quicquam, ut in §. *ante heredis, Inſtit. de leg.* Hic ordo ſervatur in ta-

C bulis patris & filii, ut ſcilicet præcedant paternæ, ſequantur pupillares, *d. §. prius*: qui non obſervaretur, ſi eſſent duo teſtamenta duorum, & conſtaret unum abſque altero. Atqui pupillare non conſiſtit ſine paterno. Non ſunt igitur duo teſtamenta, aut non cenſentur eſſe in jure, ſed unum, quod eſt paternum teſtamentum: & pupillare, pars & ſequela eſt paterni teſtamenti, *l. penultima, quemadmodum teſt. aper. §. liberis, de pupill. ſubſtitut.* Si eſt pars, unum igitur teſtamentum eſt, quod conſtat parte principali, & parte ſecundaria. Si eſt ſequela, ſequitur ergo pupillare, præcedit paternum, quaſi caput, ſervato ordine legitimo atque ſolemni. Proculiani duo faciebant teſtamenta: Sabiniani unum, *l. paterfamilias, de bon. auctor. jud. poſſid.* Et horum opinio prævaluit, receptaque eſt omnium juriſperitorum con-

D ſenſu. Unum eſt igitur teſtamentum, licet duæ ſint hereditates, & retro duæ ſunt hereditates, licet unum ſit teſtamentum, nec quot ſunt hereditates, tot teſtamenta ſunt, quod mirum videtur, *d. §. prius, & §. igitur, Inſt. de pupill. ſubſtit.* Quod evenit etiam in milite, qui uno facto teſtamento alium facit heredem caſtrenſium, alium paganorum. Nam & hic duæ ſunt hereditates ſeparatæ, *l. ſi certarum, de milit. teſt.* Et in propoſito, duas eſſe hereditates, licet unum ſit teſtamentum, ex eo apparet, quod in venditione ſeparantur, nec vendita hereditate patris, videtur vendita hereditas pupilli, *l. 2. §. illud, de hered. vend.* Et ſeparantur etiam in bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas, quæ ſeparatim datur bonorum patris, ſeparatim bonorum pupilli, *l. ſi ita ſcriptum, §. ultimo, de bonorum poſſeſſ. ſecund. tabulas*. Idem

E etiam ex eo apparet, quod utraque hereditas non commiſcetur iu ratione legis Falcidiæ, ſed paterna hereditas ſecernitur a pupillari, & ſola paterna hereditas ſpectatur & æſtimatur, id eſt bona, quæ habuit pater mortis tempore: non quæ poſt mortem patris filius acquiſivit vel deminuit, non bona, quæ pupillus habuit mortis ſuæ tempore, *d. l. in duplicibus*. Igitur quantitas hereditatis paternæ ſpectatur, quæ fuit moriente patre, non quantitas hereditatis pupillaris, quæ fuit moriente pupillo. Atque ita omnis æſtimatio revocatur ad ipſam hereditatem paternam, quod aperte oſtenditur in *d. l. in duplicibus*. Non poteſt haberi ratio utriuſque hereditatis, non poteſt ſpectari utraque, ne eadem bis in rationem deducatur, aut alia, quam quæ

onera-

onerata est legatis. Cum igitur ratio habeatur alterutrius tantum, paternæ potius habenda est ratio, quæ est principalis, & quæ sola est onerata legatis, tam his, quæ a filio, quam his, quæ a substituto relicta sunt. Et hæc quidem de ratione hereditatis, utra potius spectetur: ex quibus apparet aliam distingui ab alia. Denique unum esse testamentum, aliam atque aliam hereditatem.

Nunc tractemus de ratione legatorum & legata non distinguimus alia ab aliis: namque constat simul omnium legatorum rationem haberi, tam eorum, quæ relicta sunt a filio, quam eorum, quæ relicta sunt a substituto in secundis tabulis, perinde ac si relicta a substituto essent relicta a filio sub alia conditione, quam substitutionis, *d. l. in duplic. & l. non solum autem, §. ult. de liber. leg.* Sic igitur quæso observemus in illis principiis, quæ si bene teneamus facile assequemur cetera nullo negotio, distingui hereditates inter se, quod sola paterna spectetur, id est quantitas hereditatis paternæ, non pupillaris: & rursus legata tamen non distingui ab aliis, & quod omisimus, spectari solam hereditatem paternam, etiam probat, *l. si filius, qui patri, de vulg. substit.* in illo loco, *ut alias solet*, scilicet inspici hereditas paterna, quanquam in specie ejus legis, *si filius*, ratio tantum habetur bonorum pupilli, non patris, qui unus filius fuit institutus a patre, idemque substitutus fratri impuberi exheredato, non coheredi, & filius abstinuit se bonis patris, miscuit se bonis fratris mortui ante pubertatem. Igitur habet tantum bona fraterna, quæ spectare possit quia sprevit paterna. Hoc igitur casu, in legatis secundarum tabularum Falcidiam exercebit, pro modo facultatum pupilli, non pro modo facultatum patris, quibus se abstinuit; alioquin mortuo pupillo ante pubertatem, quem testamento heredem instituerat, si substitutus veniat, ratio habetur facultatum paternarum, non pupillarium, duæ hereditates constituuntur, & legata omnia commiscentur, quibuscunque tabulis sint relicta. Nam & relicta secundis, videntur relicta primis a pupillo sub alia conditione quam substitutionis. Itaque filius ipse, si solvat legata a se relicta in primis tabulis, interponit cautionem prætoriam, & stipulatur hoc modo: *Quod amplius solverit, quam debuerit per legem Falcidiam, aut quam debuisset postea compertum fuerit existente casu substitutionis, in qua relicta erant alia legata a substituto*: filius hanc interponit cautionem, si solvat legata a se relicta, ut ait in *§. seq. & l. 1. §. interdum, l. is qui, & l. si is, qui quadringenta, hoc tit.* Et stipulatio proficit committiturque substituto ejus, si is moriatur ante pubertatem, quia existente casu substitutionis, simul habita ratione legatorum omnium, id est, in unum facta contributione omnium legatorum, fieri potest, ut omnia excedant dodrantem, & legi Falcidiæ locus sit. Falcidiam inducit contributio, quæ non induceretur, si separarentur legata. Falcidiam inducit confusio illa legatorum, *communis calculus*, ut dictum in §. *quæsitum*, *infra*: aut communis ratio, seu communiter habita ratio legatorum utriusque tabulis relictorum. Quid est *contributio*, de qua agimus? communiter habita ratio legatorum, utriusque tabulis relictorum, & collata cum quantitate hereditatis paternæ, quæ fuit tempore mortis patris. Hæc est definitio contributionis, de qua tractamus, quæ in Basil. dicitur ἀπόδοσις, cum hac adnotatione, ut rectius dicatur ἐπίδοσις, quia legatis primarum tabularum accumulat legata secundarum. Sed & ἀμόδοσις sustineri potest, sine μείωσις, quo etiam verbo significant contributionem, quia contributio inducit Falcidiam, id est, deminutionem legatorum, quæ non induceretur, si separarentur. Et hanc separationem neque heres, neque legatarius inducere possit, contra sententiam defuncti, quæ cum ea omnia his vel illis tabulis ex suis bonis erogaverit, sane in unum contribui voluit mortuo pupillo ante pubertatem, quo tempore demum legata in secundis tabulis relicta peti possunt; licet dies eorum jam ante cesserit vivo pupillo, *l. 1. quand. dies leg.* Et quod dicitur, in duplicibus tabul. unam Falcidiam servari, hunc sensum habet, ut contributio & confusio, sive consummatio fiat legatorum omnium, & ex summa ipsa summarum, ut loquitur Plautus & Seneca, si excedant dodrantem, una Falcidia detrahatur vel suppleatur. Posset quis tentare contributionem non esse admittendam hoc argumento, quod etiam attingit Papinianus hoc loco, quia mortuo filio impubere, qui patri heres extitit, nec dum solvit legata a se relicta, ea substitutus ejus debet ut æs alienum ex persona pupilli, non ut legata, quia pupillus ea debere cœpit antequam moreretur, *l. 1. C. de bon. auct. jud.* Et non debet æs alienum confundi cum legatis, quis hoc nescit? Ergo substitutus ea solvere debet ut legata, quæ a se relicta sunt in secundis tabulis. Et consequenter ex eis solis deducenda est Falcidia, ex ære alieno non deducitur Falcidia. Intelligimus ex omni interpretatione hujus §. tres esse differentias inter legata, & æs alienum: prima quod lex Falcidia minuat legata, non æs alienum, (*en matiere de debtes il faut tout payer*) Item quod obligatio æris alieni incipiat a defuncto, obligatio legatorum ab herede. Et postremo, quod æs alienum heres præstet ultra vires hereditatis, quando agnovit hereditatem, *l. si de bonis* 10. *C. de jure deliber.* Quia solvendo videtur esse hereditas omnis, quæ invenit heredem, (*il faut qu'il paye du sien*) *l. libertus 36. de bon. libert.* Legata tamen non debentur ultra vires hereditatis, quod ostenditur etiam in hoc §. Verum ad rem: secundum id quod ostendi, legata primarum tabularum substitutus debet ut æs alienum pupilli, legata secundarum, & hæc vero sola, ut legata. Ergo hæc sola patiuntur Falcidiam, si sint immensa, & contributioni locus non est. Respondet Papinian. hoc modo: si nulla legata sint relicta a substituto, verissimum esse, substitutum legata a pupillo relicta in primis tabulis debere ut quodlibet æs alienum, sed si ut proposuimus, tam a substituto, quam a pupillo relicta sint legata, propter legata a substituto relicta, quæ confundi necesse est cum legatis relictis a pupillo, perinde ac si relicta essent ab ipso pupillo sub conditione, ut diximus ante, ea ratione legata primarum tabularum adnumerantur legatis, non æri alieno, quia nec ea pupillus liquido debuit ante contributionem, ante communem calculum omnium legatorum. Idque cautio quam exposuimus ante, satis demonstrat, quæ præstatur heredi, cum solvit legata a se relicta, quo casu & soluta legata postea constat subjici Falcidiæ, locum habente substitutione, commistione facta aut confusione omnium legatorum, ex universa summa unam Falcidiam servari. Itaque regulæ initio propositæ mens hæc non est, ut una Falcidia servetur tantum ex legatis secundarum tabularum, & legata primarum integra præstentur, quasi æs alienum. Sed ejus mens hæc est, ut utriusque legatis compositis, & communi calculo subjectis, si sint ultra dodrantem, pro rata ex omnibus decedat & portio, quæ per legem Falcidiam efficiatur ex æstimatione bonorum, quæ pater habuit mortis suæ tempore. Et hoc est, quod his verbis significat Papinianus, *In tabulis patris & filii, &c.*

Intelleximus ex principio §. *quod vulgo*, illius regulæ vulgo confirmatæ, *in tabulis patris & filii unam Falcidiam servari*, hanc esse sententiam, hanc mentem seu potestatem, contributionem & permixtionem fieri legatorum utrisque tabul. relictorum, mortuo pupillo ante pubertatem, & pro modo eorum ex omnibus unius Falcidiæ rationem habere substitutum, ad æstimationem bonorum, quæ tempore mortis reliquit pater. Et ita in §. *seq.* de eadem regula, aliud responderi, quam quod vulgo probatum est, id est, responderi contributionem non fieri legatorum. Vulgo etiam probatur contributionem fieri. Et hæc est mens regulæ vulgo comprobatæ, ut contributis omnibus legatis, Falcidia bonorum, quæ pater reliquerit, remaneat apud substitutum, resideat apud substitutum: secundum quod evenit plerumque, ut substitutus, qui ex sua persona suo nomine, quasi institutus sine contributione non posset retinere Falcidiam,

cidiam, verbi gratia, ſi is qui quadringenta habuit in bonis, ab eo ſubſtituto legavit tantum ducenta, ut eam tamen Falcidiam retineat tanquam ſubſtitutus nomine pupilli, facta contributione legatorum a ſe, & a pupillo relictorum: ut puta, ſi pupillus ducenta, ipſe totidem, id eſt, ducenta dare juſſus eſt. Contributa enim & commiſta legata exhauriunt hereditatem paternam. Poteſt autem evenire quemadmodum ſubjicit Papinianus in hoc §. ut is ſubſtitutus nihil retineat Falcidiæ nomine, veluti, ſi minor ſit hereditas pupilli, quam fuerit paterna, & contra poteſt evenire, ut ex hereditate pupilli ſubſtitutus longe plus habeat, quam efficiat Falcidia hereditatis paternæ, ſi forte amplior & uberior fuerit hereditas pupilli. Et tractemus primum de eo caſu, quo evenit, ut ſubſtitutus nihil retineat. Finge: pater, qui habuit quadringenta in bonis, a pupillo herede inſtituto legavit ducenta, a ſubſtituto ejus centum: hereditas patris ſufficit legatis, quia ſalvi & illibati remanent centum aurei pro Falcidia, id eſt, pro quadrante hereditatis paternæ. At poſt mortem patris pupillus deminuit hereditatem paternam in centum, vel quo alio caſu deminuta ea eſt in centum, atque ita in hereditate pupilli inventa ſunt trecenta tantum, cum ex hereditate patris perierint centum. Subſtitutus præſtabit legata utriſque tabulis relicta pro modo hereditatis paternæ, non pro modo hereditatis pupillaris. Præſtabit igitur integra trecenta, ſine deductione Falcidiæ, quia patris hereditas ſufficiebat legatis tempore mortis, quam ſolam intuemur ſemper, *l. qui fundum*, §. *qui filium*, *hoc tit.* Si intueremur hereditatem pupilli, quæ minor eſt, ex trecentis retineret Falcidiam, puta ſeptuaginta quinque, ſed intuemur hereditatem patris non pupilli, & pro modo hereditatis paternæ rationem ponimus legatorum & Falcidiæ, perinde ac ſi nullæ extarent ſecundæ tab. nulla bona pupillaria, nulla alia quam paterna, & relicta ſecundis tabulis, eſſent relicta in primis. Eſt qui ſcripſerit legata relicta ſecundis tab. ſolvi de hereditate pupilli; quod nunquam admittendum eſt. Id manifeſto pugnat cum hoc §. cum ait, *de ſuo nimirum quadrante dabit ſubſtitutus legata*, ſcilicet relicta ſecundis tabulis, non ſufficiente hereditate pupilli. Et ſubjicit; *quoniam pater legavit de ſuo*, ſic eſt ſcriptum Florentiæ, ac etiam Baſil. *ὁ γὰρ πατὴρ ἐκ τῶν ἰδίων ἔδοξε ληγατεύειν*: *quoniam de ſuis bonis videtur pater legare*: ſi legavit de ſuo, & ſolvi ea voluit de ſuo. Præſtabuntur igitur & ſolventur de bonis paternis, non de bonis pupilli. Et quod ait, de ſuo quadrante dabit ſubſtitutus, hoc eſt legata relicta ſecundis tabulis, ſubſtitutus implebit de quadrante bonorum, quem ſalvum habebat tempore mortis patris, quo ſcilicet tempore, in bonis erant quadringenta, in legatis trecenta. Ac ita lege non excedebant modum legis Falcidiæ, ſed poſt mortem patris perierunt centum. Ea ſubſtituto perierunt, non legatariis: Reliqua trecenta præſtabit legatariis nihilo retento. Et ita evenit, ut ſubſtitutus perdat quadrantem, quem ſalvum habuit tempore mortis teſtatoris: nec ea res damnoſa eſt ſubſtituto, cum liberum ei fuerit non adire hereditatem pupilli, ut ait *l. in quantitate*, *hoc titulo*, quod congruit cum illa regula, *quod quis ex ſua culpa damnum ſentit*, *&c.* Ad quam commode poſſis applicare verba illa *dict. l. in quantitate*, cur temere adiit hereditatem pupilli infructuoſam propter legata, ac forte detrimentoſam propter onus æris alieni? Et hæc eſt ſententia Papin. hoc §. evidentiſſima. Cui tamen objicitur, legata non præſtari ultra vires hereditatis, ex nullo teſtamento præſtari ultra vires patrimonii, id eſt, ne ex teſtamento quidem militis, ex quo tamen præſtantur legata ultra dodrantem, quia l. Falcid. ceſſat in militari teſtamento, ſed non præſtantur ultra aſſem, *l. 1.* §. *denique*, *ad Trebell.* Sane ita eſt, ex nullo teſtamento plus legatorum nomine præſtari, quam quantitas eſt hereditatis, neque ex teſtamento militis, in quo tamen ceſſat Falcidia, neque ex teſtamento pagani, in quo Falcidia locum habet, & vires hereditatis, pro quibus legata præſtari oportet, æſtimantur deducta Falcidia: in teſtamento mili-

A tis vires hereditatis finiuntur aſſe: in pagani teſtamento dodrante aſſis. Et ita perſpicue §. ſeq. *ultra vires portionis*, id eſt, ultra dodrantem. Atqui in propoſito caſu, ut diximus, heres præſtat legata de ſuo quadrante, cum eum non retineat. Ergo ea præſtatio ultra vires hereditatis, ultra dodrantem eſt. Hæc igitur videntur inter ſe pugnare. Verum huic argumento reſpondeo hoc modo: ex ſententia Papiniani aliud eſſe heredem præſtare legata de ſuis bonis, aliud de ſuo quadrante. De ſuo quadrante præſtat ſæpe, ut in multis caſibus, quibus Falcidia locum non habet, ſi militare teſtamentum ſit, ut dixi, ſi coactus adierit, *l. quia poterat*, *ad Trebell.* quo caſu reſtituitur integrum fideicommiſſum, nec utitur beneficio Falcidiæ: vel ſi id egerit, ut legata aut fideicommiſſa interciderent, vel ſi incapaci

B rogatus eſt reſtituere, & precibus fidem tacitam accommodaverit, *l. beneficio*, *hoc tit.* & hodie ex Nov. 1. Juſtiniani ſi teſtator prohibuerit Falcidiam. Heres igitur de ſuo quadrante præſtat ſæpe legatum vel fideicommiſſum: de ſuis bonis, nunquam, quod ſciam, niſi ex conſtit. Juſtiniani uno caſu, ſi omiſerit inventarium, quo caſu & de ſuo quadrante, & eo amplius, de ſuis bonis explet legata, *l. ult. C. de jure delib. & Nov.* 1. In propoſito igitur, ſi in bonis paternis fuerint quadringenta, in legatis trecenta, & perierint centum poſt mortem teſtatoris ſine culpa heredis aut ſubſtituti, ſubſtitutus nihil retinebit quadrantis nomine, & præſtabit legatariis trecenta integra: qui non retinet Falcidiam, qui non retinet quadrantem, dat de ſuo quadrante. Sed ſi perierint centum quinquaginta, non præſtabit legatariis niſi ducenta quinquaginta: ſi perie-

C rint ducenta, non niſi ducenta reliqua: ſi omnis hereditas patris perierit, nihil præſtabit. Nam eo quod acceperit amplius, æquum non eſt heredem præſtare legata, *l. 1.* §. *Marcellus*, *tit. ſeq.* Et ita in *l. in quantitate*, *hoc tit.* cum dicitur damnum quod contingit poſt mortem teſtatoris pertinere ad heredem: ut puta ſi reliquerit teſtator centum mortis tempore, & legaverit ſeptuaginta quinque, ita ut ſuperſit heredi ſalva Falcidia, & poſt mortem ejus in tantum decreverit hereditas, ut ſuperſint tantum ſeptuaginta quinque: ſolida ſeptuaginta quinque præſtabit legatariis, imo etſi in tantum decrevit hereditas, ut relinquantur minus quam ſeptuaginta quinque, ſolida legata præſtabit, id eſt, ſine deductione ulla Falcidiæ, ſicut in hoc tit. ſæpiſſime dicuntur, *plena, integra, ſolida præſtari legata*, quibus nihil decedit nomine Falcidiæ. Ergo dum ait, eum ſolida legata

D præſtare illo caſu, quo relinquitur minus, quam ſeptuaginta quinque, id ſic eſt accipiendum, ut rectiſſime notat Accurſ. ut præſtet de ſuo quadrante, non etiam de ſuo proprio patrimonio: ut præſtet ſolida, quantum quadrans facere poterit, qui apud eum remanſiſſet, ſi non decreviſſet hereditas poſt mortem teſtatoris. Atque ideo Pap. recte, *de ſuo quadrante* dixit, non *de ſuo*, ſimpliciter, ſed adjecit *quadrante*. Et faciunt imprudenter, qui movent verbum *quadrante*, quod retinuerunt etiam Baſil. Latine dicitur, *de ſuo triente*. Nam in Oriente, ubi valebant Baſil. in quibus ita eſt ex *τῦ οἰκείυ τρίτυ*, Falcidia quæ erat olim quadrans, verſa fuerat in trientem producta Nov. Juſt. *de triente & ſemiſſe*, etiam ad extraneos heredes. Locus igitur hic elegans eſt, ut heres vel primus vel ſecundus obligetur legatariis, & præſtet legata ſæpe de ſuo quadrante, non etiam

E de ſuo, ne amplius præſtet, quam reliquerit teſtator mortis tempore. Verum enim vero & cum heres, ut in propoſito caſu, præſtat legata de ſuo quadrante, ſi quis argumentetur, ut ſupra, & dicat, debet igitur præſtare ultra vires hereditatis paternæ: hoc negabo, quia hereditas patris mortis tempore ſufficiebat legatis: pupilli quidem hereditas moriente pupillo non ſufficiebat, ſed ſolam hereditatem patris ſpectamus, ex qua etiam legata utriſque tabulis relicta erogari oportet. Nam & legata relicta in ſecundis tabulis, quodammodo videntur relicta in primis ſub conditione, quia moram eis injicit ſubſtitutionis caſus, *l. in duplic. hoc tit.* Et perinde res eſt, ac ſi a pupillo ipſo ſub conditione, legaſſet centum, quæ ab ejus ſubſtituto legavit. Quo ſane caſu, damno incidente poſt mortem patris in centum

pupil-

pupillus exiſtente conditione præſtaret trecenta, non deducta Falcidia. Nec recte diceretur præſtare ultra vires hereditatis paternæ, cum tempore mortis legatis præſtadis idonea fuerit hereditas, ac proinde deminutio illa aut damnum illud, deminutio eſt, vel potius conſumptio Falcidiæ, non deminutio legatorum, nemo eſt, qui non intelligat hunc priorem caſum, quo evenit, ut ſubſtitutus non retineat quadrantem, ut damnum faciat quadrantis. Alter caſus, quo evenit, ut longe plus habeat quarta paternæ hereditatis, hic eſt. Finge: pater qui quadringenta habuit in bonis, legavit a pupillo ducenta, & a ſubſtituto totidem ducenta; hereditas patris non ſufficit legatis ſalva Falcidia: poſt mortem patris pupillus centum adquiſivit, adeo ut moriente pupillo fuerint in bonis pupilli quingenta: ſubſtitutus mortuo pupillo, non tantum retinebit quartam bonorum paternorum, puta centum, ſed etiam alia centum, quæ pupillus poſt mortem patris adquiſivit, vel etiam mille, ſi adquiſierit pupillus: atque ita longe plus habebit quarta paternæ hereditatis. Nam & augmentum, quod acceſſit, præter eam quartam habebit. Unde notandum eſt, non eandem eſſe omnino rationem damni & lucri. Damnum heres facit quadrantis tantum, deminuta hereditate patris poſt mortem ejus. Lucrum autem facit ſupra quadrantem etiam immenſum ex bonis poſt mortem patris, a pupillo aliunde adquiſitis, ut *l. 10. h. t. & l. 14. §. ultim. & l. qui duos impuberes, de vulg. ſubſtit.* Prior ille caſus, quo heres nihil retinet, exponitur a Papiniano in illo loco; *Quid ergo ſi non ſufficiat hereditas, &c.* hic poſterior caſus non exponitur a Papin. quia poteſt facile intelligi ex contrario.

Ad §. Si filio.

Si filio ſuo duos ſubſtituerit, & alterius portionem oneraverit, tractari ſolet, an ex perſona ſua Falcidiam poſſit inducere ſubſtitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli ſubſtitutus. Et facile quis dixerit conſequenter prioribus, quæ de patrimonii ratione dicta ſunt, non eſſe Falcidiæ locum, & ultra vires portionis conveniendum alterum ſubſtitutum. Sed verior eſt diverſa ſententia, perinde huic quartam relinquendam exiſtimantium, atque ita ſi patri heres extitiſſet. Ut enim opes patris & contributio legatorum inde capiunt & formam & originem: ita plures ſubſtituti ſubducta perſona pupilli, revocandi ſunt ad intellectum inſtitutionis. Quid tamen dicemus de altero ſubſtituto, qui non eſt oneratus ſi forte nondum legata pupillus a ſe relicta ſolvit, & aliquid ultra dodrantem ſit: in omnibus & ipſum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur inſtituti comparatio. Rurſus ſi negemus, aliud aperte quam quod vulgo probatum eſt, reſpondetur: itaque varietas exiſtet, ut is quidem qui proprio nomine oneratus eſt, velut inſtitutus deſideret quartam: alter autem qui non eſt oneratus, ut ſubſtitutus, licet portio largiatur ejus non in ſolidum conveniatur propter calculi confuſionem. Huic conſequens eſt, ut ſi pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur ſtipulatio: videlicet in eam quantitatem quam unuſquiſque ſibi retinere potuiſſet.

TRactavimus de uno ſubſtituto pupilli, qui etſi tanquam inſtitutus ſuo nomine Falcidiam inducere non poſſet, quod ab eo legata non ſint relicta ultra dodrantem, tamen propter contributionem legatorum a pupillo relictorum, nomine pupilli tanquam ſubſtitutus Falcidiam inducit: puta ſi conjuncta ſimul legata utriſque tabulis relicta dodrantem excedant & quandoque nullo modo inducit Falcidiam, quandoque plus Falcidia conſequitur. Hoc intelleximus ex §. *quod vulgo*, nunc in *hoc* §. *ſi filio*, tractabimus de duobus ſubſtitutis pupilli, quorum alter Falcidiam inducit ſuo nomine ſine contributione tanquam inſtitutus, alter ex contributione nomine pupilli tanquam ſubſtitutus. Et ſpecies hæc eſt: Pater qui quadringenta reliquit in bonis, filium impuberem ex aſſe heredem inſtituit, & ei duos ſubſtitutos dedit, Primum & Secundum, a filio legavit centum, a Primo ducenta, a Secundo centum quinquaginta: pupillo mortuo ante pubertatem, atque ita locum habente ſubſtitutione, ex hereditate pupilli ad ſingulos ſubſtitutos pervenient ducenta. Primi portio onerata eſt, quia quot aureos capit ex hereditate pupilli, capit autem ducentos, tot dare juſſus eſt legatariis. Exhauſta igitur eſt Primi portio potius quam onerata, ſed & quæ exhauſta eſt, onerata eſt, non contra. Poſſit eſſe onerata, & non exhauſta. *Exhauritur hereditas*, ſi legata aſſem abſumant: *oneratur*, ſi legata excedant dodrantem, nec aſſem conſumant: *delibatur*, ſi non excedant dodrantem, & lege Falcidia hereditatis delibari poteſt, non exhauriri, non onerari legatis. Et definitio illa legati; *legatum eſt delibatio hereditatis*, eſt ſecundum legem Falcidiam, delibatio non exhauſtio. Primi igitur portio exhauſta eſt. Secundi autem portio onerata non eſt, cum ſalvam habeat quartam portionis ſuæ, nempe quinquaginta, quia centum quinquaginta dare juſſus eſt, & ad eum pertinent ducenta ex hereditate pupilli. Quæritur primum in hoc §. an Primus, qui oneratus eſt ex ſua perſona, proprio nomine Falcidia uti poſſit, quod portio ejus ſit exhauſta: non poſſet pupillus ipſe, ſi eſſent ab eo legata ducenta, quia legato ſufficeret hereditas: non poſſet etiam Primus ipſe, ſi ſolus ſubſtitutus eſſet, eadem ratione, quia legatis ſufficeret hereditas paterna, cum etſi Primo adjectus ſit alius ſubſtitutus, habita ratione totius aſſis, inſpecto univerſo patrimonio teſtatoris, cujus diximus ſemper habendam eſſe rationem, legata, quæ Primus debet, non excedunt dodrantem. Ergo Falcidia uti non poteſt, & convenietur ultra vires portionis ſuæ, id eſt, præſtabit integra ducenta, quæ ex hereditate pupilli ad eum pervenerunt. Et ita videtur prima ſpecie. Sed non probat hanc ſententiam Pap. nam verius eſſe ait, ut Primus Falcidia utatur, qui oneratus eſt hereditate habita ratione portionis ſuæ, non totius aſſis, quia duo ſubſtituti, ſubducta perſona pupilli, id eſt, pupillo remoto, e medio ſublato, non extante, licet pupillo heredes exiſtant, *revocantur*, inquit, *ad intellectum inſtitutionis*, id eſt, intelliguntur eſſe inſtituti primis tabulis (id eſt, perinde eſt ac ſi inſtituti, non ſubſtituti eſſent.) Quod & de uno ſubſtituto dicitur, qui oneratus eſt legatis ex ſua perſona, *l. coheredi, §. coheres, de vulg. ſubſt. l. qui fundum, §. ult. h. t.* Illi igitur duo ſubſtituti intelliguntur eſſe inſtituti primis tabul. mortuo pupillo, & cum ſint duo inſtituti, conſtat in ſingulis inſtitutis poni rationem leg. Falcidiæ ſeparatim, *l. in ſingulis, ἰδιαζόντως, h. t. §. & cum quæſitum, Inſt. eod.* Et hoc eſt quod dicitur, *legatorum rationem eſſe e parandam*, §. *quæſitum ſeq.* Quod videtur pugnare cum §. *quod vulgo*, in quo dicitur, *legatorum rationem eſſe confundendam*. Sed facile eſt rem dirimere. Confunditur ratio legatorum, ſi unus ſit inſtitutus vel ſubſtitutus, & totius aſſis habetur ratio. Separatur, ſi duo vel plures ſint inſtituti vel ſubſtituti, quia & portiones hereditariæ ſeparantur quaſi duo aſſes. Duo igitur inſtituti ſecundis tab. comparantur duobus inſtitutis in primis, & ſicut inſtituti ſeparatim detrahunt Falcidiam ſinguli ſuæ portionis, ita & ſubſtituti ſinguli. Et ſic etiam, inquit Pap. in *hoc* §. elegantiſſime, ſi intelligatur, *opes patris, & contributio legatorum, inde capiunt, &c.* Inde, id eſt, ex primis tabulis, ut duo ſubſtituti videantur inſtituti primis tabulis. Sic etiam opes patris, & contributio legatorum ex primis tabulis capiunt & formam & originem; omnibus revocatis ad primas tabulas. *Opes patris*, id eſt, facultates paternæ, bona patris formam capiunt ex primis tabulis, formam, quæ advenit bonis ſtatim atque exiſtunt. Omnis enim forma materiæ advenit in ipſa generatione ſtatim, ut Philoſophi ajunt. Forma, inquam, quæ advenit bonis, ſtatim ac exiſtunt, nihil aliud eſt, quam pretium & æſtimatio bonorum. Hæc enim ſola id agit, ut bona ſint aliquid, quæ vis eſt formæ, & bona paterna ex ea tantum forma cenſentur, quæ hæret bonis eo tempore, quo primæ tabulæ valere incipiunt, id eſt, tempore mortis patris, ut intelleximus ex tractatu §. *quod vulgo*: & eſt fuſum per hunc titulum omne jus paternæ hereditatis, & contributio legatorum. Nunc de bonis patris utriſque tabulis relictis, originem & cauſam

capit

capit ex primis tabulis: Nam quæ relicta in secundis tabulis, intelliguntur esse relicta in primis, & omnibus contributis atque permistis pro modo eorum, ex omnibus l. Falcid. habetur ratio. Et hac denique comparatione Papinian. utitur: sicut legata relicta secundis tabulis ideo contribuuntur, quod videantur relicta etiam ipsa in primis tabulis: & sicut patrimonium id duntaxat spectatur, quod versatur in primis tabulis: videntur etiam ita substituti secundis tabul. instituti in primis sublato pupillo. Igitur in proposita specie, Primus qui oneratus est suo nomine, ut institutus Falcidiam inducet, & cum ex hereditate pupilli ad eum pertineant ducenta, & legatorum nomine totidem debeat, quæ dare jussus est, & debeat etiam quinquaginta ex centum, quæ a pupillo sunt relicta; primum detrahentur quinquaginta, quæ sunt extra quantitatem bonorum paternorum, extra quantitatem portionis Primi, ut dicitur in §.*ult. Inst.eod.tit.l.*1. §.*Marcellus*, *tit. seq.* deinde ut institutus suo nomine, quartam retinebit ex ducentis. Plerisque videbantur hæc verba Papiniani, *ut etiam opes*, *&c.* non verba esse, sed θαύματα sive portenta, sed sunt facilia, si adhibueris hanc interpretationem, quam utique ferunt verba, nec ulla est causa mutandi aut trajiciendi ea. Et hæc quidem de Primo, qui oneratus fuit, & ait, *si filio &c.* Nunc videamus quid sit dicendum de Secundo, qui oneratus non est, an utetur Falcidia? Et cum ad eum, a quo erant tantum legata centum quinquaginta, ex hereditate pupilli pertineant ducenta, & centum quinquaginta dare jussus sit, quia salvam Falcidiam habet suæ portionis, nempe quinquaginta: sane ex sua persona Secundus, ut institutus Falcidiam inducere non potest, sicut heres ex semisse institutus primis tabulis, a quo essent legata centum quinquaginta, Falcidiam non induceret. Igitur instituti comparatio non patitur, ut Secundus Falcidiam inducat, quia nec institutus eam induceret, in simili casu. Et hoc est quod ait, *atquin quartam habet*, *&c.*ut scilicet inducat Falcidiam eique imputet, qui habet Falcidiam. Sed si nondum solutis legatis pupillus decesserit, quia ex persona pupilli Secundus debet quinquaginta, cum a pupillo legata essent centum, ex sua autem persona, centum quinquaginta, facta contributione legatorum, cui locum esse negare non possumus, quia vetat regula §.*quod vulgo*, & ut ait, *si negemus*, Secundum scilicet Falcidiam habiturum, *negemus aperte*, *quod vulgo probatum est*, negemus contributionem fieri. Placet igitur Secundum facta contributione omnium legatorum, in omnibus posse habere rationem legis Falcidiæ, non ut institutum jam, cum ejus portio sufficiat legatis, sed ut substitutum. Ergo non semper substitutus comparatur instituto, non utique hoc casu ubi ex sua persona suo nomine substitutus oneratus non est, sed ex persona pupilli tantum propter contributionem legatorum: ubi suo nomine oneratus est, etiamsi fiat contributio, instituto comparatur, *d.* §.*coheres*, *& d. l.qui fundum*, §.*ult.* Atque ita specie proposita, ut eleganter concludit, varietas existit & differentia magna inter Primum & Secundum. Nam Primus, qui suo nomine oneratus est, non pupilli, ut institutus detrahit Falcidiam suæ portionis. Secundus autem, qui nomine pupilli oneratus est, ex persona pupilli, non ex sua, detrahit Falcidiam ut substitutus, *propter confusionem calculi*, propter contributionem legatorum utrisque tabulis relictorum. Denique in Secundo Falcidiam inducit contributio. In Primo Falcidiam separata propriaque ratio. Et hinc fieri subjicit, ut si legata a se relicta pupillus solverit uti oportet exacta cautione, quod amplius solverit reddi: existente casu substitutionis stipulatio committatur utrique substituto, quia utrique substituto competit beneficium legis Falcidiæ, alteri sine contributione, alteri ex contributione, *l.*1.§.1. *t.seq.* Hanc stipulationem interpositam a pupillo posse committi heredi pupilli: si heredi, & heredibus quoque, quicunque possunt inducere Falcidiam. Et hoc est quod deinde ait, *quid tamen dicemus de altero substituto*, *&c.* In omnibus legatis, addito (contributis) *licet portio largiatur ejus*, id est, non si onerata, sed sufficiat. Sed quia dicit in ultima parte, stipulationem interpositam a pupillo in proposita specie, posse committi utrique substituto, quod uterque uti possit Falcidia, alter tanquam institutus, alter tanquam substitutus, non tamen uterque eodem modo, quod confirmavi etiam ex *l.*1.§.1. *t.seq.* ut & ejus *l.* 1. §.*Marcellus*, exponamus quod in hac materia afferri solet. Observandum est ex eo §. hanc stipulationem, *quod amplius solverit reddi*, nonnunquam interponi ab heredibus pupilli, veluti substitutis, non ab ipso pupillo. Et quod mirum est, ab his etiam substitutis, a quibus nihil legatum est, ut in hac specie: Pater qui quadringenta habet in bonis, pupillum heredem instituit, & ei substituit Primum & Secundum: a pupillo, & a Secundo nihil legavit, a Primo legavit trecenta, ad quem tamen non sunt perventura nisi ducenta ex hereditate pupilli, deminuta scilicet hereditate paterna. Ergo a Primo tantum legavit & quidem trecenta, & forte dubium est, an interveniat Falcidia, id est, an solida debeantur legata, quia ratio æris alieni, quod pater contraxisse dicitur, nondum est certa. Et in ponenda ratione legis Falcidiæ utique semper ante omnia deducitur æs alienum, & id tantum quod superest intelligitur esse in bonis, aut fuisse mortis tempore. Et ita etiam nominatim fuit expressum l.Falc.& Senatusconf.Pegasiano, *l.successores, C.ad l.Falc.* Et interim causa bonorum & æris alieni nondum explorata atque cognita, Primus cogitur solvere ducenta, non trecenta, quia centum sunt extra quantitatem bonorum, extra quantitatem portionis suæ, & nemo plus portione sua legatariis cogitur præstare, ut est in *d.*§.*Marcellus*. Interim igitur Primus cogetur solvere non trecenta, quæ ab eo legata sunt, quia centum sunt extra quantitatem bonorum, extra quantitatem portionis suæ, sed ducenta integra, interposita scilic. cautione, *quod amplius solverit reddi*, quam interponi etiam Secundo, licet ab eo nihil legatum sit, oportet: quia cum & Secundus æri alieno defuncti obligetur, fieri potest, ut ducenta, quæ solvit Primus ante causæ cognitionem, causa cognita postea, & emergente ære alieno, non debeantur legatariis, aut appareat non fuisse debita legatariis: & ideo ab utroque substituto repeti debeant, æris alieni solvendi gratia, cui uterque est obstrictus pro portione hereditaria: atque ita evenit, ut cautio interponatur etiam ei, qui nihil præstat legati nomine, & a quo nihil legatum est. Et hoc tantum proponitur in *d.*§.*Marcellus*.

Ad §. Quæsitum VII.

Quæsitum est, si quis pupillo coheredem substituisset: quemadmodum legis Falcidiæ ratio inquiri debeat; & quale est, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam: dixi, quantum ad legata, quæ pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem: cum communi calculo subjiciantur, & invicem inducant contributionem. Sed legata quæ ab instituto extero data sunt permisceri ceteris non oporteret, ideoque quartam pupillo datæ portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat, ut institutus. Et aliam causam esse ejus, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem, non minus quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus, neque referre pure sæpe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus.

IN §.*quod vulgo*, & in §.*si filio*, tractatum est, de legatis relictis a pupillo, & a substituto, vel ejus substitutis. In §.*quæsitum* tractatur de legatis relictis a pupillo, & a coheredibus ejus, extraneo eodemque substituto. Incipiam a regula, quam habuimus anteriori §. in singulis heredibus institutis vel substitutis separatim poni rationem legis Falcidiæ, separari rationes, separari legata, secundum quæ evenit, ut si duo sint coheredes, Primus & Secundus, & Primi portio onerata sit; Primus ex sua persona Falcidiam inducat, & detrahat quadrantem portionis suæ, tametsi habeat Secundus coheres ejus integrum quadrantem totius assis, vel etiam amplius. Nec quicquam interest, uterque sit institutus pure, an sub conditione, an alter

pure,alter sub conditine: quoniam semper inter coheredes fiet separatio partium in ponenda ratione legis Falc. & separatio legatorum a singulis nominatim relictorum, §.*& cum quæsitum esset,Instit.de lege Falcidia*. Nec legata, quæ relinquuntur generaliter, veluti,*quisquis mihi heres erit, Titio centum dato*,utrumque heredem tenent, nec in causam separationis veniunt,*l.ab omnibus,de leg.*1. *l.*1.§. *id quod ex subst.h.t.* Coheredes autem sunt non tantum hi,qui sunt scripti iisdem tabulis, sed hi, quorum alter scriptus est primis tabulis ut institutus, alter secundis ut substitutus. Institutus & substitutus coheredes sunt sane, licet sint scripti diversis tabulis, alter in primis, alter in secundis, sicut collegatarii sunt, quorum uni res legatur in primis tabul.& alteri eadem in secundis, *l.plane*, §.*si conjunctim,de leg.*1. Et ita coheres pupilli & alius substitutus pupilli coheredes sunt, quasi unus sit scriptus pure, alter sub conditione. Coheres pupilli tam substituto pupilli coheres est, quam ipsi pupillo,si existat substitutioni locus. Ideoque in legatis a se, & a pupillo relictis, quæ confundi constat, substitutus recte inducit Falcidiam, etiamsi coheres pupillo datus obtineat quadrantem integrum hereditatis paternæ. Et hæc est sententia legis *coheredi*,§.*coheres, de vulg.substit.* In posteriori parte, quæ incipit ab his verbis, *non idem servabitur*: prior infra explicabitur. Aliquando igitur ratio legatorum separatur, aliquando confunditur. Et utraque regula vera est suis casibus, legatorum rationem separari, legatorum rationem confundi. Prior vera est in duobus coheredibus: posterior in uno coherede: ut si quis instituatur ex duabus vel pluribus partibus, hic confundit partes, & legata earum partium,etiamsi altera pars ei sit adscripta pure, altera sub conditione: quia perinde est, ac si semel heres institutus fuisset ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus, *l.quidam,C.de jure delib.* Et in ultima parte hujus §. cum ait, *& aliam causam,&c.* Finge,Titium heredem institutum ex sextante pure, ex triente sub conditione, & ab unaquaque portione jussum dare aliquid: hic pro eo habetur, ac si semel institutus fuisset ex semisse, nec scindere eum semissem potest, & separare sextantem a triente, nec separare legata a se relicta ex sextante, & ea etiam legata a se relicta ex triente, sed simul in omnibus rationem legis Falcidiæ componere debet. Eo quoque fit, ut si idem sit coheres & substitutus, coheredi componat & contribuat legata a se relicta in institutione; & legata a se relicta in substitutione, si pars coheredis integra non onerata ad eum reciderit ex substitutione vulgari vel pupillari: nec refert; quia; & hic coheres idemque substitutus coheredis, videtur institutus esse ex parte pure, ex parte sub conditione. Ergo ex asse. Confundere igitur debet partes partiumque legata. Et hoc ita esse in substitutione vulgari,& in pupillari probat lex *qui fundum*, §.*qui filium, h.t.* & in substitutione pupillari, *l.coheredi*, §.*coheres*, in priori parte. Atque ita tenemus totum eum §. Idemque in substitutione vulgari esse probat lex 1. §. *id quod ex substit.h.t.* Igitur si ex parte integra, quæ ad eum recidit ex substitutione, quadrantem hereditatis sibi servare possit, non utitur beneficio l.Falcidiæ in parte ei adscripta pure, tametsi onerata sit vel exhausta. Pars integra, quæ accedit oneratæ, replet partem oneratam, & cessat Falcidia, si pars, quæ accedit Falcidiæ, sufficiat, quamvis ea pars, cui accedit, non suffecerit Falcidiæ. Verum notandum est, non idem esse e contrario, si pars coheredis onerata, ex substitutione vulgari vel pupillari perveniat ad coheredem, qui oneratus non est, cujus pars est integra: hoc enim casu partium & legatorum separatim habetur ratio. Atque ita fit ut etiam in uno herede, quasi sustineat vicem duorum, prior regula servetur, & ex parte onerata, quæ accedit, detrahatur Falcidia, perinde atque si pertineret ad eum coheredem, a quo ex substitutione ea pars obvenit alteri, licet coheres, cui obvenit ex sua institutione, salvum quadrantem hereditatis obtineat. Quod ita de substitutione pupillari est scriptum in *d.l.qui fundum*, §.*qui filium*: atque etiam in hoc §.*quæsitum*. Nam ut ejus sententiam exponamus bre-

A viter: si pupillo extraneus quidam datus sit coheres & substitutus, is coheres & substitutus confundit quidem legata a se in substitutione relicta, & legata a pupillo relicta. At retro e contrario, hæc legata ita confusa non confundit cum legatis a se in institutione relictis, & ex his, quæ sunt a pupillo & a se relicta in substitutione, Falcidiam detrahit, etiamsi ex sua institutione habeat quadrantem integrum hereditatis paternæ. Atque ita fit, ut portione onerata accedente portioni integræ, non fiat confusio vel contributio, sed ponatur Falcidia separatim. Et hoc est quod ait in hoc §. *legatorum rationem*,&c. id est, in singulis heredib. ponendam ab instituto, qui est extraneus. Hoc in substitutione pupillari. Et idem etiam de vulgari substitutione est scriptum in *l.*1.§.*id quod ex substit. hoc t.* in posteriori parte. Priorem partem ejus §. jam exposui

B ante. Posterioris hæc est sententia: Si ab eo coherede, inquit, cui est facta substitutio vulgaris, legata sint relicta, quæ exhauriant ejus partem, ac proinde omiserit partem suam, eaque pervenerit ad coheredem jure substitutionis vulgaris, cujus quidem portio est, integra legata ab eo relicta, qui omisit partem suam, non augentur, id est, in eis inducitur Falcidia, seu minuuntur Falcidiæ interventu. Atque ita pars onerata vel exhausta, quæ jure substitutionis accedit parti integræ, non repletur per partem integram, cui accedit. Et ex his, quæ disputavi & demonstravi, orta est hæc definitio Doctorum: *si pars non gravata, quam appello integram, accedat gravatæ, contributioni locus est: si pars gravata accedat non gravatæ, contributioni locus non est*: quæ definitio verissima est, non tantum si jure substitutionis accedat vel vulgaris vel pupillaris, sed etsi accedat jure

C accrescendi, *l.quod si alterutro, hoc t.* In qua lege maxime velim observare vos, Jurisconsultum a rebus singulis ad res universas, a legatis ad portiones hereditarias progredi & argumentari hoc modo: *si legata integra singularum rerum quæ deficiunt & remanent apud heredem, replent portionem heredis oneratam*, quod est certum, *l.id autem, l.*51.52. *hoc tit.* & portio hereditatis integra, quæ deficit & adcrescit coheredi, auget portionem coheredis, quæ non est integra: contra vero portio onerata, quæ deficit & accrescit integræ, non repletur per integram, non augetur per integram. Idemque licet confirmare ex *l.si Titio & Mævio, de leg.*2. ac etiam ex *l.*1. §.*si coheredis, hoc t.* In quo observandum est, fuisse hac in re dissidium inter veteres juris auctores: Nam Cassiani, parte coheredis onerata adcrescente integræ existimabant confundendas esse partes: Procu-

D lianis aliud judicium erat: Namque ajebant, separandas esse partes, quæ est verior opinio. Et Julianus ipse in hac specie, quamvis fuerit Cassianus, assensit Proculianis: quo magis probatur Proculianorum opinio esse verior, quæ confirmatur ab ipso adversario. Et Paulus quoque in *d.*§.*si coheredis*, sequitur hanc Proculianorum opinionem: atque Julianus, qui ea in re discedit a sua familia, ait, sibi videri probabiliorem: licet, ut idem Paulus refert, Imperator Antoninus, dicatur aliquando judicasse pro Cassianis. Sed Paulus sæpe improbat decreta Principum, *l.Æmylius, de minor.* nec decreta Principum jus faciunt, nisi quæ invaluerunt: nam quod cognoscens decernit Princeps, scio esse legem, sed cum hoc modo, si invaluerit. Et ita possis te expedire illo §.*si coheredis*. Si tibi nimia religio est addendæ negationis (qua de re observatio IV.

E c.XXXV.) potes & concludere hoc modo; veram esse definitionem Doctorum indistincte, ut accedens integra portio oneratæ, repleat oneratam: accedens autem onerata integræ, non repleatur, sive jure substitutionis accedat, sive jure accrescendi. Et ratio differentiæ hæc est; quia non potest eadem portio locum principalis, & locum accessionis obtinere: quæ accedit portio, accessio est: ea cui accedit, portio est principalis: pars deficiens accedit parti agnitæ, id est, non omissæ, non agnita, deficienti, & accessionis est replere principalem, non principalis replere accessionem: accessionis est augere, non augeri. Igitur non probo eorum opinionem, qui hac in re differentiam faciunt inter jus substitutionis, & jus accrescendi: & in jure accrescendi, veram esse existimant defi-

definitionem illam juris, quam Doctores tradiderunt, A non usquequaque veram esse, in jure substitutionis. Subruitur etiam hæc differentia posteriori parte, §. *id quod ex substitutione*, quam exposui ante. Utraque enim pars hujus §. est de substitutione. Sed ut effugiant illam posteriorem partem, quæ hanc differentiam impugnat, non ex animi sententia, ut puto, eam interpretantur de jure accrescendi, ac ita efficiunt, ut de jure accrescendi quidem mox repetatur exposita sententia Caff. & Procul. §. *si coheredis*, qui sequitur, §. *id quod*, de eodem jure accrescendi accipiunt, & superfluum reddunt §. *si coheredis*. Hanc vero mentem eorum falsam esse prodit rerum ordo, quæ tractantur in *d.* §. *id quod*, & §. *si coheredis*, qui sequitur, & §. *coheredem*, qui & mox subsequitur. Primum enim in §. *id quod*, agitur de jure substitutionis, & ostenditur, si eo jure portio integra accesserit oneratæ, confundi partes, B contra si onerata accesserit integræ, separari partes. Mox in §. *si coheredis*, agitur de jure accrescendi, idemque juris esse constituitur in jure accrescendi, ut distinguamus, accrescat portio integra oneratæ, an onerata integræ. Et licet etiam idem constituere in jure hereditatis, vel dominicæ, vel paternæ, ut *l. si pupillus*, §. *si ego*, & *l. maritum*, *in prin. hoc tit.* Ac post eadem serie, & quasi filo eodem in §. *si coheredem*, statim agitur de jure adrogationis, quoties pars coheredis meæ parti accidet per adrogationem, quod eum adrogem in locum filii: nam adrogatio coheredis omnia bona coheredis meæ subjicit potestati. Agitur & in eodem §. de jure legitimæ aut prætoriæ hereditatis coheredis. Et ostendit, duobus heredibus scriptis, si uterque adierit hereditatem, quod est extra omnem dubitationem, separari partes, cum quisque suam ad- C quisierit, nec jam esse disputandum de confusione, & separari partes, etiam si pars unius accesserit alteri jure adrogationis, vel jure intestatæ successionis, vel jure testamenti facti a coherede. Unus tantum est locus, quo propugnatur opinio illorum, qui hac in re differentiam putant esse constituendam inter jus substitutionis, & jus accrescendi in *l. qui fundum* §. *qui filium*, *hoc tit.* Locus est, in quo aperte Julianus scribit, substitutum eundemque coheredem, qui integram partem suam habet, id est, non gravatam, & cui jure substitutionis vulgaris accedit pars coheredis onerata: atque ita parte onerata accedente integræ ex substitutione vulgari, ait Julianus, ejus partis solida legata deberi. Ergo non posse in ea parte separatim inveniri Falcidiam, quod sufficiat pars integra, cui ea accedit. Et aliud esse statuit in substi- D tutione pupillari. Et hoc vult in summa totus ille §. *qui filium*, si pars onerata accedat integræ ex substitutione pupillari, separari legata: si ex substitutione vulgari, confundi legata: contra si pars integra accedat oneratæ ex substitutione vulgari, vel pupillari, vel reciproca, nihil refert; confundi partes, confundi legata, non tamen semper. Ante diximus, nullam esse constituendam differentiam inter substitutionem vulgarem & pupillarem. Memini me huic §. *si filium*, respondisse observ. *d. cap.* 35. & id, quod respondi, etiam sine opera mea erit cuilibet facile statim atque legerit, apprehendere, cum sit verum. Sumitur enim responsio ex jure quodam, quod obtinuit Juliani tempore. Reliqua sunt ξυνετοῖς μόνοις τοῖς ἐξάρτασι. Et illud si cui sit cura repetere intelliget. Ve- E lim vos animadvertere, esse *in cap.* 2. transpositionem manifestam: nam ibi in illis locis, *adeuntis*, *vel superstitis portio*, reponendum est loco *adeuntis*, *deficientis*, & loco *deficientis*, *adeuntis*. In cap. 3. velim hæc verba deleri, *vel ex primis*. Loci duo restant, qui pertinent ad hanc materiam: in §. *ult.* hujus legis, unus: alter in *l. qui fundum*, §. *ult. hoc tit.* qui faciles erunt. Intelleximus ex supradicta recitatione, in ponenda ratione legis Falcidiæ, portionem integram accedentem oneratæ, replere oneratam per calculi confusionem, id est, contributionem portionis legatorumque, portionem autem oneratam accedentem integræ, non repleri; accessionis esse replere, non repleri, augere, non augeri. Et hoc naturam ipsam satis dare. Et nihil refert, portio portioni accedat jure accrescendi, an jure substitutionis, ubique locum esse superiori definitioni. Nihil etiam referre, portio accedat ex substitutione vulgari, an ex pupillari: & ad *l. qui fundum*, §. *qui filium*, *hoc tit.* in quo portio quidem onerata accedens integræ ex substitutione pupillari non repletur, sed accedens ex substitutione vulgari, repletur. Ad eum, inquam §. ita respondere volebam, id Julianum scribere in eo §. cujus ætate nondum legata relicta ab instituto nominatim, debebantur a substituto vulgari. Hoc enim primum increbuit ex constitutione Severi, *l. licet*, *de leg.* 1. *l. si Titio & Mævio*, §. 1. *de leg.* 2. *l.* 4. *C. ad Trebell.* Igitur legata relicta ab instituto, ante constitutionem Severi non debebantur a substituto vulgari, nisi ab eo substituto repetita fuissent hoc modo sc. *quæ ab herede meo legavi, quæque eum dare jussi si heres esset, & si heres non erit, a substituto ejus præstari volo*. Necessaria erat repetitio, alioquin substitutus vulgaris non præstabat legata nominatim relicta primo gradu institutionis ab herede instituto primo gradu. Cum igitur Julianus ponat in *d.* §. *qui filium*, ea deberi a substituto vulgari, & illud tacito intellectu ponit, quod etiam olim vulgo adscribi solebat in testamentis, ab eo substituto vulgari fuisse repetita legata. Unde consequens est, confundi debere tam ea, quæ a se relicta sunt, quam ea, quæ relicta sunt a coherede, cujus portio ad eum pervenit ex substitutione vulgari, quia scilicet ab eo sunt relicta omnia. Sicut & si testator legata non reliquisset nominatim ab herede instituto sed generaliter hoc modo: *quisquis mihi heres erit dato:* hic coheres idemque substitutus confunderet omnia legata, & in eis ita confusis inquireret rationem legis Falcidiæ, *l.* 1. §. *id quod ex substitutione hoc tit.* Et ita est respondendum ad eum §. *qui filium*. Cetera omnia congruunt bellissime, ut a me exposita fuerunt. Nunc videamus quid juris sit, si portio onerata accedat oneratæ, si exhausta exhaustæ. Qua de re videtur esse §. *ult. d. l. qui fundum*: quo quidem explicato, absoluti sumus ista materia. Si integra portio accedit integræ, hic casus non pertinet ad hanc materiam contributionis, quia locus Falcidiæ non est. Ubi in totum Falcidia cessat, inanis est disputatio de contributione legatorum. Tota enim hæc disputatio vertitur circa legem Falcidiam. Itaque pertinet tantum ad testamenta paganorum, non ad testamenta militum, ad quæ non pertinet lex Falcidia. Quid si onerata portio accedat oneratæ in totum: quo casu intervenit Falcidia? Et distinguo ita: aut plus onerata est una quam altera, aut æque onerata est una quam altera. Si plus onerata sit una quam altera, consequenter superiori definitioni dicemus, contributionem fieri, si portio plus onerata accedat minus oneratæ. Quod omnino est superiori definitioni consentaneum, ut idem juris sit in toto, quod in parte, aut idem in parte, quod in toto juxta *l. in ratione*, §. *rursus*, *hoc tit.* Quid si utraque pariter sit onerata, utraque exhausta? Sane nihil refert. Et hoc statim cuilibet probatur, si separatim in singulis portionibus ponatur ratio legis Fal. aut confuse. Et si forte coheres in sua portione separatim posuerit Falcidiam antequam ei obveniret portio coheredis, deinde obvenerit ei portio coheredis ex substitutione vulgari vel pupillari, nihil refert, vel ex jure accrescendi, ut quartam habeat omnium bonorum, quid aliud restat, quam ut & in portione coheredis, quæ ei accedit, similiter ponat Falcidiam? Et tamen in *d. l. qui fundum*, §. *ult.* vult Jurisc. de integro inquiri rationem legis Falcidiæ in universo asse contributis & confusis legatis utriusque portionis. Cur hoc vult? ut, inquit, coheres idemque substitutus habeat quadrantem omnium bonorum. Denique coheres, qui ante posuerat Falcidiam in sua portione, obveniente ei portione coheredis, retractat rationem Falcidiæ, confuso & permisto patrimonio, ut Falcidiam habeat integram. Et ejus §. summa brevis hæc est: si portio exhausta accedat exhaustæ ex substitutione vulgari vel pupillari, nec enim interesse ait, contributionem legatorum fieri: imo videtur esse supervacua contributio, & non necessaria. Fateor contributionem fieri oportere, sive computationem legatorum, & communem calculum, ut quod pro parte sua plus, aut minus coheres præstitit, antequam ei obve-

obveniret portio pupilli vel alterius coheredis, id repetat, vel ſolvat pro rata legatorum. Quod exemplo demonſtrari neceſſe eſt. Si teſtator reliquerit quadringenta in bonis, & duos coheredes, Primum & Secundum, a Primo legaverit trecenta, à Secundo ducenta, & Primus pro ſua parte præſtiterit legata habita ratione legis Falcidiæ, puta initio detractis centum, quæ ſunt extra quantitatem portionis ſuæ, uti oportet, *§.ult. Inſt. de lege Falcid.* deinde detracta quarta ex ducentis, id eſt, detractis quinquaginta, atque ita præſtiterit centum quinquaginta tantum; deinde ei obvenerit portio coheredis, a quo erant legata ducenta, & qui ſimiliter induxiſſet Falcidiam, præſtitiſſet centum quinquaginta, retinuiſſet quinquaginta, ex integro ponenda eſt ratio legis Falcidiæ, ut facta contributione omnium legatorum; quæ contributa efficiunt quingenta, & detractis centum, quæ ſunt extra quantitatem bonorum, coheres idemque ſubſtitutus repleat ſibi Falcidiam, detractis aliis quinquaginta, qui jam detraxit quinquaginta, & præſtet legatariis trecenta pro rata, id eſt, ſervata proportione eadem, quæ ab ipſo teſtatore conſtituta, ratio ſeſcupla, cum his reliquerit trecenta, illis ducenta, Ergo ſervata eadem ratione ex trecentis, quæ ſuperſunt deducta Falcidia, his quibus erant relicta trecenta, præſtari debent centum octoginta, his autem quibus relicta erant ducenta, præſtari debent centum viginti. Nam eadem eſt ratio trecentorum ad ducentos, & ducentorum ad centum, nempe ſeſcupla: Ideoque illis, quibus a ſe relicta erant trecenta, minus præſtitit coheres, qui præſtitit centum quinquaginta tantum, initio ſeparatim poſita Falcidia in ſua portione, & quod minus præſtiterit actione ex teſtamento, ab eo legatarii petere poſſunt, retractata ratione ſimul omnium legatorum, *l.etiam, de ſolut.* ut e converſo, ſi ab eo proponantur relicta ducenta a coherede, cujus portio ei accedit, trecenta, & ſuis legatariis præſtet centum quinquaginta, plus præſtitit, & quod plus præſtiterit, denuo habita ratione legis Falcidiæ nempe quingentorum, ab eis repetet condictione indebiti, vel actione ex ſtipulatu, ſi ſtipulatione Falcidiæ ſibi proſpexerit, *l.18. hoc t.* Fateor igitur computationem fieri omnium legatorum; quoties totus as accedit ad coheredem eundemque ſubſtitutum, & fieri computationem, ut pro rata ſervetur legatariis, quod quibuſque contingit. Nego autem, eam computationem fieri oportere, ut quartam habeat heres, id eſt, centum, quod tamen ait ille §. id eſt, centum cum & centum habiturus ſit, diſcrete & ſeparatim habita ratione legis Falcidiæ. Quod æque poſſet conſequi diſcreta ratione, quid opus eſt perſequi & inducere confuſa? Et tamen in *d.§.ult.* ait confundi rationem in hoc, ut quartam habeat heres: & ne id omittamus quod adjicit Accurſ. in *d.§.ult.* falſum hoc eſſe, ſi pupillus non extiterit heres, atque ita portio pupilli obvenerit coheredi ex tacita vulgari, quæ ineſt ſemper pupillari, *l. jam hoc jure, de vulg. ſubſt.* Verum tamen eſſe, ſi pupillus heres extiterit, & eo mortuo ante pubertatem, portio ejus coheredi obvenerit ex ſubſtitutione pupillari. Hæc, inquam, diſtinctio Accurſ. refellitur eod. *§.ult.* quo dicitur, nihil referre, ex qua ſubſtitutione portio coheredis ad coheredem pervenerit, ex vulgari an pupillari, ſicut & ſupra oſtendimus, ubi portio onerata accedit integræ, vel integra oneratæ, nihil referre, ex qua ſubſtitutione accedat. Igitur quicquid ſcribit Accurſ. in eo *§.ult.* non eum nobis perſpicuum reddit. Videamus an alii aliquid adinvenerint ſubtilius. Sunt quidam, qui ut oſtendant in ſpecie *d. §. ult.* neceſſario contributionem induci, ut heres quartam obtineat omnium bonorum, quæ teſtator reliquit, hoc utuntur ſive commento, ſive prætextu, ut ſi non facta contributione coheres, qui jam poſuit Falcidiam in ſua parte, ſeparatim eam ponat in parte pupilli coheredis, nec inducat confuſionem, non ſit habiturus quadrantem omnium bonorum, videlicet, ſi pupillus ex ſua portione aliquid deminuerit: quod fateor evenire, ſi pupillus deminuerit, & non injuria evenire contendo, ut minus habeat quadrante. Exempli gratia: Si quis cum haberet 400. in

A bonis filium impuberem, & extraneum inſtituerit ex æquis partibus, & extraneum pupillo ſubſtituerit, a ſingulis legaverit ducenta, deminuerit pupillus centum, & coheres extraneus jure Falcidiæ retinuerit 50. pro ſua portione, poſtea ſi pupillo mortuo ei heres extiterit ex ſubſtitutione pupillari, reliquerit ſcil. tantum centum, quod deminuerit ſemiſſem ſuæ portionis pupillus, detrahet tantum ex hereditate pupilli 25. & ſummatim ex omnibus bonis 75. non detrahet igitur integrum quadrantem, id eſt, centum. Nec hoc iniquum eſt, quia patris hereditas ſpectatur, non pupilli, & patris hereditas fuit idonea exſolvendis legatis uſque ad dodrantem, *d.l. qui fundum, §.qui filium.* Et deminutio facta a pupillo eſt deminutio Falcidiæ, non legatorum, ut in *§. quod vulgo*: nec quicquam intereſt, ſubſtitutus quis ſit tantum pupillo,
B non coheres datus pupillo. Nam ut coheres & ſubſtitutus pro eo habetur, ac ſi in primis tabulis ex parte pure, ex parte ſub conditione heres ſcriptus fuiſſet, *l.coheredi, §. coheres de vulg. ſubſtit.* ita & is, qui tantum ſubſtitutus eſt, videtur primis tabul. ſcriptus ſub conditione, videtur heres eſſe patris, non pupilli, *d.§.coheres, & §.ſi filio, h.l.* Et quemadmodum quarta hujus, qui tantum ſubſtitutus eſt, minuitur vel conſumitur ob deminutionem, quæ contingit poſt mortem patris: ita & quartam illius, qui & coheres & ſubſtitutus eſt pupilli, minui æquum eſt, & conſumi eadem ratione, ut & quandoque nil retineat pro Falcidia, ſed de ſuo quadrante ſolvat legata, ut dictum eſt ſupra ex *§. quod vulgo*. Ex his omnibus efficitur, nullo modo poſſe defendi ſententiam *d,§.ult.* ut ſcilicet ſi portio exhauſta accedat exhauſtæ, coheres, qui
C jam pro ſua parte ſeparatim Falcidiam induxit, poſtea exiſtente caſu ſubſtitutionis, ex integro Falcidiam inducere debeat, non ſeparatim in portione pupilli, ſed confuſim contributis omnibus legatis, ut ſalvum quadrantem habeat: quæ finis ejuſmodi eſt, ut a nobis concipi non poſſit, cum & ſalvum ſit quadrantem habiturus etiam ſine contributione, ſi ut in ſua portione, ita etiam in portione coheredis, quæ noviter acceſſit, ſeparatim Falcidiam inducat. Quare exiſtimavi jam olim, & placet etiam hodie in *d.§.ult.* eſſe legendum, *nec ſemis pupilli exhauſtus eſſet*, non, *& ſemis*. Et conſequenter ita debere poni ſpeciem, ut integra portio pupilli acceſſerit portioni coheredis, ejuſdem pupillo ſubſtituti, exhauſtæ. Quo caſu certum eſt, confuſionem fieri legatorum, ut coheres, idemque ſubſtitutus quadrantem habeat perinde atque ſi eſſet
D ex ea parte, quæ acceſſit primis tabulis, ſub conditione heres ſcriptus: nam etſi pupillo heres exiſtit, non patri, tamen comparatur inſtituto, id eſt, ei quem pater ſibi heredem fecit, comparatur ſubſtituto vulgari, *d.§.ſi filio, & d.§.coheres*: quo colore ſuſtinetur ſubſtitutio pupillaris facta a patre hoc modo: *ſi filius heres extiterit, & ante pubertatem deceſſerit, ille mihi heres eſto*: atque exiſtet heres pupillo, non mihi: ſed qui pupillo exiſtit, circa legem Falc. pro eo habetur, ac ſi mihi extitiſſet heres, ut non male dicam ſubſtituendo pupillo, ille mihi heres eſto, *l.1.l.coheredi, §.ult.de vulg.ſubſtit. l.ſi ita ſcriptum, §.qui filio, de bon.poſ. ſecund.tab.* Et apud Tullium 2. *de Inven.* Verum hac comparatione utimur, ſi onerata pupilli portio acceſſerit integræ portioni coheredis, ejuſdemque ſubſtituti: Neque enim hoc caſu ſubſtitutus comparatur
E inſtituto, ſed Falcidiam inducit in portione pupilli, etiamſi in ſua portione quadrantem bonorum habeat integrum, ut ex *§.ſi filio, & §.quæſitum, & d.l.coheredi, §.coheres, & l.1.§. id quod ex ſubſtitutione, h. t.* intelligi poteſt, ac etiam ex *d.l.qui fundum, §.qui filium.*

Diſquiſivi heri multa, & diſputavi non ſine moleſtia circa *§.ult. legis, qui fundum*, quo loco nullus eſt obſcurior in hac materia contributionum, nec dum mihi ſatisfeci: ſed, ut ſpero, faciam, ut & mihi & vobis hodie, & ſimul huic materiæ extremam manum imponam. Lumen quod affero ad hunc *§.ult. l. qui fundum*, videbitur clariſſimum. Velim primum vos ſemper in mente habere eam ſpeciem, quam heri poſui, inſtituta explicatione *d.§.ult.* Eum qui habebat 400. in bonis, duos heredes feciſſe ex æquis partibus,

tibus, ſingulos ex ſemiſſe, & ab uno legaſſe trecenta, ab altero ducenta. Velim etiam, vos meminiſſe duarum interpretationum, quas retuli, maxime prioris, quæ propius vero accedit, & quam patefaciemus cunctis hodie. Poſterior ineptiſſima eſt. Eis vero rejectis interpretationibus tentavi ad extremum idem, quod olim in *d.* §.*ul.* vexatiſſimo ſc. loco horum verborum *& ſemis*, reponere, *nec ſemis*, ex quo efficitur, contributionem fieri legatorum, ſi integra portio exhauſtæ accedat ex ſubſtitutione pupillari aut vulgari, & fieri eam contributionem, ut quarta bonorum apud coheredem eundemque ſubſtitutum remaneat. Quæ verba ita debui evidenter interpretari, ut contributis legatis omnibus, ab utroque herede relictis, quarta apud eum remaneat, beneficio portionis, quæ accedit & commiſcetur ſuæ portioni. Atque ita ſi ea portio, quæ accreſcit, Falcidiæ ſufficiat, ut Falcidiam, quam præſumpſit aut occupavit detrahere ex ſua portione, reddat legatariis quaſi indebite præſumptam, hoc ex inferioribus intelligetur melius. Et ſi ita legendo & intelligendo dixeris, idem fuiſſe traditum in §. *qui filium*, *eadem l.* nec eſſe veriſimile, ut paulo poſt fuerit repetitum in §.*ult.* dicam, aliter poni ſpeciem in §.*ult.* nempe coheredem in ſua portione jam poſuiſſe rationem legis Falcidiæ, antequam ei coheredis portio obveniret jure ſubſtitutionis: & poſt eveniente & exiſtente caſu ſubſtitutionis, retractari rationem omnem legis Falcidiæ confuſis ſemiſſibus, perinde ac ſi ab initio ex aſſe heres ſcriptus aut nuncupatus eſſet, & confuſis legatis tam a ſe, quam a coherede relictis, qui caſus non ponitur in §. *qui filium*. Retractatione rationis id eſt, retractata ratione legis Falcidiæ, quod notandum, retractatione calculi, hæc propria res eſt de qua agitur in §.*ult.* Et ſane ita poſita ſpecie retractationem rationis legis Falcidiæ fieri oportere: ſed nihil mutemus. Namque animadverti receptam ſcripturam, *& ſemis*, explicari poſſe ſatis dilucide hoc modo: ut ſi portio exhauſta jure ſubſtitutionis accedat exhauſtæ in ponenda ratione legis Falcidiæ, fiat contributio legatorum omnium, etiamſi jam, antequam locus eſſet ſubſtitutioni, ſeparatim in ſua portione coheres idemque ſubſtitutus poſuerit rationem legis Falcid. ut ſcil. quartam bonorum ſumat ex confuſione legatorum, non ſeparatim ex his, quæ a ſe ſeparatim, & his, quæ a coherede relicta ſunt, ne occurrat iniquitas, quæ occurreret, ſi plus aut minus præſtet his vel illis legatariis, quam oporteat: nam ſeparatim habita ratione legis Falcidiæ, his, quibus a ſe relicta ſunt trecenta, initio detraheret centum, quæ ſunt extra quantitatem portionis ſuæ, deinde jure Falcidiæ detraheret 50. ex ducentis, & præſtaret 150. Quibus confuſa ac ſimul habita ratione legatorum, eſſent præſtanda ducenta pro rata portione, & his, quibus a coherede relicta ſunt ducenta, ſi ſeparatim habuerit rationem Falcidiæ ſimiliter retentis 50. præſtaret 150. quibus tamen confuſa ratione legatorum, eſſent præſtanda centum duntaxat. Igitur ne fiat injuria legatariis, nec ulla inæqualitas exiſtat, melius erit eam quartam deducere ex confuſis non ex ſeparatis legatariis, hoc modo, ut confuſa efficiant 500. deinde detrahantur 100. quæ ſunt extra quantitatem bonorum, ut in *tit. de lege Falc. Inſt.* ſub finem, poſt detrahantur alia centum, quæ per legem Falcidiam habere debet, & ex reſiduis trecentis, his quibus a ſe relicta ſunt trecenta, præſtat pro rata portione, id eſt, ἀναλόγως nempe ducenta. His autem quibus a coherede relicta ſunt ducenta, præſtet centum duntaxat, legata enim a ſe relicta augentur, ſi ex ſubſtitutione alteram quoque partem hereditatis acceperit. Igitur ſi cœperit in ſua portione habere rationem Legis Falcid. antequam exiſteret caſus ſubſtitutionis, hæc ratio erit pro non habita, quia nec jure habita eſt, cum minus debito eum præſtitiſſe legatariis ſuis appareat ex poſtfacto, exiſtente caſu ſubſtitutionis. Et ideo exiſtente eo caſu, atque ita obveniente altera portione hereditatis, denuo inducitur Falcidia in omnibus legatis. Et brevis ac elegans ſumma *d.* §. hæc eſt. Si exhauſta portio exhauſtæ accedat ex ſubſtitutione vulgari aut pupillari, contributionem portionum & legatorum fieri, & ſi qua fuerit habita ratio legis Falcidiæ ſeparatim, eam corrigi, & retractari, & eam fieri confuſim, & ita cuique legatario ſervari ratam portionem. Quod mihi nunc videtur eſſe evidentiſſimum, nec in eo §. quiſquam debet accedere ad Accuſ. In §.*ult. hujus l.* nullus erit labor.

Ad §. ultimum.

Si quis exheredato filio ſubſtituit heredem inſtitutum, & ab eo tabulis quoque ſecundis legaverit: neceſſario ratio confundetur: cum ideo legata valere dixerit Julianus a ſubſtituto relicta, quod idem patri heres extiterit.

CErtum eſt a ſubſtituto filii impuberis exheredati, non poſſe relinqui legata, quia nec ab exheredato poſſunt relinqui, etiamſi ei data ſint ampla legata, *l. miles ita*, §. *ſi miles, de milit. teſt.* quia a legatario legari non poteſt, & teſtatori non debet plus licere in ſubſtitutum, quam in eum, cui ſubſtituit: ſi ab eo, cui ſubſtituit, non poteſt legare, nec a ſubſtituto ejus igitur, *l. qui fundum*, §. *qui filio*, *h. t. l. ult. de leg. 3.* Unus inter alios eſt caſus, qui exponitur in *h.* §. *ul.* quo a ſubſtituto exheredati recte legatur, puta ſi teſtator ſubſtitutum exheredatum in ſecund. tab. heredem inſtituerit in primis. Hoc enim caſu valere legata ab eo relicta tam primis quam ſecundis tabulis, *l. plane ſi filium in princ. de leg. 1. l. ſi filius, qui patri, de vulg. ſubſt.* & ut ait in hoc §. *ult.* in ponenda ratione *Falcidiæ* legis heres inſtitutus primis tabulis atque ſubſtitutus ſecundis, dicitur confundere & contribuere legata a ſe relicta utriſque tabul. Quod confirmat ſæpe jactata ratio, *duplex teſtamentum pro uno haberi*: heredem filii heredem patris eſſe videri, ſubſtitutum ſecundis tab. videri primis ſcriptum, bona filii eſſe patris, ut Græci ajunt, τῦ πατρὸς οὐσία, καὶ ἤτῦ ἀνῆβα εἶναι in *h.* §. Verum ne dixeris confundi bona paterna & pupillaria: confunduntur legata ab eo relicta utriſque tab. ſed bonorum paternorum & pupillarium as non confunditur, imo ſubſtitutus exheredato bona pupillaria habet ſupra quadrantem bonorum paternorum, *l. 10. ſup.* & in §. *quod vulgo.* Nunquam hereditas paterna confunditur cum hereditate pupilli: licet enim unum ſit teſtamentum, tamen duæ ſunt cauſæ, duæ hereditates. Confunduntur quidem partes hereditatis paternæ, confunduntur ſemiſſes aſſis paterni ut *l. 1.* §. *id quod ex ſubſt. & l. qui fundum*, §. *qui filium, h. t.* hereditas paterna & pupillaris non confunditur, ſed ſeparatim earum habetur ratio. Et in ponenda ratione l. Falc. ſemis paternæ, quod memini me latius exponere in *d. l. 10. lib. 20.* Et erravi ſupra in ponenda ratione ſeſcupla: Nam 300. & 200. quæ legaverat is, qui 400. habuit in bonis comparare debui non cum 200. & 100. ſed cum 180. & 120. quæ ex 300. quæ ſuperſunt deducta Falcidia legatariis præſtare debet iis quibus a ſe relicta ſunt 300. & 180. Iis autem, quibus a coherede relicta ſunt 200. 120. & ita moneo vos corrigere adverſaria veſtra. Supereſt unum, quod in tractanda materia contributionis omiſi, non parvi ponderis, quod omiſſum poſſit ſcrupulum iniicere multis. Cum dixi ex *l. 1.* §. *ſi coheredi*, *& l. quod ſi ab alterutro*, ſeparationem fieri portionum & legatorum, ſi portio onerata acceſſerit integræ jure accreſcendi, ex Proculi & Juliani ſententia contra Caſſium, hoc ſc. omiſi dicere, portionem oneratam accreſcere, vel quod repudiata ſit a coherede. Et hanc hodie quidem accreſcere cum onere legatorum ex conſtitutione Severi: olim accreviſſe ſine onere legatorum, *l. 29. in fine, l. ſi Titio & Mævio, in fin. de leg. 2.* Nec de ea quicquam ſenſiſſe Proculum aut Caſſium aut Julianum, cum nondum prodiiſſet conſtitutio Severi, vel portionem oneratam accreſcere, quod defecerit mortuo coherede, poſt teſtamentum vivo teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris, ante apertas tabul. & hanc portionem deficientem omni jure accreviſſe, cum onere præſtandorum legatorum etiam ætate Caſſii & Juliani & Proculi, ſicut legata, quæ deficiebant ſimiliter, cum onere remanebant apud heredem, *d. l. 29. in prin.* Et hac in re recte fit comparatio legatorum cum portione hereditatis, *d. l. quod ſi alterutro.* Et jure etiam

novo,

novo, id est, per legem Juliam & Papiam, etiam portionem accrevisse coheredi excluso fisco, cum onere legatorum. Conjunctio excludit caducum, sicut substitutio. Conjunctio est tacita substitutio. Et hæc genera accessionum significantur in *d.§.si coheredis* verbo *vindicavero*, si portionem oneratam vindicavero, quod sc. defecerit vivo testatore, vel ante apertas tabulas. Hanc enim vindicavero cum onere, & ideo separatim in ea posuero rationem legis Falcidiæ, quamvis pars mea sit integra & quadranti par. Et hoc idem etiam demonstrat verbum *vindicare, l.5. in fine, de vulg.substit.* cum ait, *se per legem*, scil. Juliam Papiam. Igitur non est verum, quod quidam scribit, in *d.§.si coheredis*, nihil referre, qua ratione portio onerata accedat integræ. Imo vero refert maxime, secundum jus, quod obtinuit ante constitutionem Severi. Et de eo Cassius & Proculus disputare tantum potuerunt in portione deficiente, non in repudiata, vel omissa. Quod valde notandum est.

Ad L. VII. Si tabulæ testamenti nullæ exstabunt unde liberi.

Scripto herede deliberante filius exheredatus mortem obiit, atque ita scriptus heres omisit hereditatem: nepos ex illo filio susceptus, avo suo heres extitit: neque pater videbitur obstitisse, cujus post mortem legitima defertur hereditas: nec dici potest: heredem, sed non suum nepotem fore, quod proximum gradum nunquam tenuerit: cum & ipse fuerit in potestate, neque pater eum in hac successione prævenerit. Et alioquin si non suus heres est, quo jure heres erit, qui sine dubio non est agnatus: Ceterum & si non sit exheredatus nepos, adiri poterit ex testamento hereditas a scripto herede, filio mortuo. Quare, qui non obstat jure intestati, jure testati videbitur obstitisse.

PErtinet hæc lex ad jus legitimarum hereditatum. In legitimis hereditatibus prima ex causa suorum heredum, *§.1.de hered.quæ ab intest.* Suorum appellatio est ex 12. tab. *l.liberorum, de verb.sig.* ex jure civili, *l.cum ratio, de bon. damnat.* ut in illo loco 12.tab. *Si intestatus moritur, cui suus heres non extabit*. Et ratio appellationis hæc est, *quia liberi vivo parente quodammodo domini existimantur, atque adeo parente mortuo continuatione dominium potius, quam hereditatem adipisci, suam quodammodo hereditatem adipisci, suaque bona & suos sibi heredes esse*. Et ita de eadem continuatione dominii Paulus in *l.11. de lib.& postum. & 4.Senten. In suis heredibus a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuari*. Si igitur vivo parente quodammodo videntur esse domini, & sui ipsius videntur heredes esse mortuo parente: & quidem alii legitimi heredes veluti agnati, qui ex transverso sunt sive ex latere, licet dicantur quasi venire ab bona propria, *l.1.§.largius, de success.edic.* tamen sui heredes non dicuntur, quia ut est in *d.l.11.* continuatio dominii evidentius apparet in liberis, qui heredes sunt, quam in agnatis, & ardentiore voto optamus liberos nobis heredes esse, quam agnatos, faciliusque vivi liberis nomen domini cedimus, ut ait *Lact.4. Inst.* quam agnatis, atque ideo liberos suos heredes appellamus. Ceteros appellamus alienos, extraneos, licet sint agnati. Sui autem aut sunt naturales, aut non naturales. Non naturales, ut adoptivi, & jure veteri uxor, quæ convenit in manum viri matrimonii causa, uxor, quæ in manu est viri, sua heres est viro jure veteri, quia filiæ loco est, vir loco patris, & viri filius suæ matri sive novercæ, est loco fratris, & illa loco sororis. Item nurus, quæ est in manu filii jure veteri sua heres est, quia neptis loco est ex jure veteri. Et similiter pronurus, quæ est in manu nepotis, sua heres est, quia proneptis loco est. Sed hoc jus in desuetudinem abiit. Naturales autem sui heredes sunt liberi ex justis nuptiis progenerati, vel etiam ex injustis, si per errorem contractæ sint, & erroris causa probata fuerit ex l. Ælia Sentia, ut intelligitur ex fragm. Ulp. Caij & Pauli. Namque hæc erat vetus ratio nondum nobis patefacta quondam faciendi filii legitimi, & faciendi quoque patris legitimi. Nec enim ulla ratione fit filius legitimus, quin & pater fiat legitimus pater. Inter civem Romanum, aut peregrinum aut Latinum, vel e contrario, non erant justæ nuptiæ, sed si contractæ essent per errorem, & erroris causa probata esset concilio, ex *l.Ælia Sentia* confirmabatur status liberorum & parentum, id est, filii fiebant legitimi, & patres legitimi, ac donabantur civitate. Qua ratione etiam videmus hodie, & ob erroris causam etiam, incestos filios fieri legitimos, confirmari eorum statum, confirmari statum parentum, confirmari nuptias, & plerunque non dissolvi, nec puniri incestum si accrissimus error fuit, *ut in l.qui in provincia, §.ult. de ritu nupt.l.si adulterium, §.incestum, de adult.l.4. C.de incest.nupt.* veniam dari errori accrissimo, non affectato insimulatoque. Nam omnes libri veteres habent in d. l.4. accrissimo, ut apud Priscianum, *canis malus celerissimus advolat Hector*, & apud Charisium, *equitum celerissimus*. Sui heredes igitur sunt liberi ex justis nuptiis progenerati, vel sui sunt liberi legitime concepti, vel qui facti sunt legitimi, & civitate donati causa probata ex lege Ælia Sentia, vel hodie, qui alia quacunque ratione facti sunt legitimi: nam jus novum protulit varias rationes faciendi legitimi filii patrisque, vel etiam filii adoptivi, qui sunt sui, non naturales, quos sc. in potestate habemus. Sed nondum est satis ad constituendam definitionem suorum heredum. Nam si filium, nepotem, &c. habeam in potestate, & sint omnes legitimi, omnes mihi non sunt sui heredes. Quare in definitione addendum est, *& quos nemo gradu præcedit*, id est, qui proximum gradum in linea liberorum obtinent, *l.4.§.1.de bon.pos. contra tabul.* Et addi etiam oportet, *hereditatis nostræ deferendæ tempore*. Et perfecta hæc erit definitio. Sui heredes sunt liberi legitimi, qui sunt in potestate morientis, & primum gradum obtinent tempore delatæ hereditatis: quæ definitio eruitur omnino ex hac l.1. Nam si moriente patre intestato, in ejus potestate fuerit filius, & nepos ex eodem filio, filius suus heres erit, quia nepotem gradu præcedit, & nepoti obstat, juxta id quod Paulus ait 4.Sent. parentes liberis, cum quibus in potestate fuerunt, ipso ordine successionis obsistere. Sed quæ est species hujus *leg.7.* si filius exheredatus sit, nepos silentio præteritus, extraneus scriptus in testamento, & post mortem patris etiam moriatur filius deliberante herede scripto; deinde heres scriptus repudiaverit hereditatem, nepos hoc casu avo intelligitur suus heres esse ab intestato, cum desertum sit testamentum, & repudiatum ab herede scripto, quia etsi mortis avi tempore, eum præcesserit filius, tamen tempore delatæ hereditatis, id est, eo tempore, quo scriptus repudiavit, eum filius non præcessit, qui jam mortem objerat. Et id etiam ostendit *l.9.§.si filium, de lib.& post.l.1.§.sciendum, de suis & legitim.l.si quis filio, de injust. rupt.test.l.ult. in fin. de condit. inst.* ut ibi exposui: est enim Papin. lib.13. quæst. & *§.cum autem, Inst.de hered.quæ ab intest.* Nec enim spectamus hoc casu, quis fuerit proximo gradu tempore mortis testatoris, sed quis tum fuerit proximo gradu, cum certum esse cœpit neminem ex testamento heredem fore, veluti repudiato & destituto testamento, vel rupto, vel defecta conditione institutionis. Et verba XII.tabul. *si intestatus moritur* referimus non tam ad tempus mortis, quam repudiatæ hereditatis testamentariæ, quia primum defertur hereditas legitima ab intestato, & in ea invenitur proximior nepos. Ergo suus heres est, nec ei obstitit filius, quamvis eum præcesserit. At e contrario, in eadem specie, si post mortem testatoris, ac etiam filii scriptus heres adierit hereditatem, an dicemus testamentum rumpi, aut ruptum esse propter præteritionem nepotis? an, inquam, quasi præteritio nepotis ruperit testamentum, dicemus inanem esse aditionem, & nepotem admitti ab intestato? Quod negat Papin. quia nepos sui heredis locum tempore mortis avi non tenuit præcedente filio, nec nepoti satisfieri oportuit in testamento eo instituto, vel exheredato, sed filio tantum: & filio satisfactum est per exheredationem quæ effectum habuit adita hereditate patris. Scripti igitur, qui adiit potior est causa, quam nepotis, & præteritio nepotis non rumpit testamentum. Hodie tamen ex constitutione *l.si quis filium, C.de inoffic.test.* ex persona filii,

A patris ſcil. ſui poteſt agere querela inofficioſi teſtamenti, quaſi patre ſuo immerito exheredato, in qua forſan vincet. Secundum quod evenit, ut in jure, vel cauſa inteſtati, id eſt, repudiante herede ſcripto, filius nepoti non obſtet, quin intelligatur nepos eſſe ſuus: jure teſtati, id eſt, adeunte ſcripto, filius obſtet. Priore caſu ex die repudiationis defertur hereditas inteſtati, & eo die proximior invenitur nepos. Ergo intelligitur eſſe ſuus. Poſteriore autem caſu ex die mortis teſtatoris defertur hereditas, quo tempore nepos non obtinuit primum gradum, ſed filius, & potuit nepos impune præteriri.

Repetam ſummatim, quod circa ſpeciem legis noſtræ ſeptimæ dixi definiri: Repudiante herede ſcripto, nepotem avo ſuum heredem eſſe jure inteſtati; quod nemo ex teſtamento heres exiſtat: adeunte autem herede ſcripto obtinere teſtamentum, nec rumpi teſtamen- B tum præteritione nepotis, qui ſui heredis locum non tenuit, filio præcedente tempore mortis avi, atque ita filium obſtare nepoti jure teſtati, id eſt, ſi ex teſtamento adita hereditas fuerit: non obſtare jure inteſtati, ſi repudiata fuerit, quia repudiationis tempore filius non præcedebat, qui jam erat ſublatus e vivis. Et nunc videamus, quemadmodum Papin. refellat opinionem eorum, qui in hac ſpecie repudiante herede ſcripto dicebant, nepotem non eſſe quidem ſuum heredem avo, quod eum filius præceſſerit, ſed eſſe legitimum heredem, ut agnatum. Qui in ea opinione erant, non ſibi conſtabant: quod enim ſtatuebant, nequibat conſiſtere, quandoquidem is, qui dicit nepotem non eſſe ſuum heredem, & hoc dicit, legitimum non eſſe: legitimi ſunt aguati, legitima ſucceſsio eſt agnatio. Ergo, qui dicit, C nepotem ſuum non eſſe, & hoc dicit, nepotem agnatum non eſſe. Itaque parum ſibi conſtabant illi, qui dicebant ſuum non eſſe, & agnatum eſſe, non venire jure ſuitatis, venire jure agnationis. Verum objicies, quod multis non parvum exhibuit negotium, a quo abeſt ſpecies, non continuo abeſſe genus. Suitatem eſſe ſpeciem agnationis. Agnationis ſpecies hæ ſunt; Suitas, conſanguinitas, & reliqua cognatio legitima. Suitas eſt igitur ſpecies agnationis, *l. filius, de ſuis & legit. l. Juriſconſ. §. 1. de grad. & affi. l. de bonis, §. 1. de Carb. edic. l. 2. unde leg. l. 1. § ſed videndum de ſucceſſ. ed.* Si quis non ſit ſuus, non ideo ſequitur non eſſe agnatum. Poteſt quis non eſſe ſuus, & agnatus, ut frater non eſt ſuus, & eſt tamen agnatus, ſi ſit frater conſanguineus: ſi uterinus, eſt cognatus, non agnatus. Item nepos, ſi filius præ- D cedat, non eſt ſuus, ſed eſt agnatus: a quo abeſt ſpecies, neceſſe non eſt & genus abeſſe. Et hoc ita ſi objicias, contra objiciam, hoc eſſe falſum in individuis, id eſt in ſingulis rebus: ut ſi negas L. Titium eſſe hominem, & hoc negas L. Titium eſſe animal, quia non poteſt L. Titius eſſe animal, quin ſit homo. Aut enim non eſt animal, aut ſi eſt animal, homo eſt: & ita hunc nepotem, quem nemo præcedit tempore delatæ hereditatis legitimæ, tempore repudiati teſtamenti, ſi negas eſſe ſuum heredem, & eundem negas eſſe agnatum, quia non poteſt eſſe agnatus, quin ſit ſuus heres, hic nepos ſcili. de quo ago. Aut enim non eſt agnatus hic nepos, aut ſi eſt agnatus, ſuus eſt: atquin ſuus non eſt, ergo nec agnatus. Agnatus vel eſt in tranſ- E verſa linea, vel in directa: certe nepos non eſt in tranſverſa, non eſt eis agnatus in directa, cum non ſit ſuus, ut jure agnationis venire ad hereditatem poſsit, qui non poteſt venire ſuitatis jure: Falſum eſt igitur, quod illi ſtatuebant, eum venire ut agnatum, non ut ſuum: Hæc enim ſeparari in eo non poſſunt, & verius eſt, eum eſſe ſuum heredem, quia etſi pater eum præceſſerit tempore mortis avi, ac ita eo tempore nepos non tenuerit proximum gradum, tamen fuit in poteſtate morientis avi, & in ea hereditate pater eum non prævenit, qui jam mortuus erat, antequam locus eſſet legitimæ hereditati, per repudiationem teſtamenti. Ceterum adeunte herede ſcripto, nepos avo ſuus heres non eſt, & ſcriptus obtinebit hereditatem: quam adiit, quia tem-

A pore delatæ hereditatis ex teſtamento, quod obtinuit, cum adierit heres, id eſt, tempore mortis teſtatoris, filius præcedebat nepotem, nec aliud tempus exiſtit, quo delata ſit hereditas. Denique eo tempore, quo fuit delata, filius præcedebat, filius obſtabat nepoti, in cujus locum nepos potuiſſet quidem ſuccedere vivo avo; ſed mortuo avo, mortuo teſtatore non fit ſucceſſio in locum ſui heredis, puta, ſi filius moriatur, vel ſi exheredatus ſit, ut in hac ſpecie, quæ exheredatio effectum habuiſſet, ſi vixiſſet, cum adita eſt hereditas ex teſtamento, & exheredatione amiſiſſet jus ſui: exheredatio perimit ſuitatem, *l. 9. ſi filium, de lib. & poſt. l. 1. §. poſt ſuos, de ſuis & leg. l. filium, §. videamus, de bon. poſſ. cont. tab.* Et hoc eſt quod ait Pap. l. 7. & eſt elegans concluſio: filius qui non obſtat jure teſtati, obſtat jure inteſtati.

B

Quod ſequitur in §. ult.

Non ſic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum ratio miſerationis admittit: liberos naturæ ſimul & parentum commune votum.

ID eo pertinet, ut intelligatur, ſuos heredes præferri parentibus defuncti, qui legitimi ſunt ſive agnati, nec prætor eis dat bonorum poſſeſſionem ex prima parte edicti, quæ tantum pertinet ad ſuos heredes, ſed ex ſequenti parte, unde legitimi vocantur vel agnati. Igitur liberi defuncti excludunt parentes defuncti, ut nec ſimul admitti poſſint, etiamſi defunctus fuerit in poteſtate parentis. Quod obtinet hodie ex Nov. 117. in his ſcilicet, quæ patri non adquiruntur, de his, quæ patri acquiruntur, dicemus in *l. pen. de ſuis & legit. ex eod. lib.* C Ratio autem, quod liberi defuncti excludant parentes defuncti, hæc eſt, quia hereditas magis debetur liberis noſtris, quam parentibus, quandoquidem plures rationes invitant liberos, quam parentes. Parentes invitat ſola ratio miſerationis, ut ad quos ſummus mœror pervenit morte liberorum, ad eos hereditas perveniat, quæ ob id ipſum dicitur luctuoſa & triſtis, *l. ult. C. de inſt. & ſubſtit. l. ult. C. com. de ſucceſſ.* Liberos autem vocant plures rationes: ordo naturæ, naturalis erga filios caritas ac propenſio, naturæ ipſius ratio, lex tacita, & parentum omnium commune votum, communis optatio. Quod idem retulit ante Papinian. lib. 19. in *l. nam ſi pariter, de inoffic. teſtament.* Et ex hoc §. ultimo, veluti conjuncta ſcriptura, ut res exigit tranſeamus ad l. *pen. de ſuis, & legit. hered.*

D Ad L. Si pater. pen. de ſuis, & leg. hered.

Si pater apud hoſtes moriatur, defunctum jam in civitate filium, credimus patremf. deceſſiſſe, quamvis patria poteſtate, quandiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus: itaque heredem habiturus eſt iſte non reverſo patre. Sed ſi poſtliminio redierit pater jam defuncto filio, quicquid medio tempore per eum quæſitum eſt, habebit: & non eſt mirum, ſi peculium quoque defuncti pridem filii defertur patri: cum ex eo natus poteſtatis ipſius fiat per ſuſpenſi juris conſtitutionem.

NOtandum eſt, in his bonis, quæ patri adquiruntur, filiumfam. neque ex teſtamento, neque ex inteſtato heredem habere poſſe, ſed patrem ſuperſtitem omnia occupare jure peculii. Inde quæritur in hac l. quid ſit dicendum, ſi filiusf. deceſſerit patre capto ab hoſtibus & vivente adhuc, an heredem legitimum habiturus ſit filiusf. E qui in incerto ſtatu deceſſit propter captivitatem patris nam ſi redeat pater, filiusfam. intelligitur deceſſiſſe filiusf. propter fictionem poſtliminii, neque heredem habet: ſed ſi ibi moriatur pater, etiamſi moriatur poſt filium, filius intelligitur paterf. id eſt, ſui juris deceſſiſſe, & heredem habet legitimum, quia lege Cornelia pater præmortuus fingitur, id eſt, ea ipſa hora qua captus eſt, *l. in omnibus, de captiv. & poſtlim.* Et hora captivitatis jungitur horæ mortis, & retro, *l. juſto. in fin. de uſucap. & uſurp.* Interim igitur, quandiu pater vivit apud hoſtes, ſi filius moriatur, filii bonorum poſſeſſio ab inteſtato peti non poteſt, quia nondum apparet eum patremfa. deceſſiſſe. Et hoc ita eſt proditum in *l. 2. §. ſi quis deceſſerit, unde legit. & l. 1. §. 1. tit. ſeq. l. in bello, §. ſi quis capiatur, &*

l. bo-

l. bona, *§. quod ſi filius*, *de capt. & poſtl.* Sed ſi ibi moriatur pater, fictio legis Corneliæ facit, ut filius defunctus pridem in civitate intelligatur paterfam. deceſſiſſe, & heredem habeat proximum agnatum, quaſi præmortuo patre, tametſi, quandiu vixerit pater, in plenum liberatus non fuerit patria poteſtate, quia pependit jus filii patriſque propter ſpem poſtliminii. Paterfam. eſt, qui liberatus eſt poteſtate patria, vivente patre apud hoſtes, non dum apparet an liberatus ſit patria poteſtate: nondum eſt igitur in plenum ea liberatus, & tamen ſi ibi moriatur pater, fingetur filius ſupervixiſſe patri, & quaſi morte patris ſui juris effectus fuiſſe, ac ita habiturus eſt heredem legitimum. Et ait Papinianus, *credendum eſt eum patrem deceſſiſſe* propter fictionem ſcil. legis Corneliæ: ait, *credendum eſt*, in re ficta, ut *l. retro*, *& in l. in bello*, *§. ſi quis*, *de capt. & poſtlim. l. Titio centum*, *in princip. de condit. & demonſt.* Quia plerumque falſum aut fictum eſt, quod credimus. Et ideo in comœdiis dicenti, *gaudeo*, reſponderi ſolet, *credo*, quia multi gaudere ſe ſignificant cum debeant gratulari: cum maxime doleant non reſpondetur, *ſcio*, ſed *credo*. Sic igitur in fictionibus juris ſæpiſſime uſurpatur verbum *credo*, quod ſcil. pater poſtliminio redeat, mortuo jam filio, filius intelligitur filiusfamil. deceſſiſſe, & bona quæ medio tempore acquiſivit ſtipulatione, vel traditione, vel legato, (nam hereditate non potuit, quandiu pater vixit apud hoſtes, *d. §. ſi quis capt.*) non poteſt adire hereditatem, qui eſt incerti ſtatus. Igitur bona, quæ alia ratione acquiſivit interim, ea omnia pater occupat jure peculii, & nepos quoque ex eo filio natus medio tempore, fit in poteſtate patris reverſi ab hoſtibus propter fictionem poſtliminii, quia retro fingitur in civitate manſiſſe, nec veniſſe unquam in manus hoſtium. Hæ duæ fictiones ſunt frequentiſſimæ in jure noſtro, fictio l. Corneliæ, & fictio poſtliminii, quæ efficiunt, ut credamus multa, quæ ſunt falſa. Et obſervandum eſt in hac *l. pen.* Papinian. *poſtliminium* appellare, & quaſi definire ſuſpenſi juris conſtitutionem, quia ſpecies poſtliminii ſuſpendit jus filii, patriſque, ſi vel hic, vel ille ſit captivus: ſuſpendit jus omne captivi, eorumque jus, qui in ejus familia ſunt, non abrumpit, *l. illa inſtitutio*, *§. 1. de hered. inſtit.* Et eventus, id eſt, reditio omnia jura reſtituit in integrum. Et hoc eſt quod ait in hac *l. pen.*

Ad L. pater inſtituto 10. & 11. ff. de capt. & poſtl. reverſ.

Pater inſtituto impuberi filio ſubſtituerat, & ab hoſtibus captus deceſſit: poſtea defuncto impubere legitimum admitti quibuſdam videbatur: neque tabulas ſecundas in ejus perſona locum habere, qui vivo patre ſui juris effectus fuiſſet: Verum huic ſententiæ refragatur juris ratio: quoniam ſi pater, qui non rediit, jam tunc deceſſiſſe intelligitur, ex quo captus eſt: ſubſtitutio ſuas vires neceſſario tenet.

§. 1. *Si mortuo patre capiatur impubes inſtitutus, vel exheredatus, in promptu eſt dicere, l. Corneliam de tabulis ſecundis nihil locutam, ejus duntaxat perſonam demonſtraſſe, qui teſtamenti factionen habuiſſet. Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri: quoniam verum eſt, ne impuberem quidem factionem teſtamenti habuiſſe. Et ideo non eſſe alienum, prætorem ſubſequi non minus patris, quam legis voluntatem, & utiles actiones in hereditatem ſubſtituto dare.*

Lex 11. *Quod ſi filius ante moriatur in civitate, nihil eſt, quod de ſecundis tabulis tractari poſſit: ſive quoniam vivo patre filiusfam. mori intelligitur: ſive quoniam non reverſo eo, exinde ſui juris videtur fuiſſe, ex quo pater hoſtium potitus eſt. Sed ſi ambo apud hoſtes, & prior pater decedat: ſufficiat lex Cornelia ſubſtituto, non alias, quàm ſi apud hoſtes patre defuncto, poſtea filius in captivitate deceſſiſſet.*

Quæſtionem tractemus *l. 10. de capt. & poſtl. rev.* quam poſtrema recitatione dixi eſſe conjungendam cum his, quæ tractavimus in *l. 7. §. ultim. ſi tab. teſtam. nul. & l. pen. de ſuis & legit.* Et conjungi debet hoc modo: in bonis, quæ patri non adquiruntur, patri præferri libe-
A ros filiifam. quamvis in ejuſdem parentis poteſtate ſint, eique filiof. liberos ab inteſtato legitimos heredes eſſe in ejus bonis: his autem bonis, quæ patri adquiruntur, patrem præferri omnibus, ut vivo, ita mortuo filiofamil. & eum, qui filiusfam. moritur vivo patre, neque ab inteſtato, neque ex teſtamento heredem habere poſſe, ſed quod is acquiſierit patrem tenere quaſi peculium, non quaſi hereditatem; denique in eis eum, qui filiusf. moritur, neque ab inteſtato, neque ex teſtamento habere poſſe, quia in cauſa teſtati, & in cauſa inteſtati lex XII. tabul. qua obveniunt hereditates cum legitimæ, tum teſtamentariæ, loquitur de patref. non de filiof. In cauſa teſtati his verbis: *paterf. uti legaſſit*, *&c.* In cauſa inteſtati: *paterf. ſi inteſtato moritur*, *cui ſuus heres non extabit*, &c. Si filiusfamil. ex teſtamento heredem habere non
B poteſt, ergo nec ex ſubſtitutione pupillari, quia teſtamentum eſt filii impuberis, quod valet, ſi morte patris factus ſit paterfam. & poſtea deceſſerit impubes: irritum fit: ſi filiusfam. deceſſerit vivo patre. Ex his principiis conſtat ratio legis 10. & 11. Sed repetendum eſt etiam breviter, quod dicemus ex *l. pen. de ſuis & legit.* Si vivo patre captivo filius moriatur, poſtea reverſo patre, filius intelligitur deceſſiſſe filiusf. & heredem nullum habet, nec ab inteſtato, nec ex teſtamento, vel principali, quod ipſe fecit interim, vel pupillari quod ei fecerit pater ante captivitatem. Mortuo autem patre apud hoſtes, filius, qui ante deceſſerat, intelligitur paterfamilias deceſſiſſe, factus ſc. ſui juris morte patris, quem lex Cornelia fingit prædeceſſiſſe, atque ideo hic filius habiturus eſt heredem, vel ex ſuo teſtamento, ſi pubes fuerit, & teſta-
C mentum fecerit: vel ex pupillari ſubſtitutione, ſi impubes fuerit, & impubes deceſſerit, eique pater ante captivitatem ſubſtituerit: vel nullo facto teſtamento, habiturus eſt legitimum heredem, & quod medio tempore adquiſierit, poſt captivitatem patris pertinebit ad heredem legitimum filii, non ad heredem patris. Quæ eſt ſententia, *d. l. pen. & l. proponebatur*, *§. ult. de pecul. caſtr.* Cui obſtat vehementer, quod omiſeram, lex *bona*, *§. quod ſi filius*, *h. t.* quæ ait, filium captivi, quod interim acquiſivit, patre mortuo apud hoſtes, ſibi acquiſiiſſe videri. Et ſequitur perperam in ea lege, quæ pugnat cum ſuperioribus, *Et ſi filius vivo patre deceſſerit*, poſt pater deceſſerit apud hoſtes, quod filius quæſierit medio tempore, pertinere ad heredem filii, quod eſt abſurdum, ut quod filio quæſitum eſt, non pertineat ad heredem filii. Et ut etiam Accurſ. ipſe
D præſenſit in *d. §.* eſt legendum, *nec ſi vivo patre deceſſerit*, *ad heredem patris pertinebit*: quandoque pater deceſſerit apud hoſtes, non pertinebit ſcilicet ad heredem patris defuncti apud hoſtes, quod interim filius adquiſierit. Nunc proponamus ſpeciem *l. 10.* & explicemus quæſtionem totam facillime, quæ pleriſque videtur difficillima. Ego aliquando deſperavi, me poſſe venire ad intelligentiam ejus *l. 10.* & 11. præcipue. Finge: pater filio impuberi inſtituto vel exheredato ſubſtituit in ſecundum caſum, ſubſtituit pupillariter: deinde captus eſt ab hoſtibus, & deceſſit apud hoſtes: poſt mortem patris filius deceſſit in civitate impubes: nam pubertate finitur ſubſtitutio pupillaris; an valet ſubſtitutio pupillaris? Sane valet, quia fictione l. Corneliæ jam tunc filius intelligitur morte patris ſui juris effectus, ex quo captus eſt pater: ſubſtitutio
E pupillaris valet in eo, qui morte patris ſui juris efficitur, fit ſui juris, & poſt moritur impubes. Et ita definit Papinian. initio hujus legis, & Julianus in *l. lex Cornelia*, *§. 1. de vulg. ſubſtit.* Quidam dicebant, non valere ſubſt. pupillarem iſto caſu, & habiturum filium heredem legitimum, non ſubſtitutum. Et utebantur hac ratione, quia vivo patre ſui juris effectus eſt, & ſubſtitutio pupillaris in ejus tantum perſona conſiſtit, qui fuit in poteſtate morientis patris, *l. coheredi*, *§. cum filiæ*, *de vulg. ſubſt.* Sed refellitur hæc ratio alia ratione, quia vivo patre non in plenum ſui juris effectus eſt, ut dixit Papin. *d. l. pen.* Imo morte patris ſui juris videtur factus ex l. Corn. quæ fingit, mortuum patrem eo ipſo momento, quo captus eſt, quæ fingit, mortuum eſſe, qui vixit eo momento, ac etiam ſat diu poſt, vi-

vus

vus habetur pro mortuo. Igitur valet substitutio pupillaris, quia non vivo patre, sed morte patris videtur filius paterf.factus, qui post decessit impubes. Et hoc est quod ait in 1. parte l.10. *jam tunc*, &c. si reversus fuisset pater, non in captivitate decessisset, postea mortuo filio vivo patre certissimum esset, non valere substitutionem pupillarem, quia vivo patre filiusf.decessit sine ullis bonis: cujus nulla sunt bona, ejus nulla hereditas est, & cujus nulla hereditas, nullus est heres. Et hoc si, ut posuimus, præmoriatur apud hostes, deinde filius in civitate ante pubertatem. Quæro quid sit dicendum, si filius vivente patre adhuc apud hostes decesserit in civitate impubes, si præmortuus fuerit filius? Et ex *l*.11. quæ sequitur, in priori parte, quæ est coaptanda priori parti *l*.10. & est ejusdem Pap. ex lib. 31. ostendit, idem juris esse etiam hoc casu, & hoc maxime casu, id constare inter omnes, ut scil. reverso patre non valeat substitutio pupillaris, quia filius intelligitur decessisse filiusf. vivo patre propter fictionem postliminii: mortuo autem patre apud hostes, ut valeat substitutio pupillaris, quia paterf. fuisse intelligitur, etiamsi prior decesserit, morte patris, quæ fingitur anterior, sui juris effectus, quia mors patris, licet sit posterior, fingitur fuisse prior lege Cornelia. Et fictio legum veritate potentior est. Nihil igitur refert, filius decesserit post, an ante mortem patris: & ut priore casu præmortuo patre Papin. rejicit in *l*.10. eorum sententiam, qui admittebant legitimum, non substitutum: ita posteriore casu, id est, præmortuo filio rejicienda est sententia Accursii in *l*.11. & in *d.l.pen.* admittentis legitimum, non substitutum: substitutus enim præfertur legitimo, quia substitutio suas vires tenet. Et quod ait *l*.11. præmortuo filio nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, non hoc est, irritas esse secundas tabul. sed rem esse certam, ut reverso patre non valeant secundæ tabulæ, mortuo ibidem patre valeant, tractationem esse rei difficilis & controversæ, non rei certæ atque confessæ. Et est quod ait *l*.11. *quod si filius, &c.* id est, constat inter omnes non valere reverso patre, valere non reverso: *hostium potitus* est per ὑπαλλαγήν, ut Lucret. 4. *mortis lethique potitus*. Et ita, ut nunc tractare incipiamus de filio capto ab hostibus, quandoquidem hactenus satis est dictum de patre capto, si mortuo patre filius captus sit ab hostibus, ibique decesserit impubes, cui pater substituerat, similiter posset dici, legitimum admitti non substitutum, hoc colore sive prætextu, quod lex Cornelia videatur eorum testamenta confirmare, qui testamenti factionem habuerunt, quam impubes non habuit. Id rejicit Papin. in §. *seq.* *l*.10. hac ratione contraria atque fortiori, quia si lex Cornelia impuberis legitimam hereditatem confirmat, nulla facta substitutione, & habet pro intestato impuberem, qui tamen testamenti factionem non habuit, *l*.1. §.1. *de suis & leg. l. bona, in pr. hoc t.* & pro intestato quoque impuberem eum habet, si ei testamentum fecerit pater. Igitur ex mente leg. Corn. & voluntate patris, qui substitutum venire voluit, æquum est, hoc etiam casu prætorem dare substituto utilem petitionem hereditatis, quod idem ostenditur in *l. lex Cornel.* §. *sed si potest, de vulg. substit.* Ubi est manifestissimum illo loco: *Quare etsi pubes*, legendum esse (*impubes*) non *pubes*, quod & sic initio §. *seq.* *l*.10. ait, *mortuo patre capiatur impubes, &c.* Hoc proponitur in contrarium quasi verum, quod posset tentari quasi verum, sed refellitur statim his verbis, *quanquam*, non *quoniam*, ut alias demonstravi: his verbis igitur *plane*, ubi etiam plusquam manifestum facit superior interpretatio esse legendum, *quanquam*, non *quoniam*, hoc loco ait, non esse alienum; *& d. l. lex Corn.* non incommode dicit, quod omnino congruit cum hoc loco, lege Cornel. dari utiles actiones, non directas: quia jure civili, id est, ex XII. tab. ejus, qui apud hostes decessit, nulla est hereditas, & captivitate filii impuberis irritæ factæ sunt secundæ tab. sed l. Cornel. confirmantur, contra l. 12. tab. Notandum etiam ex hoc §. *ult.* prætorem subsequi voluntatem testatoris, custodem esse, non eversorem testamentorum, *l. factum.* §. *si sub condit. ad Trebell.* esse absurdum, prætorem plus tribuere fideicommissario, quam voluerit testator: item prætorem subsequi voluntatem legis Corneliæ, subsequi jus civile, ut ait *l. scio de testib.* & custodiam igitur esse prætorem testamentorum, custodem legum. Et §. quidem hic ult. loquitur de filio impubere capto mortuo patre. Unde quæro quid sit dicendum, si captus sit vivo patre. Et sane hoc casu substitutio pupillaris non valet, quia filiusf. intelligitur decessisse vivo patre, nullis bonis in civitate relictis, nec ad hunc casum porrigi potest lex Cornelia: nec enim potest lex Cornelia efficere, ut cujus nulla est hereditas, id est, cujus nulla bona fuerunt in civitate, ejus sit heres aliquis. Lex Cornelia & hereditatem & heredem facit, ut ait *l. filiusfamilias, ad l. Falcid.* Utrumque sc. simul: Nam heredem certe non facit absque hereditate. Nulla autem sunt bona filiifamilias vivo patre mortui, aut quem credimus esse mortuum vivo patre: captus est vivo patre, ergo mortuus si non redeat: captivitas mors est. Itaque patris hereditas pertinet ad heredem patris, ad proximum agnatum ex XII. tab. non ad filii substitutum ex l. Cornel. quæ deficit hoc casu. Et ita definitur in *d.l. lex Cornelia*, illo loco, quo dixi apertissime liquere, esse legendum, *quare etsi impubes*. Exposui duos casus, quorum altero solus pater captus est, altero solus filius. Restat tantum tertius, si uterque captus sit, pater & filius, & siquidem etiam uterque ibi decesserit, nec redierit aut redire possit, licet pater prior decesserit substitutio pupillaris non valet, quia is filius nulla unquam bona habuit in civitate: sed si patre mortuo apud hostes filius reversus postliminio in civitate decesserit impubes, substitutio pupillaris valet perinde ac si ambo decessissent in civitate ex l. Cornelia, atque ita primæ tab. sustinentur l. Cornel. ergo & secundæ. Nam si non valerent primæ, nec consisterent secundæ. Et hoc est quod ait in posteriori parte legis undecimæ: *Si ambo apud hostes sint*, id est, si pater & filius capti sint ab hostibus, & prior pater ibidem decedat, *non alias sufficere legem Corneliam substituto*, οὐκ ἄλλως τὸν νόμον προσφέρειν, id est, non aliter legem Corneliam pertinere ad pupillarem substitutionem (*Sufficere* dicitur, quæ non deficit) quam si post mortem patris reversus filius in civitate decesserit, hoc etiam casu substitutio pupillaris filio decedente impubere valet. Alioquin si uterque decesserit captivus, substitutio pupillaris non valet. Nihil habentis substitutio non valet: quod proponitur in *l. si pater captus, de vulg. subst.*

Ad L. XXVII. de Donat.

Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam & cum patre meo semper fuisti, & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoque uti. Defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus, & cum de ea re mecum contulisset, dixi, posse defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum. Ideoque non videri donationem sequentis temporis initam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad judicem: ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus, qui usum cœnaculi accepit.

PRoponitur in hac lege brevis epistola Aquilii Reguli ad Nicostratum Rhetorem, præceptorem & magistrum suum in arte dicendi, qui ut hodie sciunt omnes ex Suida floruit ætate Papiniani sub M. Antonino Imperatore, & Rhetor cum esset, non Jurisconsultus, ut ex hoc loco apparet, de jure consuluit Papin. retulitque elegans responsum, quo causam suam tenuit, ut probabile est. Verba epistolæ hæc sunt: *quoniam & cum patre, &c.* videtur esse donatio, non tam quod dicat, *dono*: nec enim hoc verbum semper donationem facit, ut constat ex quodam loco *l. sed addes, loc.* sed quod ei gratis habitare permittit in cœnaculo ædium suarum: Namque hoc modo videtur ei donare id quod pro habitatione non solvit, *l. in ædibus, in princ. h.t.* Et brevitas epistolæ non vitiat donationem, *l. si aliquid C. eod.* Donatio autem hodie quidem perficitur nudo consensu, ut emptio venditio, ex constitutione Justin. non

ſatis æqua, quoniam juris auctorum mos eſt vetuſtiſſimus, ut donationes non facile admittant, non temere approbent. Sane ex jure veteri ex l. Cincia, quæ fuit de donationibus, & ob id dicta eſt lex muneralis a Plauto, ex illa lege, ut dicitur in *Nov. 162.* donatio perficitur re, non conſenſu ſolo, non conſenſu, non nuda voluntate, niſi inter parentes & liberos ex conſt. D. Pii, *l. 4. 5. & 7. C. Theod. de donat.* non perficitur nuda ratione, ut ſi quis donandi animo referat in rationes ſuas, ſe debere aliquid Titio, nulla donatio eſt: nuda ratio non facit donationem, quod proponitur in l. quæ præcedit: quia nuda ratio non habetur pro traditione. Retentio uſusfr. quæ hodie in omnib. cauſis tantum poteſt, quantum traditio, quæ vim & effectum traditionis habet, in donationib. non habebatur pro traditione, *l. pen. C. Theod. de donat.* Hodie etiam retentio uſusfr. in donationibus habetur pro donatione, & eo quoque genere perficitur donatio, quaſi is qui retinet uſumfructum in re ſua, quem nemo habet in re ſua, ſed in re aliena, quia nemini res ſua ſervit, is videtur eam rem facere alienam traditione fictitia, in qua retinet uſumfruct. *l. quiſquis, l. ſi quis argentum, §. ſed ſi quidem, C. hoc tit.* Eſt etiam in ſervitutibus patientia pro traditione, quia ſervitutes tradi non poſſunt corporaliter, non poſſunt tangi aut cerni: ſed patientia eſt pro traditione. Si dominus patiatur alium in re ſua uti ſervitute aliqua, patientia eſt pro traditione, & ceſſio & permiſſio, *l. 3. de uſufr. l. ſi ego, §. 1. de Public. in rem act. l. 1. §. ult. de ſerv. ruſt. præd.* ubi inquit Juriſconſultus, traditio, hoc eſt ceſſio, ſi quis dicat, ſe cedere ſervitutem illam vel illam, & patientia & ceſſio ſervitutum inducit: officium prætoris nempe hoc efficit, ut eum, quem dominus patitur uti ſervitute veluti uſufructu, uſu, habitatione, prætor tueatur quaſi poſſeſſorem, data exceptione, & data etiam actione Publiciana, ſi forte ceciderit poſſeſſione, *d. l. ſi ego, §. 1. & l. ſi actione, ſi ſerv. vind.* Atque etiam dato interdicto quaſi poſſeſſorio, veluti uti poſſidetis, vel unde vi, quod conſtat dari fructuario & uſuario, ſi prohibeantur frui vel uti, *l. ult. uti poſſ. l. 3. unde vi, l. item ſi non, l. ſi plures, §. dejectum, de vi & vi arm.* Ergo exemplo fructuarii & uſuarii, dabuntur etiam hæc interdicta veluti poſſeſſoria Nicoſtrato in hac ſpecie, cui eſt permiſſa habitatio cœnaculi, cui habitatio & uſus cœnaculi pene idem eſt. Is igitur cui ceſſa eſt, aut permiſſa habitatio, pene uſuarius eſt, in pleriſque uſuario comparatur, niſi quod habitatio non amittitur capitis deminutione, vel non utendo, uſus amittitur: utrumque tamen jus finitur morte ejus, cui conceſſum eſt jus habitandi. Et hoc eſt quod dicitur habitationem & uſum ædium pene idem eſſe, *l. 32. de uſufr. l. 10. de uſu & habit.* Et rurſus hoc eſt, quod Papin. ait in fine hujus l. Nicoſtratum expulſum ab heredibus donatoris, eſſe tuendum quaſi poſſeſſorem, ad exemplum interdicti, quod datur fructuario vel uſuario, puta dato interdicto unde vi, vel ſi alias inquietetur, dato interdicto uti poſſidetis. Donatio autem Nicoſtrato facta per epiſtolam, quod fit recte, *l. 5. & 13. C. eod. tit. l. Lucius, inf. h. t.* Nam & traditio, vel quaſi traditio recte fit per epiſtolam in *l. prædia, de acq. poſſ.* Traditio non tantum fit re, id eſt, naturali apprehenſione, ſed etiam verbo. *l. quod meo, §. ſi vendit. de acquir. poſſ.* & literis ſive epiſtolis, *d. l. prædia*, ſed exigitur, ut donatarius, ad quem ſcripta eſt epiſtola, eam acceperit, & liberalitatem agnoverit, ac amplexus fuerit, hoc eſt gratam habuerit, nec enim intelligitur donatio ſine acceptione. Et recte *l. 8. de bon. libert. ſi patrono*, inquit, *libertus donavit, ille accepit.* Et hoc eſt, quod dicitur, donationem non fieri μονομερῶς, *l. 15. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* & Gallice, *donner & retenir ne vaut au couſtumier de Champagne, titre des donat. art. 1.* At quærebatur in ſpecie hujus legis, an ita Nicoſtrato donata habitatione, & uſu cœnaculi in ædibus Aquilii Reguli civis Romani, an, inquam, defuncto eo donatore, heredes ejus donatoris Nicoſtratum expellere poſſint cœnaculo? Dubitationem faciebat, quod Scævola ait in *l. Lucius, inf. h. t.* in qua proponitur, quendam per epiſtolam donaſſe cuidam gratuitam habitationem ſuperioris cœnaculi, vel ſuperioris diætæ, ut ait donatario ſe concedere ſuperioris diætæ habitationem; ſe concedere habitationem ſuperioris partis domus ſuæ, quamdiu vellet donatarius: *quamdiu volueris, utaris gratuito ſuperioribus diætis ædium mearum.* Poſt mortuus eſt donator, quæritur, *an heredes ejus poſſint donatarium prohibere habitatione?* Et reſpondet, poſſe: poſſe expellere habitatione donatarium. Fuit Scævola peritiſſimus juris. Et hoc ita reſpondit ex ipſo jure, nempe ut opinor ex lege Cincia, quæ modum impoſuit donationibus certum, de quo agitur in *l. cum de modo, & l. ut mihi, l. fidejuſſori, h. t.* Nec enim permiſit donare in infinitum vel immodicum, exceptis certis quibuſdam perſonis, *l. contra de legi.* In qua etiam fit nominatim mentio legis Cinciæ. Atque etiam de ea lege Cincia eſt inſcriptio *d. l. contra.* Ac præterea lex Cincia ex pluribus cauſis infregit donationes, ac reddidit inutiles, *l. 1. §. 1. quibus mod. pig.* Denique donationes reſtrictius accepit, & ipſe Scævola & accipere libenter inhibuiſſet, deinceps etiam Juriſconſulti omnes & Imperatores. Nam & in donationibus exigunt actorum confectionem, ſive inſinuationem, & ex facili eas infirmant. Inter cetera hoc jus fuit ut conſtat ex *d. l. Lucius*, ut donato vel gratis conceſſo uſu cœnaculi, vel diætæ habitandi cauſa, non cogatur heres donatoris eum ferre inquilinum vel habitatorem, niſi aliud dictum ſit, niſi nominatim caverit donator in inſtrumento donationis, ut inquam, non cogatur ferre eum inquilinum, etiam ſi dictum ſit, ut quamdiu vellet habitaret, ut *d. l. Lucius*, quoniam id ita reſtringitur, quandiu vellet vivo donatore. Cum igitur de herede ſuo donator fecerit mentionem, non cogetur heres ejus eum ferre inquilinum, ſed poterit eum expellere. Et hac ratione moti heredes Aquilii Reguli Nicoſtrato faciebant controverſiam, quin imo abire & migrare jubebant. Et Papin. refert hoc loco, Nicoſtratum ſecum ea de re contuliſſe, ut loquitur etiam Plinius 4. *epiſt. Contuli*, inquit, *cum prudentibus.* Et refert Papin. ſe Nicoſtrato reſpondiſſe, non valere quidem eam rem mortuo donatore, vel donationem, nec ab initio fuiſſe meram donationem, ſed remunerationem. Sæpe fit, ut quod non valet ut donatio, valeat ut pactum, *l. 1. §. 1. quib. mod. pig. vel hyp. ſolv.* Emptor venditori pignus dedit pretii nomine; deinde venditor donavit pretium emptori: mortuo donatore conſtitit inutilem eſſe donationem, an pignus valet? minime: quia donationi inutile ineſt pactum, & conſtat pacto ſolvi pignus: non valet res ut donatio, id eſt, nulla eſt remiſſio pretii: integra eſt petitio pretii, ſed petitio pignoris non eſt integra. Et ita etiam *l. Modeſtinus, h. tit.* ſi creditor remiſerit uſuras futuri temporis, aut minuerit, hæc res valet ut pactum, & petenti uſuras obſtabit exceptio pacti, neque exigetur hæc res ad modum donationis: alioquin eſſet plerumque inutilis, ſi eſſet immenſa quantitas, aut immodica uſurarum. Igitur ut ea lex ait, in ea donatione uſurarum nihil vitii poteſt incurrere ex modo legis Cinciæ, ex ſumma quantitatis, quia res æſtimabitur ut pactum. Et ita etiam in ſpecie hujus legis noſtræ, res æſtimatur non ut donatio mera, ſed ut remuneratio, quia & verius remuneratio eſt, quaſi merces doctrinæ, ſive minervale, aut permutationis genus quoddam, ſive ἀντίδωρον, *l. ſed etſi lege, §. conſuluit, de hered. pet.* Male objicitur huic legi lex *Lucius*. Nam tantum abeſt, ut Papinian. diſſentiat à Scævola, ut maxime probet, quod eſt ſcriptum in *l. Lucius*, ſed reſpondet ita, hoc non fuiſſe donationem meram, ſed remunerationem præceptorum, quam utique non oportet accipi reſtricte, quia & ad eam non pertinet legis Cinciæ modus aut rigor. Licet enim præceptori donare in infinitum, non ſervato modo legis Cinciæ: quia doctrina certo modo non æſtimatur. Ita etiam in ſpecie *l. ſi pater, §. ult. h. t.* ſi me liberaveris a latrunculis vel ab hoſtibus, ſive eripueris, & pro eo tibi donavero aliquid immodicum & immenſum, donatio valet, eſt irrevocabilis, quia non tam eſt donatio quam remuneratio, & merces eximii laboris, quod vi me eripueris, non certo pretio, & contemplatio illa ſalutis non poteſt æſtimari certo modo. Itaque ad eam non pertinet lex Cincia. Igitur ad meras donationes tantum pertinet, non ad remunerationes eximii & inæſtimabilis beneficii. Quare

nec

nec in his remunerationibus hodie insinuatio requireretur, quia permutationes potius sunt beneficiorum, quam donationes. Igitur Papinian. fatetur esse verissimum quod est in *l. Lucius*, heredem non cogi stare donationi defuncti, qui gratis concessit usum cœnaculi, vel habitationem, nec de heredibus suis illam mentionem habuit, sed interpretatur hanc legem, ut pertineat tantum ad meras donationes, non ad remunerationes. A

Ad L. XL. de Mortis causa don.

Si mortis causa inter virum & uxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.

Nihil est in L. XL. *de mortis causa donat.* quod non exposuerim in *l. 76. de hered. inst. lib. 15.* Donatio B inter vivos non valet inter virum & uxorem, donatio directa & absoluta: donatio causa mortis valet, quia id tempus excurrit, quo solutum erit matrimonium. Sed videndum est, an mortuo donatore donatio retrahatur: ut si servus donatus sit mortis causa, an quod retro acquisierit is servus medio tempore, pertineat ad donatarium, an fundi donati fructus? an ancillæ donatæ partus pertineant ad donatarium mortuo donatore? Et distinguendum: aut ita facta est donatio, ut tunc dominium transferretur in donatarium, cum mortuus erit donator, & hæc non retrotrahitur, *l. sed interim, l. si is servus, de don. int. vir. & uxor. l. 76. de hered. inst.* aut ita facta est donatio causa mortis, ut ex eo ipso tempore valeat, quo interposita est. Et hæc retrotrahitur. C

JACOBI CUJACII J. C.
COMMENTARIUS
In Lib. XXX. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Si metus LXXXV. D. de Acq. her.

Si metus causa adeat aliquis hereditatem: fiet, ut quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas.

Ex Lib. XXX. sunt tantum leges tres. Prima est lex 85. *de acqu. hered.* cujus verba sunt, *si metus, &c.* Quemadmodum suis heredibus, qui ipso jure inviti heredes existunt, prætor dat facultatem abstinendi, & si abstinuerint se bonis, solvuntur omnibus oneribus hereditariis beneficio prætoris: nam jure civili necessarii sunt, *l. necessariis, hoc tit.* ita voluntariis heredibus, puta extraneis, qui non sunt ex familia testatoris, si forte aliquo casu inviti heredes existunt, ut si metu illato a creditoribus hereditariis adierint, hoc casu etiam his prætor dat abstinendi facultatem post aditionem. Et est sententia hujus legis, & *l. si mulier, §. pen. quod met. causa.* Necessariis autem heredibus veluti servis a domino heredibus institutis cum libertate, licet inviti hereditatem adeant, non datur abstinendi facultas. Hi vero sunt necessarii heredes, qui omni jure necessarii sunt, *d. l. necessariis.* Non est igitur novum, ut inviti heredes fiant, fiunt ipso jure necessarii, & civili, & prætorio jure: sui civili jure fiunt per prætorem, postulante fideicommissario, ut sæpe legitur in *tit. ad Senatusconf. Trebellian.* fiunt & qui adeunt metus causa, ut in hac lege, quo genere & inviti contrahunt nuptias, *l. si patre cogente, de ritu nupt.* quia coacti tandem voluerunt. Denique voluerunt, sed inviti per se, voluerunt, sed ægre, non libenter, non jucunde, non sponte. Principia necessitatis fuerunt, post principia quasi voluntatis, *d. l. si patre,* ex Celsi lib. 15. Digest: Et videtur esse conjungenda cum eo, quod ex eod. libro Celsi refertur in *l. 6. §. ult. hoc tit.* quæ objicitur huic legi, & *d. l. si mulier, §. pen.* Conjungenda, inquam, hoc modo, ut sint quidem nuptiæ, si quis eas contraxerit, volens licet coactus, non etiam si fallens, id est, simulans se velle, cum nollet: sicut is, qui volens adiit hereditatem, licet coactus metu, verbere, vel alio timore, heres fit aditione, non etiam si fallens adiit. Et ita loquitur Celsus in dicto §. *ult.* & notat non male Accurs. an fallens adierit, protestatione præcedente, declaratione habita seorsim. Et eo jure utimur sæpissime in multis negotiis. D E

Ad L. XIX. de Manumiss.

Si quis ab alio nummos acceperit, ut servum suum manumittat, etiam ab invito libertas extorqueri potest, licet plerunque pecunia ejus numerata sit, maxime si frater, vel pater naturalis pecuniam dedit: videbitur enim similis ei, qui suis nummis redemptus est.

His proxime adjiciemus recte, quod eod. lib. scripsit Pap. de eo, qui invitus servum suum manumisit, *l. 19. de manumiss.* Aliquando invito domino extorquetur libertas, sed volenti tandem potius, quam nolenti, ut si a Titio libero homine nummos acceperis, non quasi pretium servi; sed veluti eliciendi, aut promerendi istius beneficii gratia, ut servum tuum manumitteres, invitus manumittis, & poteris compelli per actionem præscriptis verbis, *l. naturalis, §. at cum eo, de præscript. verb.* Quod utique verum est, ut eleganter Pap. docet hac lege, si Titius non nummos suos sibi numeraverit; sed nummos tuos, id est, nummos servi peculiares, modo si Titii intersit servum manumitti, puta effectus ratione, quod is servus sit ei frater naturalis, id est, ex eodem contubernio procreatus vel filius aut pater naturalis, ex contubernio scil. pater civilis, est tantum ex justis nuptiis. Affectus autem ipsius, quo ducimur omnes erga cognatos, habetur ratio in omnibus judiciis: sive sint bonæ fidei, *l. cum servus, mand.* sive strictæ, *l. 6. & 7. de serv. export.* Et nostra interesse creditur servum manumitti propter affectionem justam & naturalem, licet nihil intersit pecuniariter: denique interest nostra fictitie, non vere. Et in judiciis igitur aliquando admittitur ficta quædam ratio ejus quod interest. Alioquin si Titii nihil intersit servum manumitti, cujus manumittendi gratia tibi dedit pecuniam non suam, sed peculiarem servi, non potest te cogere, ut servum manumittas. Non est autem mirum, si nummis acceptis peculiaribus servi, quos non ignorabas esse peculiares, cogaris eum manumittere, cum si ab ipso servo acceperis sciens nummos peculiares, atque etiam tuos, cogaris etiam eum manumittere, ex constit. Divorum fratrum ad Urbium Max. *l. 4. hoc tit. l. vix certis, l. qui se, de judic.* Dedit tibi servus tuus pecuniam peculiarem, ut eum manumitteres, non manumittis, moraris, cunctaris: non fiet liber ipso jure, sed extra ordinem interventu prætoris: servus tuus poterit te compellere, & tibi invito extorquere libertatem. Posui initio, Titium non dedisse nummos quasi pretium servi: nam si dedit quasi pretium, servus, cui mora fit in præstanda libertate, fiet ipso jure liber ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, *l. Paulus resp. de lib. causa, l. 4. C. si mancip. ita fuer. alien. ut manum.* Male Accurs. contra ponit, Titium dedisse nummos quasi pretium: nam hoc casu non esset compellendus dominus manumittere; sed lex faceret liberum sine facto domini, non eligeretur factum domini. Constitutio repræsentat libertatem post moram domini: Illa constitutio scilicet quæ scripta est ad Aufidium. Ac præterea, si deesset pretium, Titius non solveret recte de peculiaribus nummis: nam pretia oportet emptores dare de suo: alioquin non liberantur, *d. l. cum servus, mand. & l. un. si serv. ext. se emi mandav.*

Ad L. XII. ad L. Falcid.

Si debitor creditore herede instituto, petisset, ne in ratione legis Falcidiæ ponenda creditum suum legatariis reputaret, sine dubio ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ defuncti voluntas servatur.

Sciendum est, heredem in ponenda ratione legis Falci- A
diæ, in ponenda ratione legatorum & bonorum a de-
functo relictorum, prius deducere bonis æs alienum. Bo-
na intelliguntur deducto ære alieno. Deducere autem bo-
nis æs alienum, etiam id, quod sibi defunctus debuit, cum
creditor debitori heres exstitit: idque reputare legatariis:
quamvis creditum sane sit confusum aditione: sed confu-
sione tollitur tantum actio, non deductio, retentio, repu-
tatio. Et hoc est proditum in *l.15. §. quod avus, h. tit. l.qui
fundum, §. si quis heredem, h.t. l.6.&* 8.*C. eod. l.un.§.igitur,
C. de rei ux. act.* Et sic vice versa, id quod heres defuncto
debuit, cum debitor creditoris heres extitit, certum est,
eum bonis computare, contribuere, connumerare, quam-
vis aditione, confusum sit, confusione non tollitur repu-
tatio, *l.1. §. si debitor, & l. 56. h. tit.* Hæc sunt certissima
principia juris, quæ vitiantur in casu proposito in hac l. B.
12. in qua exponitur unus casus, quo heres non deducit
bonis quasi æs alienum id, quod sibi defunctus debuit in
ponenda ratione legis Falcidiæ, puta, si compensandi ani-
mo debitor creditorem suum heredem scripsit ea lege ne
creditum suum bonis deduceret, & legatariis reputaret,
sed id compensaret cum Falcidia: necesse est, ut id caverit
aperte. Et hoc ita, si caverit, ut servetur hæc voluntas de-
functi, legatarii consequentur, eoque augebuntur eorum
legata, hoc, inquam, consequentur, ut ait, apud arbitrum
legis Falcidiæ, apud quem inquiritur ratio legis Falcidiæ,
qui & judex dicitur, *l. cum Titio, h. t.* hoc, inquam, con-
sequentur opposita exceptione doli mali: nam si heres præ-
ter Falcidiam velit deducere etiam creditum suum, re-
pelletur exceptione doli mali, per quam certum est so-
lere compensationem opponi. Aut sane, quod maxime C
notandum, ratione doli exceptionis, quæ hodie tacite in-
est in omnibus judiciis, ipso jure fiet compensatio crediti
cum Falcidia, *l. unum ex famil. §. sed si uno, de leg.2.l.inter,
de administr. tut. l. posteaquam, de compensat.* Et observan-
dum maxime Papinian. hoc loco dicere, legatarios hoc
consequi, ne scilicet, quod sibi defunctus debuit, heres
detrahat bonis, non opposita exceptione doli mali: nec
enim necesse est opponi: sed ratione doli exceptio, quæ
scilicet inest tacite, etiam non opposita: nam in omnibus
judiciis, hodie compensatio fit ex tacita exceptione doli,
quæ fiebat olim ex expressa. Et est sententia hujus legis
12. Finge: Debitor, qui quadringenta habuit in bonis, me
creditorem suum heredem scripsit, & oneravit legatis, &
cavit, ut hereditatem suam compensarem cum meo credi-
to: ex hereditate ejus cum effectu percipio Falcidam tan- D
tum, dodrantem erogo legatariis: si tantum mihi debuit,
quantum jure Falcidiæ percipio, nihil retineo jure crediti,
quia creditum testator cum Falcidia pensari voluit, solam
Falcidiam retineo, id est, centum: alioquin si id non cavis-
set testator, retinerem centum septuaginta quinque: nam
alia viginti quinque inessent quartæ bonorum, si plus mi-
hi debuit, quam jure Falcidiæ percipio: ut si debuit mihi
150. cum Falcidia sit tantummodo 100. detraham 100. pro
Falcidia, & 50. tantum pro superfluo debiti in *l.15.§.cum fi-
deicommissum, h. t.* Nam ut ibi ait, compensatio fit tantum
ad finem Falcidiæ, ad parem quantitatem, ad concurren-
tem quantitatem, & superfluum debiti detrahitur do-
dranti. Et male Accurs. & aliqui, quantulamcumque
Falcidiam sufficere compensationi. Falcidiam centum
sufficere credito 200. Nam mens hujus l. 12. eadem est, E
quæ §. *cum fideicommissum*, ut compensentur tantum con-
currentes quantitates pari pecunia, pari ære, pari numero,
ut etiam in specie *d. l. 15. §. quod avus, & l. cum pater,
§. Titio, in priore parte, de leg. 2.* nunquam quantulicun-
que fructus sufficiunt compensationi. Et male, quod
proponitur testator cavisse in hac *l. 12.* ne heres creditum
suum reputaret legatariis, his verbis, *testatorem non in-
duxisse compensationem crediti cum quadrante* bonorum suo-
rum: nam quid aliud agere potest? quid aliud egit, quam
ut fieret compensatio? Porro hæc voluntas testatoris
creditum compensare volentis, non prohibet Falcidiam,
quod etiam hoc jure non potuit, prohibet palam, *l. nemo,
de leg. 1.* Sed fraudem ei facit quodammodo: nam si tan-
tum sit in credito, quantum est in Falcidia, nihil vide-
tur retinere jure Falcidiæ, quandoquidem id, quod reti-
neo jure Falcidiæ, jam mihi debebatur. Atque ita hac arte
quodammodo inhibetur Falcidia, & fit non male, ta-
men servanda est hæc testatoris voluntas. Igitur si credi-
tor, quem testator heredem scripsit, possit ei succedere
etiam ab intestato, puta, quod sit ei proximus agnatus,
prudentius fecerit si repudiaverit testamentum, ne frau-
detur Falcidia, & possideat hereditatem ab intestato. Et
ita suadent juris auctores, ut se ita in hac re gerat, id eum
facturum impune, id est, citra metum edicti, *si quis omis-
sa causa testam.* quia id facit fraudis testatoris excludendæ
gratia, qui voluit fraudare legem Falcidiam. Et hæc
est sententia *d. l. cum pater, §. Titio,* quæ confirmatur etiam
*l.42. de acquir. hered. l.6. §. si patronus, de bon. libert. l.Pa-
pin. §. quarta, de inoffic. testam.*

JACOBI CUJACII J. C.
COMMENTARIUS
In lib. XXXI. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. IX. de Stat. hom.

In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum.

EX LIBRO XXXI. quæst. sunt ll. quatuor, e qui-
bus exposui unam nuper, eamque difficiliorem,
libro 29. ad leg. 10. *de captiv. & post. rev.* leg.
11. scilicet, ejusdem lib. Restant igitur tres tan-
tum, & notæ quædam Pauli in hunc Papiniani librum.
Prima erit lex 9. *de statu hom.* Omittam quæcunque scripsit
Accursius in hanc legem, non quod sint ea contemnenda,
sed quod sit vobis in promptu ea legere, *deterior,* inquit
est conditio. Conditio, quantum ex titulo intelligere licet,
est status, *l. qui cum alio, de divers. regul. jur.* status condi-
tionis, *l. cujus de jure patron.* Status etiam ex sexu discri-
men aliquod accipit. Et ob id in *l. seq.* de hermaphrodito,
quæritur, cujus sexus æstimari debet, sed sane hoc fit im-
proprie. Nam status proprie non decernitur ex sexu, sed ex
conditione libertinitatis, aut servitutis, aut brevius ex statu
capitis, & servitutis. Status proprie discrimen non accipit
ex sexu. Et tamen ex hac lege 9. *& seq.* cernis, sub tit. *de
statu hominum*, agi de discrimine sexus; quamvis uterque
ponatur esse ejusdem status, puta mas, & femina liber
uterque, aut servus uterque, quem ego abusum vix fero.
Quod autem ait, deteriorem esse conditionem feminarum,
quam masculorum, hoc natura ipsa constat satis, ut Ari-
stoteles in Politic. 1. τὸ ἄῤῥεν εἶναι κρεῖττον τῇ φύσει, *sexum
masculum esse meliorem, muliebrem deteriorem, vel, quod
natura maris sit imperare, feminæ obsequi.* Sed præter natu-
ram etiam in multis articulis juris civilis, id est, in multis
partibus deterior est conditio feminarum quam mascu-
lorum. Jus civile subsequitur naturam, dixerim pene, non
in multis, sed in omnibus partibus & juris naturalis &
civilis. Nam & in quibus causis melior videtur esse con-
ditio feminarum, puta; quod ex intercessionis causa
non obligentur ex Senatusconsulto Vellejano, & quod
in pœnis parcitur, lapsis juris ignorantia succurritur, &
generaliter, quod eis non nocet juris ignorantia, quæ
maribus nocet: in his ipsis apparet deterior conditio mu-
lierum. Cur subvenitur deceptis? Cur ignoscitur lapsis?
quia deterior & imbecillior est conditio earum, sed dete-
rior natura, non etiam jure, in his causis. Unde dicemus
rectius, in multis causis juris civilis, non in omnibus de-
teriorem esse causam feminarum: in omnibus sane, si
naturam spectas: non in omnibus, si leges, sed tamen in
multis leges deteriorem fecere conditionem feminarum
aliquanto plus, quam natura. Lege Voconia masculorum
here-

hereditas jure agnationis non pertinet ad feminas ultra conſanguinitatem, id eſt, fratrum legitimorum gradum, femina fratri aut ſorori eſt legitima heres, non filio fratris, non patruo, & tamen filius fratris amitæ eſt legitimus heres. Patruus filiæ fratris eſt legitimus heres. Non eſt igitur ſucceſſio reciproca, quia ad feminas non redit maſculorum hereditas ultra gradum conſanguineorum, id eſt, fratrum. In jure ſemper conſanguinei nomine ſignificantur fratres. Unde apparet illorum abuſus intolerabilis, qui dicunt arborem conſanguinitatis, conſanguinitatem accipientium pro cognatione, cum ſemper accipiatur pro fraternitate tantum, nec etiam deſcriptio graduum unquam appellata eſt arbor, nam nec arboris ſpeciem habet ullam. Et de hoc capite legis Voconiæ Paulus ſcribit 4. *Sentent. tit. de inteſt. ſucceſſ.* & intellige de eo §. *ceterum, Inſtitut. de legit. agnat. ſucceſſ.* Lege item Voconia non licet feminam heredem ſcribere, ne filiam quidem unicam, ut aperte ſcribit Divus Auguſtinus 3. *de civitate Dei, cap.* 21. *Nolebant*, inquit, *divites fieri feminas, ſciebant nihil eſſe intolerabilius divite femina*. Patroni quoque liberi maſculi idem jus habent in hereditatem liberti, quam & ipſe patronus, non etiam feminæ, quod conſtat ex fragmentis Ulpiani, & ex conſtitutione Græca Juſtiniani, *de jure patronat.* Ac præterea filii præteritio, quæ injuria quædam eſt, nullum facit teſtamentum patris, non præteritio filiæ: filius nominatim exheredandus eſt, non etiam filia, quod obtinuit ante Juſtinianum. Et, ut ex M. Catone Gellius refert, deprehenſam in adulterio uxorem licebat impune necare ſine judicio, quod & Nov. quædam permiſit contra legem Juliam de adulteriis, quæ hanc poteſtatem marito omnino non dedit. Uxori autem virum, ut Cato dixit, ſi adulteraret, jus non erat ne digito quidem contingere. Et conſtat enim hodie virum non poſſe accuſari adulterii: mulierem poſſe, *l.* 1. *C. ad leg. Jul. de adult.* & præterea uxores viros elugere, non contra *l. uxores, de his qui not. infam.* & coerceri ſecundas nuptias mulierum, *Novell.* 22. Et libertum unum, qui procurat negotia Senatoris maſculi, non qui feminæ, conſtat habere vacationem tutelarum, *l.* 15. §. ἐπιλύεται, *de excuſation. tutor.* Senatorem, feminam dico, quæ Senatori matrimonio juncta eſt; nec enim poteſt femina ingredi in Senatum, & multo minus in ſecretius conſilium Principis, caputque ejus devotum eſt inferis Senatusconſulto quæ id eſſet factura: Lampridius in Heliogabalo. Ex quibus omnibus quæ Accurſio addimus, intelligere eſt, verum eſſe quod Papinianus ait, *in multis, &c.*

Ad L. LII. de Adoptionibus.

Nonnunquam autem impubes, qui adoptatus eſt, audiendus erit, ſi pubes factus emancipari deſideret, idque cauſa cognita per judicem ſtatuendum erit.

1. §. *Imperator Titus Antoninus reſcripſit privignum ſuum tutori adoptare permittendum.*

CErtum eſt, patrem naturalem vel adoptivum non poſſe cogi filium emancipare, quod proponitur in l. 31. nec indiget probatione. Sunt tamen quidam caſus, quibus cogitur. Unus eſt in *l. ult. ſi a parente quis man.* quo cogitur filium emancipare extra ordinem, ut ſi ſit impius & atrox erga filium, cauſa cognita & probata extra ordinem cogetur emancipare: alius eſt in *l. ſi cui legatum, de condit. & demonſtr.* & alius in hac l. 52. ſi impubes ſit adoptatus, & pubes factus probaverit ſibi non expedire adoptionem: nam cauſa probata cogetur pater eum emancipare, atque ita recipiet priſtinum jus. Hoc dicitur de impubere in leg. ſeq. ſed idem procedit in pubere minore xxv. annis, qui ſe præbuit adrogandum: nam & hic poteſt reſtitui in integrum adverſus adrogationem, *l.* 3. §. *ſi quis minor, de minor.* adoptionem impuberis permittit conſtitutio Titi Antonini, ut dixi, *l. cauſa, de vulg. & pup. ſubſt.* 29. quæſt. Nam ante illam conſtitutionem impubes non potuit adoptari, & ut ſubjicitur in hac lege, eam permiſit etiam tutori, ut etiamſi vellet tutor pupillum ſuum adoptaret, maxime cauſa cognita, ſi affectu paterno ducatur, ut ſi vitricus datus ſit tutor privigno. Eſt enim ſæpe vitricus in privignum animi paterni, *l.* 15. *de neg. geſt.* Et ideo jure datur tutor privigno, *l. ult. C. de cont. jud. tut.* Et ſive ſit tutor ex conſtitutione Antonini, ſive non ſit tutor, privignum adoptat jure. Plinius in 10. Epiſt. *&*, inquit, *adoptionem a vitrico meruit*. Ponendum eſt, vitricum adoptaſſe privignum puberem: nam ætate Plinii impubes non potuit adoptari: non ſolet permitti adoptio ei, qui tutor fuit, ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur, *l. nec ei, hoc t.* Qua ratione etiam interdictæ ſunt nuptiæ cum ea, cujus tutelam geſſimus vel curam, *l. pen. de ritu nupt.* ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ, vel occaſio retrahendæ rationis tutelaris intra tempora reſtitutionis in integrum. Ergo permitti etiam non debet tutori adoptivo pupilli, ſed cauſa cognita permittitur, maxime ſi vitricus tutor privignum adoptaverit, quia pene patris loco eſt.

Ad Leg. Quod ſi filius XI. de capt. & poſt rev. vide lib. XXIX. ad L. X. eod.

Ad Leg. LXXVIII. de Reg. jur.

Generaliter cum de fraude diſputatur, non quid habeat actor, ſed quid per adverſarium habere non potuerit, conſiderandum eſt.

NOn recte videtur concepta hæc regula. Qui arctius eam & accuratius acceperit, deſiderabit in ea ſemper aliquid; *cum de fraude diſputatur*, inquit, *non conſideratur quid habeat actor*, qui de fraude ſibi acta agit, ſed quod ſequitur recte, conſideratur, quid non habeat, per fraudem adverſarii. Sed cur etiam admonuit non conſiderari, quid habeat actor? Et vulgo quidem proprie hanc regulam referunt ad actiones fraudatorias, quamquam cum ſit generalis, poſſit referri ad omnia judicia, in quibus de fraude quæritur vel principaliter, vel per conſequentiam. Actiones fraudatoriæ ſunt veluti Pauliana ob fraudatos creditores: vel Fabiana, aut Calviſiana ob fraudatum patronum. Et ſi hanc regulam ad has actiones refers, quia ſane his proprie convenit, & quia ad eas etiam conſtat referre legem ſeq. & ego fateor. Hoc igitur propoſito, hic erit ſenſus hujus regulæ; Si creditor agat Pauliana, ut reſcindat, quæ debitor geſſit & donavit in fraudem ſuam, in necem ſuam, ne quæratur in hoc judicio, quid creditor habeat de bonis debitoris poſſeſſis: nam Pauliana non datur, niſi creditore ante miſſo in poſſeſſionem, & bona debitoris poſſidere juſſo, §. *item, ſi quis in fraud. de action.* Ut igitur actione Pauliana non quæritur, quid habet actor ex bonis debitoris, quæ poſſidere juſſus eſt, & quæ diſtraxit, ſed quæritur & conſideratur, quid amplius habere potuerit, ſi ei fraudator, id eſt, debitor ipſe fraudem non feciſſet, vel is, qui contraxit cum fraudatore, ſi ei non obſtitiſſet: nam actio Pauliana datur in utrumque, *l.* 1. *inf. quæ in fraud. cred.* ut ſcilicet recipiat quod habere potuit, ſi ei poſſidere licuiſſet, quod fraudator in ejus fraudem alienavit. Et ſi hic eſt ſenſus, inelegans videtur eſſe & inconſequens: Nam quis neſcit hoc non conſiderari, quod jam habet actor, cum quæritur quanto fraudatus ſit? Igitur melius eſt, ſic ſtruere verba hujus regulæ, & diſponere apud ſe tacito intellectu, ut non conſideretur quid habeat adverſarius, cum quo agitur fraudatoria actione, ſed quid actor habere potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet per adverſarium, ut ſimiliter Papin. definit in *l. ſi navis, §. ult. de rei vindicat.* Cum agitur de mala fide poſſeſſoris, & de fructibus ex re aliena perceptis, quos reſtituere debet actor, non ſpectari, quos habeat fructus adverſarius: quid enim, ſi fuerit negligens in eis percipiendis? ſed ſpectari, quos fructus actor percipere potuiſſet, ſi poſſediſſet, aut poſſidere licuiſſet per adverſarium, *l. ait prætor, §. per hanc, quæ in fraud. credit.* Qui duo loci adducuntur ab Accurſ. hoc loco rectiſſime. At certe probabilior

bilior est scriptura Græcorum, quæ mihi sane visa est semper elegantissima, ut ita legatur, *cum de fraude disputatur, non quid non habeat actor, sed quid habere per adversarium non potuerit, consideratur*: quam utique arcte teneri optimum judicem oportet, hoc scilicet sensu, ut non quicquid non habet actor, eo omni fraudatus videatur, sed eo tantum, quod ei abest per adversarium, id est, dolo aut culpa sive negligentia adversarii. Sane ita habent Basil. Et tamen ex regula hujus legis, videtur commodissime adhiberi interpretatio facilis, non mutata scriptura vulgari: ut cum de fraude disputatur, non consideretur quid habeat actor, ut si residuo, quod non habet fraudatus intelligatur, nec eo fraudatus intelligatur, si absit dolus aut culpa adversarii, sed consideretur, quid dolo aut culpa adversarii factum sit, ut actor habere non potuerit: fraudem nos metiri, non ex eo, quod actor habet, sed ex eo quod per adversarium factum est, ne haberet. Non quantum ei abest, tanto fraudatum videri actorem, sed quantum ei abest dolo aut culpa rei, cujus sententiæ meo judicio facilius exprimendæ gratia, videntur Græci scripsisse, *non quid non habeat actor*: sed etsi non adjicias hanc alteram negationem, regula idem significabit, & patietur eandem interpretationem. Et est elegans regula, ut ad extremum dicat, non videri quem non fraudatum eo, quod habet, nec etiam fraudatum eo, quod non habet, nisi dolus aut culpa rei fecerit, ut id non habeat.

Ad L. XVIII. de Servitut.

Papinianus notat, in omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

JAm perfuncti sumus hoc libro, si modo addamus, quod refertur *l. 18. de servitut. hoc lib. Papin.* Paulum notare, *in omnibus servitutibus*, *&c.* nescimus, in quam sententiam Papin. vergat & dolemus, nec vaticinandi ullo modo datur nobis facultas. Restat tantum igitur illa nota explicanda. Finge: Ædes tuæ meis ædibus serviunt, vel fundus tuus meo servit fundo, debet iter aut viam, tu me heredem facis, confunditur servitus aditione, quia post aditionem ego sum dominus utriusque prædii, & meo prædio meum prædium servire non potest. At finge rursus, tu, qui me heredem fecisti, prædium illud tuum, quod meo serviebat a me legasti Titio; & legasti per damnationem. Ita ponendum est, alioquin aditione, ego non acquirerem dominium hujus prædii, quia fundi (*) legati per vindicationem dominium recta transit ad legatarium ex morte testatoris, nec fit heredis, nisi sit legatum per vindicationem conditionalem: nam pendente conditione est hereditatis. Igitur ita ponenda est species, ut prædium illud serviens, quod a me legavit, meum factum fuerit aditione, atque ita confusione servitus interierit: deinde vero tu ages ex testamento, ut præstem prædium, ego per exceptionem doli, per retentionem prædii consequar, ut tu patiaris redintegrari servitutem, quæ est extincta, priusquam præstetur tibi fundus, vel ut eam imponas rursus prædio, cum tibi tradetur a me, quia testator legavit tibi prædium, quale fuit testamenti tempore: fuit autem serviens, ergo pati debes, ut ad te veniat servum jure legati, quod est in *l. si serv. Titii, l. legatum, §. ult. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2.* Confusio tollit actionem, non exceptionem. Quæ est sententia notæ Pauli. Sed observandum est, Paulum loqui tantum de servitutibus prædiorum, non de usufructu, qui est servitus debita personæ: loquitur de servitute, quam prædium prædio debet, non de usufructu, quam servitutem prædium personæ debet, nam ususfructus non redintegraretur, sed præstaretur fundus plenus, quia ususfructus est pars rei, ergo continet omne emolumentum rei. Testator legavit fundum, ergo plenam rem, plenum dominium: nec enim, si tu ante aditionem habueris in eo usumfructum, qui testatoris heres extitisti, poteris efficere per retentionem, ut is ususfructus rursus tibi cedatur, quia palam est testatorem legasse fundum plenum, proprietatem plenam. Hic recte conjungitur *§. ult. l. 73. ad Treb.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXXII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. dote LXI. de Rit. nupt.

Dote propter illicitum matrimonium caduca facta, exceptis impensis necessariis, quæ dotem ipso jure minuere solent, quod judicio de dote redditurus esset, maritus solvere debet.

EX hac l. intelligimus illiciti matrimonii dotem fieri caducam, non inhonesti tantum, ut incesti, sed etiam illiciti dotem redigi in fiscum: ut puta, nam res eget explicatione, & exemplis, si quis uxorem duxerit in provincia, in qua officium gerit. Est enim illicitum matrimonium, id est contra mandata principum. Solemnia erant mandata quædam, quæ dabant Principes euntibus in provincias cum potestate vel imperio, vel curatione aliqua, vel ministerio publico, & inter cetera, ne in ea provincia, durante officio uxorem ducerent, ne quid emerent, ne fœnus exercerent, ne mutuam pecuniam darent. Ratio potentatus, ut ait lex *præfectus, hoc tit.* hæc prohibuit, ne quid scilicet sub specie nuptiarum, vel emptionis vel mutui, sub honesto titulo facerent per concussionem, ne opprimerent provinciales, ne elicerent ratione potestatis suæ nuptias invitis, venditiones, usuras: fuit hoc unum caput mandatorum. Igitur illicitæ sunt nuptiæ, id est, contra mandata principum, si quis duxerit uxorem in provincia. Et ideo dos fit caduca, si qua data sit, quod ostendi alias ex rescripto quodam Gordiani esse ex constitutione Severi. Severus constituit, ut ex hac causa dos caduca fieret, nisi scilicet veterem sponsam duxerit, quam scil. desponderat ante delatum sibi officium, & post in illo officio duxerit: hanc enim licet ducere, nec dos fit caduca, *l. si quis, §. veterem, h. tit.* Ubi autem dos fit caduca, quam maritus accepit ob illicitum matrimonium, maritus fisco id reddit, quod redderet conventus judicio de dote ab uxore, vel heredibus uxoris. Et minorem igitur dotem quandoque reddit si eam impensæ necessariæ fecerint minorem, quæ est sententia hujus l. Constat enim necessariis impensis dotem ipso jure minui, retentionem ex dote fieri ipso jure nomine impensarum necessariarum, quas fecit maritus in res dotales, *l. 5. de impens. in res dot. fact.* Utiles autem impensæ non minuunt dotem ipso jure, nec retinentur ipso jure, sed eo nomine est retentio dotis veluti pignoris, *l. 5. de dote præleg.* Alia retentio fit ipso jure, quæ nihil aliud est, quam deminutio dotis: alia fit per exceptionem, quæ non est deminutio dotis. Etiam illud notandum est, ex hac causa, si quis uxorem duxerit in provincia contra mandata principum, dotem semel caducam factam non posse recuperari a fisco, etiamsi postea conjuges in eadem voluntate perseverantes deposito officio justas nuptias effecerint: nam post depositum officium nova voluntate justæ nuptiæ fiunt, *l. eos qui, hoc tit. l. etsi contra, C. de nupt.* Justæ quidem fiunt nuptiæ, quasi ex nova voluntate, sed dos, quæ semel cecidit in fiscum, non revocatur, quicquid cecidit in fiscum vix ab eo revocatur, *l. 2. C. de sent. pass.* nisi jussu & speciali beneficio principis. Item maxime notandum est, quod diximus, ex ea causa dotem fieri caducam, sic accipiendum esse, ut omnimodo fiat caduca, & eripiatur aut viro, aut mulieri, excepto uno casu, quo eripitur quidem viro, non etiam mulieri, qui exponitur in *l. præfectus, h. tit.* quæ vulgo male explicatur. Nec lusisse videbimur operam, si modo ejus sensum domum referatis.

Casus hic est: si virgo nupserit, hac appellatione intelligi-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 14.*

ligitur tenera ætas & mollis, puellaris ætas infirma eſt: huic non eripietur dos, etiamſi contraxerit matrimonium cum præſide provinciæ, aut præfecto cohortis, aut tribuno, vel quo alio gerente officium in provincia, quæ tamen eriperetur robuſtæ ætatis feminæ, id eſt, non imperitæ rerum. Virgini deceptæ, quandoquidem ſemper decepta præſumitur, parcimus: & marito quidem eripit fiſcus dotem, quo caſu eam maritus lucraretur, non puella, aut heres ejus, & etiam, quod puella huic viro teſtamento reliquerit, viro eripit fiſcus quaſi indigno, non etiam quod is vir puellæ reliquerit, fiſcus eripit puellæ, quæ decepta eſt *l. 2. §. 1. de his, quæ ut ind. & d. l. præf.* quæ hic tota nobis enarranda eſt: duo tractat genera illiciti matrimonii, eaque comparat invicem. Illicitum eſt, ſi verbi gratia, præſes provinciæ, aut præfectus cohortis, uxorem ducat in provincia in qua officio fungitur: eſt etiam illicitum, ſi tutor pupillam uxorem ducat, id eſt, eam, cujus fuit tutor: eſt enim contra Senatuſc. ſive orationem D. Marci, & utrumque matrimonium eſt prohibitum eadem ratione. Ratione potentatus tutor facile ſibi conciliaret nuptias locupletiſſimæ feminæ, terrore poteſtatis. Eadem igitur ratio, & has & illas prohibet nuptias. Sed quærit deinde, *an huic*, id eſt, *viro gerenti officium in provincia fiſcus poſſit auferre, quod ei relictum eſt teſtamento puellæ, ſi virgo ei nupſit, non veterana quædam?* Et ait deliberari poſſe, an viro ſit auferendum & eripiendum, quod ei virgo teſtamento reliquit. *Deliberari poteſt*, inquit: quib. verbis ſignificatur poſſe auferri. Et confirmat hæc formula loquendi ea, quæ in deliberationem, & quæſtionem prolata erant: *affirmat ergo*. Et conſtat ita eſſe ex *d. l. 2.* dotem tamen ei non auferri a fiſco, ſed, ut ait in fine, eam reſtitui heredi teſtatricis, heredi mulieris: contra vero id, quod vir teſtamento puellæ reliquerit, ei non auferri a fiſco, neque etiam dotem: Et idem ſervari, ſi tutor pupillam uxorem duxerit, quod confirmat lex *ult. de leg. 1. & l. ſi tutor, C. de interd. mat.* Nam dos pupillæ non eripietur, non redigetur in fiſcum: nec etiam quod ei reliquerit vir, viro eripietur, imo & fit infamis tutor ex hac cauſa, & coercetur extra ordinem, *l. non eſt, h. t.* Porro illud etiam notandum eſt, ſi quis eam duxerit uxorem, in cujus adulterio damnatus eſt, etiam illicitum eſſe matrimonium, licet duxerit indemnatam: ſi damnatus adulterii indemnatam uxorem duxerit; quam pridem adulteraſſe damnatus ſit, illicitum eſt matrimonium. Et hoc caſu dos omnino fit caduca, & eripitur uterque: hereditas quoque eripitur viro, ſi talis mulier eum heredem ſcripſerit, & contra eripitur etiam mulieri, ſi vir eam teſtamento heredem ſcripſerit, & bona vindicantur fiſco: quæ eſt ſententia *l. 13. de his, quæ ut ind.* quæ eſt ex eod. lib. Papin.

Ad L. XIV. De his, quæ ut indign.

Mulierem, quæ ſtupro cognita in contubernio militis fuit, etſi ſacramento miles ſolutus intra annum mortem obierit, non admitti ad teſtamentum jure militiæ factum, & id quod relictum eſt, ad fiſcum pertinere proxime tibi reſpondi.

ET idem etiam erit omnino, ſi ex alia cauſa ſit illicitum matrimonium, ut alter non poſſit quicquam capere ex alterius teſtamento, vel ſi ceperit, ut ei eripiatur, & redigatur in fiſcum: nam & ab inteſtato eis eripitur hereditas: eripitur quod deficientibus cognatis ceperint per bonorum poſſeſſionem unde vir & uxor, *l. 1. unde vir & ux.* nam conſtat jure prætorio conjugem conjugi ſuccedere deficientibus cognatis, & fiſco præferri, ſi licitum ſit matrimonium: atque adeo, ne virgo quidem, id eſt, tenera puella, ſi fuerit illicitum matrimonium quicquam capit ab inteſtato, ut opinor, licet capiat ex teſtamento, *l. Claudius Seleucus, eod.* Eſt ſingularis lex. Neque obſtat huic legi primum *l. uxori maritus, de uſufr. leg.* Illicitum ibi eſt matrimonium. Finge: Maritus uxori teſtamento reliquit uſumfructum & alia quædam & dotem. Illa poſt mortem mariti biennio integro percepit uſumfructum quaſi uxor juſta: poſt biennium illicitum matrimonium apparuerit. Quæritur, *an heredes mariti poſſint ab ea repetere fructus, quos percepit?* Et ait poſſe: non ergo redigitur in fiſcum, quod uxori illicite relictum eſt teſtamento viri puellæ, quæ cum nupſit puella erat. Sed obſervandum eſt breviter, eam legem tantum loqui de uſufructu: in uſufructu nuſquam eſt fiſco locus, alioquin nunquam interiret, proprietas redigitur in fiſcum, vel nuda vel plena: cum quid confiſcat lex, confiſcat proprietatem, id eſt, rem ipſam: uſusfructus confiſcatio non eſt. Quare leges caducariæ, non pertinent ad uſumfructum, *l. 9. eodem tit. de uſ. leg. l. ſi Titio in pr. de uſuf.* loquitur *l. 9. uxori* de uſufructu: nam aliæ res, quæ uxori legatæ ſunt, redigentur in fiſcum ablatæ quaſi indignæ. Nihil etiam obſtat *l. quæſitum, ad l. Jul. de adult.* ex qua efficitur, non eſſe injuſtum matrimonium, ſi adulter duxerit adulteram, ſi is, quem maritus deſtinaverat reum adulterii, a ſe dimiſſam uxorem duxerit poſtea: lex non loquitur de damnato adulterii: is non poſſet eam ducere, in cujus adulterio damnatus eſt: ſed de eo, quem maritus adulterii ſuſpectum habuit: hic ſane impune ducet dimiſſam, cum damnatus non ſit, ſed ſuſpectus tantum viro. Et confirmatur hoc idem *l. miles, §. licet, eod. tit. & l. commiſſum, C. eodem.* Obſervandum maxime eſt ad hæc, Papinianum proponere in hac lege mulierem fuiſſe indemnatam, & cum ea damnatum adulterum contrahere injuſtas nuptias: nam ſi damnata fuerit adulterii mulier, nec adulter, nec alius poterit cum ea juſtas contrahere nuptias, *l. mariti, §. 1. ad l. Jul. de adult. l. auxilium, de minorib.* imo nec ream factam adulterii licet cuiquam pendente accuſatione uxorem ducere vivente marito, licet nondum peracta ſit rea: mortuo marito poteſt, ſi non ſit peracta rea, *l. reas, de ritu nupt.*

Ad L. Mulieri LXXIV. de Cond. & demonſtr.

Mulieri & Titio uſusfructus, ſi non nupſerit mulier, relictus eſt: ſi mulier nupſerit, quandiu Titius & vivit, & in eodem ſtatu erit, partem uſusfructus habebit: tantum enim beneficio legis ex legato conceſſum eſſe mulieri, intelligendum eſt, quantum haberet, ſi condemnationi paruiſſet. Nec ſi Titius, qui conditione defectus eſt, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.

HAbuimus duas leges, quæ pertinebant ad leges caducarias. Reſtant aliæ duæ, quæ pertinent ad eaſdem, *l. mulieri, de cond. & demonſtr. & l. fraudis, de reg. jur.* Sane lex *mulieri*, pertinet ad caput illud legis Juliæ & Papiæ, de quo ſæpe ante agitur in hoc tit. quo ſcilicet conditio viduitatis remittitur heredibus, legatariis, fideicommiſſariis, ſi cui vir legaverit ſub conditione, *ſi vidua permanſerit, vel ſi non nupſerit.* Hæc conditio lege Julia & Papia circumſcribitur, & mulier admittitur ad legatum, licet nupſerit, quia hæc conditio pugnat cum publica utilitate, & lex *fraudis* etiam, ut arbitror, proprie pertinebat ad ea, quæ fiunt in fraudem fiſci vel legum caducariarum. Sed quia illæ leges hodie ſublatæ ſunt magna ex parte, ideo ex hoc libro, & ex præcedenti, & ex ſequentibus, ut arbitror, paucæ admodum leges in hos libros a Triboniano ſunt relatæ. Noluit enim in Digeſta hæc transferre, quæ jam obſoleverant. Ubi cernis ex libro quodam Juriſconſulti paucas reſtare leges, & quandoque unum verſum tantum, ut ex lib. 14. exiſtimato cetera fuiſſe de caducis, de orbis, de cœlibibus, &c. de rebus, quæ jam in uſu eſſe ceſſarant. Sed tractemus de ſpecie *l. mulieri*. Nemini non placebit ſpecies hæc ejuſque definitio, de qua controvertitur ſæpe in materia de jure accreſcendi, quia continet hæc lex unum caſum ſingularem; quo inter conjunctos re & verbis non eſt jus accreſcendi, quoquo genere legati ſint conjuncti. Species eſt: Mulieri, & Titio legavit uſumfruct. ſub conditione viduitatis: conditio utrumque tenet, ſed lege Julia mulieri remittitur, propter utilitatem publicam: atque ideo, ſi mulier non paruit conditioni, ſi nupſerit, nihilominus admittitur ad legatum. Titio autem hæc conditio non remittitur, *l. 1. C. de ind. vid. toll.* Et

ſane,

fane, fi foli Titio legatum proponeretur fub conditione, *fi Semproniæ non nuberet*, cui nihil legabatur Sempronia nubente, Titius non haberet legati petitionem: fed fi etiam foli Titio legaretur fub hac conditione, *fi uxorem non duceret*, tum conditio hæc remitteretur Titio, quia lex Julia dicta ob eam rem Mifcella, pertinet tam ad mares, quam feminas, *l.ultim.C.de indict.viduit. toll.l.heres §.ult. hoc tit.* Idemque erit, fi quis legaverit filio Titii, quem Titius habet in poteftate, fub conditione, fi pater uxorem non duceret: nam hæc etiam conditio remittitur filio, licet filio non fit indicta viduitas, quia fcilicet in hoc genere legati eft fraus, & circumventio legis Juliæ, quandoquidem teftator, quod voluit legare patri, fub conditione, *fi uxorem non duceret*, nec potuit per l. Juliam, hanc excogitavit fraudem, ut id legaret filio ejus familias fub conditione, *fi ipfe pater uxorem non duceret*. Itaque magis eft, ut videatur patri legaffe ita, non filio, atque adeo, ut remittatur illa conditio: Nam legando filio, videtur quæfiiffe rationem illudendi legi Juliæ. Et idem erit omnino, fi quis legarit patri fub conditione, *fi filia non nuberet, quam habet in poteftate, vel fi filius, quem habet in poteftate, non duceret uxorem*: Nam & hoc cafu videtur fraudem quæfiiffe legi Juliæ, voluiffe fcil. legare filiæ fub ea conditione, & eam conditionem expleri a filia. Sed cum id non poffet cavere per *l.Jul.* quæ remittit eam conditionem, legavit patri fub ea conditione, fi filiaf. non nuberet. Proinde videtur potius legaffe filiæ fub ea conditione, & perinde ac fi legaffet filiæ remittenda eft conditio, qui hoc omne excogitavit in fraudem l. Juliæ, quæ eft fententia *d. l. heres, §.ult.* Et valde eft notanda illa ratio fraudandæ legis, & eadem etiam eft ratio in fpecie *l.avia, §.Titio, hoc tit.* Sed ut redeamus ad fpeciem legis noftræ; Pono teftatorem non legaffe foli Titio, fed legaffe mulieri & Titio ufumfructum fub conditione, *fi mulier non nuberet*: quia mulier admittitur ad legatum, etiamfi nupferit, quæritur, *an & Titius admittatur, quia proculdubio non admitteretur, fi ei foli effet adfcripta ea conditio*. Et ratio dubitandi hæc eft, quia Titius defectus eft conditione legati, quoniam mulier nupfit, & ideo totus ufusfructus videtur pertinere ad mulierem jure accrefcendi, quia fuerunt conjuncti re & verbis. At contra Papinian. definit fubtiliter; hoc beneficio legis Juliæ non amplius effe conceffum mulieri, quam haberet, fi conditioni paruiffet. Remiffa conditio habetur pro impleta: alioquin fi impleviffet conditionem, fi vidua permanfiffet, non haberet nifi partem ufusfructus, Titius alteram haberet. Ergo idem fervabitur, fi conditionem non impleverit, id eft, fi nupferit, & ut fæpe alias evenit, ut quod quis non habet per fe, habeat per alium vel propter alium, ut in *l.cum hereditate, de acqu.hered.l. fi communem, quem. ad. ferv. amitt.* Et fæpe in tit. *de bon. poffeff. contra tab.* fit; ut filius inftitutus propter fratrem præteritum petentem bonorum poffeff. contra tabul. veniat ad bonorum poffeff. contra tabul. quod non poffet folus, fed propter fratrem præteritum, & inftitutus amplectitur una cum fratre bonorum poffeffionem contra tabulas. Et ita in hac fpecie propter mulierem, quæ venit ad legatum beneficio legis Juliæ pro fua parte, Titius etiam veniet ad idem legatum pro fua parte, licet conditione defectus fit: & utetur fruetur fimul cum muliere quandiu vivet, & in integro fteterit Titius: nam mortuo Titio, vel capite minuto fecundum naturam ufusf. ufusf. finietur in perfona Titii. Pone igitur utrumque cepiffe legatum; mulierem & Titium, poft mortuum Titium, aut capite minutum, *an pars Titii accrefcet mulieri?* quod etiam quæri poteft, fi Titius repudiaverit, fi noluerit amplecti legatum. Et Papinianus oftendit, non accrefcere. Ergo fignificat partem Titii recurrere ad proprietatem ex natura ufusfructus confolidati cum proprietate. Et hic eft cafus fingularis, quo inter collegatarios conjunctos re & verbis non eft jus accrefcendi. Conjunctim enim legatus fuerat ufusfructus mulieri & Titio. Et ratio hæc eft, ne mulier plus habeat fua parte, quæ venit ad legatum contra voluntatem defuncti, non impleta conditione, quæ venit ut Bartolus ait recte jure fingulari, & beneficio legis Juliæ, non ex judicio defuncti. Ergo five Titius conditione deficiatur nubente muliere, five repudiet, five moriatur, aut capite minuatur, mulieri non accrefcit pars Titii: fed primo quidem cafu, id eft, fi nubat mulier, Titio debetur pars legati, ceteris autem cafibus pars Titii redit ad proprietarium. Atque ita ex hac l. habemus tria fingularia. Primum eft, ut is, cui non remittitur conditio, fi conditione deficiatur, nihilominus veniat ad legatum, propter collegatarium cui illa conditio remittitur. Alterum eft, ut is, cui non defertur legatum, propter defectum conditionis fcilicet, id tamen recte repudiet: cum tamen regulariter delatum quod eft, id folum repudiari poffit, *l. 1. §.decretalis, de fucceff. edic.* Sed hoc fit fingulariter in hoc cafu etiam: propter collegatarium, propter conjunctam legato commixtamque perfonam, legatum confiftit in perfona utriufque & deferri etiam videtur utrique, ergo repudiatio ejus valet. Tertium quod eft fingulare, eft id quod jam retuli, ut inter conjunctos re & verbis, etiam per vindicationem: nam dicit lex *habebit* quod eft verbum vindicationis, inter eos, inquam, non effe jus accrefcendi hac ratione, quia non ex judicio teftatoris venit, cum non fit impleta conditio, nec funt producenda latius (quod fervatur in toto jure,) quæ conceduntur contra judicium defuncti: jus accrefcendi productio eft legati. Objicit Accurf. *l.ult.§.Sejo, de leg. 2.* ut efficiat conditionem adfcriptam legato duobus conjunctim relicto eum folum tenere, cui propius convenit, non collegatarium, ut, quæ eft fpecies hujus §. Sejo, quem heredi fuo fubftituerat, ita legavit, *Sejo, fi heres non erit, & uxori ejus tot dari volo.* Conditio folum Sejum tenet, ut in fpecie *l.Julius, hoc tit.* fecundum quam eft accipienda *l.3.de ftatulib.* Et ideo Sejo exiftente herede ex fubftitutione vulgari, ac ita defecta conditione legati, nihilominus uxor ejus admittetur ad partem legati dimidiam, non ad totum legatum, quia inter fideicommiffarios femper ceffat jus accrefcendi, & verba illa, *dari volo*, funt verba fideicommiffi. Igitur neque in fpecie legis noftræ, neque in fpecie §.*Sejo*, inter collegatarios eft jus accrefcendi, & qui partem non capit legati, facit partem collegatario, fed diverfis rationibus. Ceterum, quæ conditio in fpecie l. noftræ dicitur utrumque tenere, in fpecie §. *Sejo*, tenet alterum tantum. Quid ita? id breviter ftringit Accurf. dicens in fpecie hujus legis, palam conditionem adfcribi utrique hoc modo, *mulieri & Titio illud lego, fi illa non nupferit*. Hoc legato quis non diceret ftatim conditionem adfcribi utrique, conjungi non re tantum, fed etiam conditione?

Ad L. Fraudis, de Reg. jur.

Fraudis interpretatio femper in jure civili, non ex eventu duntaxat, fed ex confilio quoque confideratur.

LEx fraudis eft apertiffima. Ait, *fraudis interpretatio*, ut doli mali interpretatio, *l.fi fervus, §.circa, de furt.* Et bonæ fidei interpretatio, *l.ab emptione, de pact.* Interpretatio hæc pertinet ad judicem, & in interpretatione fraudis jam admonuit Papinianus in *l.* præcedenti judicem, inftruxitque ne confideraret, quid actori adeffet, vel abeffet, fed quid ei abeffet facto adverfarii, ut id folum interpretaretur effe fraudem quod ei abeffet facto. Nunc in hac lege iterum monet eundem judicem ne interpretetur fraudem effe, quod actori abeft re ipfa, fed quod confilio adverfarii actori abeft, ne ex eventu folam fraudem æftimet, fed etiam ex confilio, animo, & confcientia adverfarii, ut *l.ait prætor, §.ita demum, & §.illud, & l.fi quis cum haberet, quæ in fraud. cred. §.in fraudem, Inftit.qui & quibus ex caufis manum. non poff.* Et ait femper in jure civili fraudem effe interpretandam, *femper*, id eft, five difputetur de his, quæ facta funt in fraudem creditorum, five patronorum, feu legum, five fifci. Et fane videtur hoc libro proprie hoc retuliffe ad caufas fifcales, ad jus fifcale. Denique femper jure civili coerceri fraudem

dem eam tantum, quæ ex consilio adversarii proficiscitur: nos non metiri fraudem ex eventu, sed ex eventu & consilio adversarii simul.

JACOBI CUJACII J. C.
COMMENTARIUS.
In Lib. XXXIII. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIV. de his, quæ ut indign.

Mulierem, quæ stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiæ factum, & id, quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime respondi.

EX hoc libro primo sese dat *l.14. de his, quæ ut indig.* quæ pertinet ad incapaces, qui scilicet jus capiendi non habent ex aliorum testamentis. Fuere multa genera incapacium, & unum exponitur in hac *l.* 14. quæ loquitur de milite & de muliere libera, quam stupro cognitam miles in contubernio habuit: *stupro cognitam* dicit, ut Cornelius Tacitus 20. *Posthumiam stupro cognitam*, & Lampridius in Heliogabalo, *Antonino Caracallæ stupro cognitam*. Et observandum est, militem eam mulierem non habuisse in concubinatu, non habuisse in matrimonio, quæ conjunctiones sunt legitimæ: sed ut ait, eam habuisse in contubernio: quæ conjunctio non est legitima. Ponit ergo lex, militem cognitam stupro mulierem habuisse in contubernio. Matrimonium justa est conjunctio, concubinatus etiam justa est conjunctio, & quasi matrimonii species: Et qui ex concubinatu nascuntur non sunt spurii, sed quasi justi liberi, qui dicuntur naturales: spurii nec naturales dicuntur, sed hodie nullus est usus concubinarum, nisi in quibusdam provinciis. Concubinatus igitur & matrimonium conjunctiones sunt legitimæ, non etiam contubernium: cum contubernali stuprum committitur, non cum concubina, vel uxore. Hanc quæ est in contubernio *focariam* dicimus, *une garse, une gouine*, quæ plerumque habetur per causam coquinariam. Nam & *μαγυρίσσας* D. Hieronymus interpretatur *focarias* 1. Samuelis *cap.* 8. & *l.* 1. §. *caupones, nau. caup. stab.* focarii, qui in caupona, vel stabulo ministerium præbent, sunt coqui, quibus etiam lex merito conjungit *atriarios*, ad quos pertinet cura, mundicies, nitor atrii. Nam in atrio erat coquina, unde & *atrium* dictum est teste Servio, atrum enim erat ex furno: focariæ si donaverit miles, nulla donatio est, *l.* 2. *C. de donat. inter. vir.* Et hoc ita constitutum est, ut in *d. l.* 2. ait Imperator, ne milites harum illecebris capti exuerentur stipendiis, bonisque suis. Id enim non est constitutum de paganis. Maiori curæ principibus sunt milites, quam pagani, quasi Reipubl. necessarii magis. Concubinis milites prohibitos donare, non reperio, quod tamen temere affirmat passim Accurs. confundens focarias cum concubinis. Concubina uxorem imitatur, ut ait Julianus. Idem non dices de focaria. Concubinæ donare quilibet potest, *l.* 3. §. *Divus*, *l. si prædia, de don. inter vir. l. donationes, sup. de donat.* Et tamen uxori donare non potest maritus, quod mirum. Utriusque conjunctio est legitima, & tamen uxori donare non licet, aut si quis donaverit, donationem potest revocare statim, aut cum libuerit: concubinæ facta donatio revocari non potest, *d.l.donationes*. Cur ita? cur tam varie? quia plenior est affectio maritalis, & ideo legibus reprimitur potius quam incitatur, *l. ult. C. Theod. de hered.* Et eadem ratione concubina ex testamento solidum capere potuit, *l.cum tab.* §. 1. *hoc tit.* uxor non potuit capere solidum ex l. Papia. Focariæ autem, ut dixi, conjunctio illegitima est, & donatio ei facta a milite revocari potest quasi nulla. Imo & focaria capere nihil potest ex testamento militis, & si quid ei relictum sit testamento, ei aufertur quasi indignæ, & in fiscum redigitur, quæ est sententia hujus *l.* 14. & *l. miles ita*, §. *mulier*, *de milit. testam.* Et addit in hac *l.* 14. etiamsi miles testamentum fecerit jure militari, ex eo mulierem eam, in quam turpis suspicio cadit, focariam nihil capere posse: etiam, inquit, si decesserit miles intra annum missionis, honestæ scilicet, vel causariæ. Sciendum enim est, testamentum, quod miles fecerit in militia jure militari, post missionem honestam, vel causariam, non valere eodem jure, nisi si intra annum mortem objerit, *l. quod constitutum*, *l. quod dicitur, de milit. testam. l. si post, & l. similes, ad leg. Falcid.* intra annum militiæ, *l. fraudem*, §. *pen. de milit. testam.* intra annum scil. militiæ emeritæ. Sed si missio fuerit ignominiosa, post missionem nullo momento temporis consistit testamentum, quod miles fecit in militia jure militari, *l. testamenta eorum, de milit. testam.* Ergo sententia hujus legis hæc est, focariam militis, cui miles aliquid testamento legavit facto jure militari, eam non admitti ad legatum, & non incapacem quidem esse, sed quodammodo incapacem: & ob id legatum ei relictum aufertur quasi indignæ. Nam non oportet, ut passim interpretes, confundere incapaces cum indignis. Incapaces sunt quibus ab initio inutiliter relinquitur. Indigni quibus relinquitur utiliter quidem ab initio, sed relictum a fisco eripitur. Et ita non ponitur quidem in hac lege proprie incapacis genus, sed indigni secundum titulum. Porro alia est conditio meretricis, atque ita erant conditiones quatuor: uxoris, concubinæ, focariæ, & meretricis. Cum meretrice impune committitur stuprum, meretrici licet donare, *l. affectionis, de donat.* & testamento legata relinquere, licet apud Suetonium dicatur Domitius aliquando his mulieribus ademisse legata & hereditates. Sed hæ, quæ sint, nesciunt definire omnes: hæ sunt, quæ licentiam stupri vulgarunt apud ædiles plenam, ut Cornel. Tacit. 2. lib. indicat, quæ in communi loco habent sellam, & titulum inscriptum, juxta illud poetæ,

Titulum mentita Lycisca,

& alius poeta,

Intrabis quoties inscripta limina sellæ.

Ceterum hæc lex de focaria intelligitur.

Ad L. LXXX. de Reg. jur.

In toto jure generi per speciem derogatur, & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

ALtera lex est 80. *de divers. reg. jur. In toto jure*, inquit, *generi per speciem derogatur, &c.* Derogare generi est minuere genus, modum facere generi, detrahere, excipere, eximere de genere, *l.* 10. *de manumiss. testam.* vel ut subjicit Papinian. in hac ipsa lege, id potissimum habere quod ad speciem directum est, non quod ad genus. Et notandum est, nihil referre, utrum genus præcedat, sequatur species: an præcedat species, sequatur genus: ut si alii legentur vestimenta generaliter, vestis omnis, alii vestis muliebris, nihil refert, utri prius sit legatum, & detracta veste muliebri, atque assignata ei, cui relicta est muliebris, reliqua vestis præstabitur ei, cui generaliter vestis relicta est. Item si mundus muliebris alii legetur, alii argentum omne, id est, vasa argentea, prius species, deinde genus, excepto argento, quod est in mundo muliebri, argentum præstabitur. Item, si alii sint legati servi urbani, alii dispensator, quem constat esse ex numero urbanorum, detracto dispensatore, priori legatario servi urbani debebuntur, quia species derogat generi, *l.* 1. *de auro & argen. leg.* Ad quem ex eodem Pomponio sunt conjungendæ *l.* 2. *de tritic. vino, & oleo, & l. Titiæ textores, de leg.* 1. Sed addamus etiam alia exempla. Si alii sit legatus fundus Tusculanus, alii hereditas Sejana, in qua sit fundus ille, si prius species, deinde genus legetur, detracto fundo Tusculano præstabitur hereditas Sejana, quia generi per speciem derogatur, *l. uxorem*, §. *Felicissimo, de leg.* 3. Item si alii sint legati vernæ generaliter, quo verbo continentur omnes servi domi nati, non ære comparati,

parati, & alii curſores ſervi, vel alii textores, & quidam ſint vernæ & curſores, cedunt legato curſorum, & detrahuntur legato vernarum, vel cum alii ſint legati vernæ, alii textores: vel contra, alii textores, deinde alii vernæ, & quidam ſint textores & vernæ, textoribus cedunt vernæ, quia ſemper ſpecies derogat generi. Legatum vernarum eſt generale legatum: curſorum aut textorum ſpeciale. Et hoc igitur eſt potius, hoc prævalet. Potior eſt in jure, qui ex ſpeciali legato, quam qui ex generali rem petit. Et hoc oſtenditur in *l. ſervis urban. §. ult. de leg.* 3. Cui tamen videtur obſtare *d. l. Titiæ textores, de leg.* 1. Nam aperte ait, ſi alii ſint legati textores, nullo excepto, alii vernæ, nullo excepto, id eſt, ſimpliciter, & quidam ſint textores & vernæ, lex ait eos communicari inter hunc & illum, nec in eis potiorem eſſe eum, cui legati ſint textores: denique ſpeciem non derogare generi. Et quem non perturbaret ſtatim illa ſpecies? Sed obſervandum eſt, quod indicat etiam illa lex in *princ. & d. l. ſervus, in fi.* proponi & textores generaliter & vernas generaliter: quomodo? nempe ita: *huic omnes textores, illi omnes vernas*. Utrumque legatum generale eſt, quia dixit, *omnes*, & nullum excepit, genus non derogat generi: Quid fiet igitur? concurrent legatarii in his ſervis, qui & textores ſunt, & vernæ, & communicabuntur hi omnes inter eos. Et ita quoque ſpecies non derogat ſpeciei, ut ſi teſtator legaverit uni vernas tanquam ſpeciem, & alii textores tanquam ſpeciem: qui erunt & vernæ & textores, neutrius legato cedent in ſolidum, ſed communicabuntur, quia ſpecies ſpeciei non derogat, neque hoc fert natura. Et ſimiliter genus generi non derogat: ſpecies derogat generi, non genus ſpeciei, & hoc quoque aliis exemplis patefaciamus: finge: Si alii ſint legati horti inſtructi, alii argentum muliebre, & mulier, quæ ita legavit, in hortis habuerit argentum, puta, vaſa argentea, ut ibi eſſet inſtructior, eo argento detracto, horti præſtabuntur, argentum muliebre detrahetur inſtructo, generalive legato hortorum inſtructorum, *l. quæſitum, §. ult. de inſt. vel inſt. leg.* Item ſi teſtator alii legaverit pœnum generaliter: alii deinde vinum, vel contra detracto uno debetur primum, quia ſemper ſpecies derogat generi, *l. 2. de trit. vino, & oleo leg.* Et ſimiliter, ſi ſervo ordinario manumiſſo in teſtamento, dominus ei legaverit peculium: deinde manumiſerit in eodem teſtamento ſervum, qui erat in peculio, qui dicitur vicarius ſervi, legato peculii is ſervus detrahetur, cui libertas ſpecialiter relicta eſt, *l. 1. de manumiſſ. teſtam.* Et nihil igitur refert, præcedat genus an ſpecies, præcedat generale legatum, an ſpeciale, quod & ita obſervatur in pœnis legum. Lex eſt quæ continet multa capita, multas cauſas. Certis cauſis finge, addita eſt pœna ſpecialis, ſi quis contra legem faceret. Deinde ultimo loco legis, ut fieri ſolet, addita eſt pœna generalis, quæ dicitur ſanctio, ſi quis adverſus legem fecerit. Hæc ſanctio non pertinet ad eas ſpecies ſeu cauſas, quibus addita eſt ſpecialis pœna, generalis pœna tantum pertinet ad eas cauſas, quibus nulla eſt addita pœna, atque ita ſpecialis pœna, quæ præceſſit, derogat generali, id eſt, ſanctioni, quæ ſolet inſcribi noviſſimæ parti legis, *l. ſanctio, de pœn.* ubi etiam Papinian. ait, in omni jure obſervari, ut ſpecies deroget generi, ſicut hoc loco in toto jure, *inquit*, nullam differentiam conſtituens inter omne & totum, quomodo etiam dicimus, ſolutione tolli omnem obligationem, alias totam: totum de ſingulis dicitur, omne de multis: totum de ſpecie, omne de genere: totum ſignificat unius corporis integritatem, omne ſignificat numerum plurium: totum forum habet lites, id eſt, forum plenum eſt litib. omne forum habet lites, id eſt, omnia fora, ſed hæc non obſervamus plerumque. Verum, ut ad legata revertamur, & hanc rem finiamus, diximus, nihil referre præcedat genus, an ſpecies, cum alii legatur genus, alii ſpecies. Addamus alterum: nil etiam referre, alii legetur genus, alii ſpecies, an idem genus & ſpecies. Nam verbi gratia, ſi Titio ſint legatæ duæ ſtatuæ marmoreæ, deinde legetur Titio omne marmor præter duas ſtatuas, nulla ſtatua ei præſtabitur, etiamſi ei legatum ſit omne marmor, quia ſpecies derogavit generi, *l. 1. de auro leg. l. heres, §. 1. de legat.* 3. Idem erit e contrario, ſi omne marmor legetur Titio, deinde eidem legentur ſtatuæ duæ vel nominatim, puta ſtatua Auguſti, & ſtatua Trajani. Nam præter eas ſtatuas nulla alia debebitur, *l. legata de ſupell. leg.* Diverſum tamen erit, ſi omne marmor legetur Titio, deinde eidem legentur ſtatuæ non adjecto nomine, vel numero, quia hoc modo ſtatuæ videntur legatæ ex abundanti, quæ ſatis continebantur priori legato, ſi erant marmoreæ potius, quam deminuendi, aut derogandi prioris legati gratia, *d. l. legata, & l. ſupellex, de ſupell. leg.* Igitur & legata ſupellectile generaliter, ſi exprimatur ſpecies certi nominis aut numeri, generali legato derogatur, ſi neque adjiciatur nomen, neque numerus: abundans eſt legatum & ſupervacaneum, quod nihil derogat priori. Et ſimiliter legato fundo inſtructo, quod legatum latiſſime manat, ſi ſpecies certi nominis deſignetur, vel certi numeri: ſi legentur mancipia certa nominatim, generali legato derogari, non ſi deſignentur ſpecies, non adjecto numero, vel nomine: abundantia legata non derogant generi. Ac poſtremo notandum eſt etiam, nihil referre, teſtator, qui legat genus, deinde ſpeciem, legando genus declaraverit, ſe ei derogare nolle, & ſi ei derogaret teſtamento, vel codicillis, id nolle eſſe ratum: nam ſi id caveat etiam legando genus & poſtea legarit ſpeciem alii vel eidem, & legaverit ſciens, meminenſque prioris cautionis ſuæ, generi derogabitur per ſpeciem, quia ut dicitur vulgo, nemo poteſt eam ſibi legem dicere, teſtamento ſcilicet, a qua non poſſit recedere, ut dicitur in *l. ſi quis in princ. de legat.* 3. *l. Divi, §. licet, de jure codic.* Et ita etiam in legibus obſervatur, nulla fere lex erat, quæ ſe non ſepiret difficultate derogationis, vel abrogationis hoc modo, *ne quid abrogato, ne quid derogato unquam*, ne quid liceat contra leges aut conſtitutiones. Et tamen hæ ſanctiones obſervari neque poſſunt, neque ſolent. Eadem eſt conditio teſtamenti & legis, ut non poſſit populus legem ſibi dicere, a qua non recedat, ac ne quidem etiam teſtator.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS.

In Lib. XXXIV. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXXV. de Cond. & demonſtr.

Dies incertus conditionem in teſtamento facit.

EX *Lib. XXXIV. quæſt.* unus tantum verſus ſupereſt. Miſera ſors libri, quod hic tantum ex eo verſiculus ſuperſit, quod ſcilicet, ut veriſimile eſt cetera eſſent antiquata & obſoleta. Id enim tantum voluit Juſtinianus ex veterum ſcriptis referri in his Digeſtis, *quod*, ut ipſe loquitur, *in ipſis rerum argumentis obtineret. Dies incertus*, inquit, *conditionem in teſtamento facit.* Dies incertus eſt, cum ita ſcribitur: *heres meus Titio dato centum cum pubes erit*, vel, *heres meus Titio dato centum, cum inierit conſulatum*, vel, *cum uxorem duxerit*: hic dies incertus conditionem facit, quia fieri poteſt, ut non pubeſcat Titius legatarius: fieri poteſt, ut moriatur impubes, ut non ineat conſulatum, vel, ut moriatur cœlebs: vel etiam, cum ita ſcribitur, *heres meus cum morieris Titio dato centum*, quia licet certum ſit heredem moriturum, tamen fieri poteſt, ut non moriatur vivo legatario: fieri poteſt, ut præmoriatur legatarius, atque ita legatum ad eum non perveniat, ut dies legati non cedat vivo legatario. Et conſtat inutile eſſe omne legatum, cujus dies non cedit vivo legatario. Et hoc ita oſtenditur in *l. 1. & l. heres, §. 1. hoc tit.* Idemque erit, ſi ita ſcripſerit teſtator, *heres meus cum morieris, Titio illud facito*, ædificato domum ſcilicet: Nam & hoc

genus

genus legati, quod in faciendo conſiſtit, cum morietur is, qui facere jubetur, valet, *l. ultim. in fin. C. de contr. ſtipul.* Sed fieri poteſt ſimiliter, ut hoc legatum ſit inutile, puta præmoriente legatario, ac ita is dies incertus, *cum morietur heres*, conditionem facit, id eſt, legatum ſuſpendit quaſi conditionem, ex quo multa ſequuntur, ut ad ea legata, quibus dies incertus adjicitur, non pertineat regula Catoniana: Nec enim pertinet ad conditionalia, *l. cetera §. 1. de legat.* 1. Et ut eorum legatorum dies non cedat morte teſtatoris, ſed cum extiterit conditio, *l. un. §. ſi autem, C. de caduc. toll.* Et, ut, ſi legatarius, antequam exiſteret ea conditio, vita deceſſerit, legatum non tranſmittat ad heredem ſuum, cujus ſcilic. dies non ceſſit eo vivo, *l. 1. hoc tit. l. 4. quando dies leg. ced. l. ſi pecunia, §. ult. de leg.* 2. Licet ergo diem incertum appellare conditionem, ut in *l. 1. §. ult. ut leg. nom. cav. l. ſi dies, quando dies leg. ced.* in illo loco, *tempus conditiove*, ſignificans nihil intereſſe dicas, tempus incertum, an conditionem. Nam & conditio appellatur dies incertus & dies incertus conditio, *l. talis ſcriptura, de leg.* 1. Et ita licet definire conditionem: Conditio, eſt dies incertus, ex quo ita ſuſpenditur obligatio, ut poſſit eſſe, vel non eſſe. Dices: nihil igitur intereſt inter diem incertum & conditionem. Imo vero hoc intereſt, quod omnis conditio eſt dies incertus, non contra. Nam alias dies incertus, conditionale legatum facit, alias purum, ſi poſſit non exiſtere: ſi poſſit non exiſtere, inquam, dies incertus conditio eſt, ut in ſuperiori exemplo: ſi cum morietur heres, Titio legavero, poteſt non exiſtere ea conditio, puta, ſi vivo herede legatarius deceſſerit. Igitur ſi poſſit non exiſtere, dies incertus, conditio eſt: ſi non poſſit non exiſtere, dies incertus, conditio non eſt: ut ſi cum morietur Titius, non dico jam heres, ei legavero, quia fieri non poteſt ullo caſu, ut non debeatur Titio legatum: Nam etſi poſt mortem heredis moriatur Titius, heres heredis ejus heredi tenetur, *l. 4. quando dies leg. ced. & l. heres, hoc tit.* Atque ita cum morietur legatarius, purum eſt legatum: cum morietur heres, conditionale, quod maxime notandum. Cum morietur legatarius ita relicto legato, legatum quidem ſuſpenditur, ſed non ideo eſt conditionale. Mora enim ſuſpenditur, non conditione. Et differentia eſt inter moram & conditionem, *l. 1. de legat. 2. l. quod pure, quando dies leg. ced. l. 5. C. eod.* Et ita, ſi promiſero tibi aliquid dare, vel facere, *cum moriar*, dies eſt incertus, non conditio, & quod interim ſolvitur, repeti non poteſt: quod repræſentatur, repeti non poteſt, quod tamen poſſet repeti, ſi eſſet conditio, *l. ſub conditione, & l. ſeq. de condict. indeb.* Non igitur omnis dies incertus, eſt conditio. Et recte ait Papinianus hoc loco, *in teſtamento*, quod notandum ſumme. Nam aliud eſt in ſtipulatione, vel contractu: heres eſt debitor legati, promiſſor eſt debitor rei deductæ in ſtipulationem, uterque eſt debitor. Et tamen hæc verba: *cum morietur heres*, conditionem faciunt. Hæc verba, *cum morietur promiſſor*, conditionem non faciunt, *d. l. ſub conditione, & l. ſeq.* Ergo recte dicit, *in teſtamento*: neque enim idem eſt in ſtipulatione. Nec quicquam obſtat *l. ſufficit, de condict. indeb.* dum ait, *defenſionem juris*, id eſt, exceptionem, *quæ incertam cauſam continet, inſtar conditionis obtinere*, id non eſt de die incerto: non dicit diem incertum obtinere inſtar conditionis in ſtipulatione, vel in conventione, ſed ait, cauſam incertam exceptionis habere inſtar conditionis, puta, ſi incertum ſit, utrum exceptio ſit temporaria, an perpetua, quod ea lex latius explicat. Quid eſt exceptio? defenſio juris oppoſita intentioni adverſarii. Hæc ſi ſit incerta, id eſt, ſi nondum ſit certum, perpetua ſit an temporaria, pro conditione habetur. Igitur non loquitur de die incerto: & breviter, ut in teſtamentis intelligamus, quando dies incertus faciat conditionem, vel non, res ita eſt concludenda. Dies incertus conditio eſt, ſi dies legati poſſit non cedere: conditio non eſt, ſi non poſſit non cedere.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXXV. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Pater XV. de Caſtr. pecul.

Pater milite filio reverſo, quod donat, caſtrenſis peculii non facit, ſed alterius peculii, perinde ac ſi filius nunquam militaſſet.

1. §. Si ſtipulanti filio ſpondeat, ſi quidem ex cauſa peculii caſtrenſis, tenebit ſtipulatio: ceterum ex qualibet alia cauſa non tenebit.

2. §. Si pater a filio ſtipulatur, eadem diſtinctio ſervabitur.

3. §. Servus peculii, quod ad filium ſpectat, ab extero ſi ſtipuletur, aut per traditionem accipiat, ſine diſtinctione cauſarum, res ad filium pertinebit: non enim ut filius duplex jus ſuſtineat, patris & filiifamil. ita ſervus, qui peculii caſtenſis eſt, quique nullo jure quamdiu filius vivit, patri ſubjectus eſt, aliquid adquirere ſimpliciter ſtipulando, vel accipiendo patri poteſt. Quæ ratio ſuadet, ut ſi ab ipſo patre ſervus, qui ad filium pertinet, ſtipuletur ex quacunque cauſa, vel traditum accipiat, ſic adquiratur filio res & ſtipulatio, quemadmodum ſi exter promiſiſſet, quoniam perſona ſtipulantis & accipientis ea eſt, ut ſine differentia cauſarum, quod rerum agitur, emolumentum filii ſpectet.

4. §. Si ſervi pater uſumfructum amiſerit, cujus proprietatem in caſtrenſi peculio filius habeat, plenam proprietatem habebit filius.

EX Libro autem XXXV. ſupereſt una lex tantum, *l. 15. de caſtr. pecul.* In qua, quod proponitur initio pertinet ad definitionem caſtrenſis peculii. In caſtrenſi peculio eſt, quod pater donat eunti ad militiam, vel etiam agenti in militia filiofamil. ut ibi ſit inſtructior. Quod autem donat filiofamil. reverſo a militia, & ſacramento ſoluto, eſt in peculio pagano, non caſtrenſi, perinde ac ſi filius nunquam militaſſet. Inter peculium paganum & caſtrenſe eſt differentia varia, & multiplex, ſed vel una poſita, ex ea nectuntur aliæ omnes, & una quidem tantum proponitur in *§. 1. hujus l.* Ex cauſa caſtrenſis peculii pater filiofamil. ſtipulanti, vel contra, filius patri ſtipulanti obligatur civiliter, & efficaciter, non ex cauſa peculii pagani: diſtinguimus cauſas: ſi ex cauſa caſtrenſi, tenet ſtipulatio patrem vel filium: ſi ex cauſa pagana, inutilis ſtipulatio eſt. Nam peculium paganum ſpectat ad patrem, peculium caſtrenſe ſpectat ad filium ſolum. In peculio pagano, eſt filiusfam. in caſtrenſi paterfamilias: in pagano pater & filius pro uno habentur, in caſtrenſi pro duobus, nec habetur ratio vinculi patriæ poteſtatis, quod quidem vinculum unam conſtituit perſonam duorum, patris & filii: & conſequenter ex peculio caſtrenſi lis poteſt eſſe inter patrem & filium, ut in *l. 4. de judic. l. ſi quis uxori, §. ſed ſi, de furt. l. ſi dubitet, in fi. de fidejuſſor.* Ex cauſa pagana non poteſt ulla lis conſtitui. Et præterea, quod adquirit filius ex cauſa caſtrenſi, ſibi adquirit ſoli: quod ex pagana, patri adquirit. Atque ita cauſam paganam a caſtrenſi diſtinguimus ſemper, cum de filio ipſo agitur. Nam ut ſubjicitur in *§. ſervus*, cum agitur de ſervo caſtrenſi filiifamil. non diſtinguimus cauſam paganam a caſtrenſi. Nam ſervus caſtrenſis totum adquirit filiofam. domino ſuo, ex omni cauſa & pagana & caſtrenſi, ſi quid adquirat in caſtris, vel extra caſtra, etiamſi quid a patre ipſo ſtipuletur, vel accipiat ex hac, vel ex illa cauſa. Denique hæc diſtinctio cauſarum, quæ ſervatur in filiof. non ſervatur in ſervo caſtrenſi filiifam. Et rationem differentiæ elegantiſſimam Papin. tradit in *§. ſervus*: quia ſcil. filiusfam. duplex jus ſuſtinet, duaſve perſonas: jus patriſf. in caſtrenſi peculio, & jus filiif. in pagano peculio, & jus patriſf. ex conſtitutione in caſtrenſi peculio, *l. 2. ad Maced.* quamdiu vivit fi-

lius: Nam si moriatur intestatus vivo patre, in omni peculio exitum facit filiifamil. Igitur omnino jus sustinet patrisfamil. in castrensi peculio: non, si moriatur intestatus. Nam eo mortuo, id peculium pater occupat quasi paganum, *l. ult. ad Tertullian.* Et hoc de filiofamil. Servus autem castrensis filiifamil. jus tantum sustinet servi filiif. non servi patris, non sustinet duorum servorum vicem: & ideo soli filio adquirit ex omni causa, non patri: *si quid simpliciter*, inquit, *stipuletur, vel per traditionem accipiat, quandiu vivit filius, quem solum dominum agnoscit.* Cur dicat *quandiu vivit filius*, jam exposui: quia mortuo filio intestato, vivo patre servus castrensis recidit in potestatem patris, quasi jure peculii pagani. Cur ait *simpliciter?* quod est impersonaliter, si stipulatus sit hoc modo, *promittis centum dari?* non adjecto meo, vel patri domini mei, quod miror non explicasse Accurs. quia scil. si servus castrensis stipuletur patri, quamvis eo tempore stipulationis sit in potestate filii non patris, tamen si postea filius moriatur intestatus vivo patre, utilis stipulatio est, quia pater retro creditur in eo servo dominium habuisse. Ergo & tempore stipulationis, tempore contractus, quod utique semper in stipulationibus observatur, *l. si filiusfam. de verb. oblig.* Et ita retro agi dominium ostenditur in *l. ult. hoc tit. l. servum filii, in princ. de leg. l. in eo quod, de acquir. dom.* Et secundum hæc, quæ proposuit Papin. in §. *servus*, si servus castrensis filiifamil. heres instituatur, quia non fit distinctio causarum, nihil refert, a quo heres instituatur, a commilitone filii, commanipulo, contubernali; an ab extraneo; quia adire debet hereditatem jussu filii, non patris, eaque hereditas, posteaquam adita erit, deputabitur castrensi peculio, *l. de hereditate, §. 1. hoc tit.* Et ut jam dixi, nihil etiam refert, stipuletur is servus castrensis, vel accipiat ab extraneo, an a patre domini sui ex quacunque causa: nam ut extraneus, qui promisit servo castrensi, ex quacunque causa filio tenetur: ita & pater: pater scilicet pro extraneo est, quod ad servum castrensem attinet: aliter atque si filio promisisset pater: Nam tunc essent distinguendæ causæ: si promisisset ex causa castrensi tenetur: non, si ex pagana: & ut magis appareret filiumfamil. servi castrensis ceterarumque rerum castrensium solum esse dominum quandiu vivit, id demonstratur in §. *ult. hujus l.* hoc argumento, quod verbi gratia, si servi cujusdam ususfruct. pertineat ad patrem, proprietas autem hujus servi sit in castrensi peculio filiifamil. & amiserit pater usumfruct. non utendo, vel cessione in jure, si ultro cesserit ususfruct. ususfructus recurrit ad solum filium. Et ita incipit in eo servo habere plenam potestatem: dos profectitia dicitur esse proprium patrimonium filiæ multis in locis, sed verius est communis patris & filiæ, & communis actio de dote, *l. 3. l. si cum dotem, §. 1. sol. mat.* Idem non possis dicere de castrensi peculio, commune esse patris & filii. *Quemadmodum si exter* legendum, non *extero, quod rerum agitur*, id est, quodcunque agitur sive sit traditio, sive stipulatio.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XXXVI. Quæstionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. In omni XIII. de Adopt.

In omni fere jure, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium. Denique & patria dignitas, quæsita per adoptionem, finita ea deponitur.

IN hac lege proponitur hæc regula, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino vestigium retineri: nam illa verba, *in omni jure*, significant esse regulam. Finitur potestas patris adoptivi, filio desinente esse in familia, quod fit per capitis deminutionem, id est, per emancipationem: Nam mortuo patre adoptivo, filius in adoptiva familia permanere dicitur, *l. utrum, de bon. poss. contra tab.* sicut filius naturalis mortuo patre dicitur esse in familia patris, *l. non tantum, §. si pater eod. tit.* Uterque fit sui juris morte patris sine capitis deminutione, *l. 3. §. ult. ad Macedon.* Ergo permanet in eadem familia, nec migrat in aliam. Ceterum emancipatione uterque familiam pristinam mutat, & amittit. Sed differentia est magna inter adoptivum, & naturalem filium: Nam adoptivus emancipatus, nullum vestigium retinet ex pristino jure adoptionis, id est, omnia jura perdit, ut ait in *l. seq.* non retinet nomen filii post emancipationem, non retinet nomen liberorum. Tullius pro domo sua: *Adoptatum emancipari statim, ne filius sit ejus, qui adoptavit.* Ergo emancipatione filius adoptivus desinit esse filius, & ideo nec ab intestato, nec contra tabul. admittitur ad bona patris adoptivi, qui eum emancipavit, *§. eadem, Institut. de hered. quæ ab intest. & §. adoptivi liberi, de exhered. lib. & l. 1. §. liberos, & l. liberi, si tab. test. nullæ exst.* Ex quibus locis, id est, ex §. *adoptivi liberi*, & ex aliis etiam, inter cetera apparet liquido, quod temere Andreas quidam scripsit, nusquam jure liberos adoptivos appellari, sed filios adoptivos tantum, & hoc præter se neminem comperiisse. Et sane ita est, neque enim quod non est, comperiisse potis est quisquam, & id scripsit in *l. si unquam, C. de revoc. donat.* Dicamus igitur liberos adoptivos, ut est proditum illis locis, per emancipationem amittere nomen liberorum, simul ac jus liberorum omne. Filius autem naturalis emancipatus, non amittit nomen filii, & præteritus admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas, & ab intestato ad bonorum possessionem unde liberi jure prætorio: jus naturale emancipatio perimere non potest. Et evidentissima hæc est differentia inter naturalem & adoptivum, sed sunt etiam aliæ. Nam filius adoptivus emancipatus amittit patriam dignitatem, quam per adoptionem adquisierat, ut ait in hac *l. 13. de adopti.* Unde si a Senatore vel a decurione, qui minor Senator a veteribus dicebatur, plebejus adoptatus fuerit, filius est Senatoris vel decurionis, quandiu manet in ejus familia, & iisdem privilegiis fruitur quibus Senatoris vel decurionis filius naturalis, eodem jure censetur, quo Senatoris filius naturalis, *l. 6. & 7. de Senator. l. 4. C. de decurion.* Ceterum emancipatus eam dignitatem amittit, nec postea habetur pro Senatoris filio; filius autem naturalis emancipatus a patre Senatore vel decurione, non amittit dignitatem patris, habeturque non ideo minus quasi filius Senatoris vel Decurionis. Item quæ est tertia differentia, filius adoptivus emancipatus, desinit esse civis civitatis patris adoptivi, cujus & ipse per adoptionem factus fuerat civis, quod ostenditur in *l. ordine, §. ult. & seq. ad municip.* Filius autem naturalis emancipatus, non desinit esse civis civitatis patris, cujus & ipse origine est civis. Atque ita videmus finita patris naturalis potestate, remanere ex pristino multa vestigia. Contra, finita potestate patris adoptivi, nulla remanere vestigia, & rem haberi perinde ac si nunquam adoptatus fuisset. Verum adjicit Papinianus hoc loco *fere*, id est, in omnibus fere partibus juris, quoniam, ut recte Accurs. animadvertit, in jure nuptiarum etiam post emancipationem filii adoptivi, aut filiæ adoptivæ remanet memoria, aut vestigium quoddam ex pristino jure. Neque enim eam uxorem ducere possum, quæ mihi fuit filia adoptiva, nec eam, quæ fuit uxor filii adoptivi, quem postea emancipavi. Et filius quoque adoptivus emancipatus, non potest uxorem ducere eam, quæ fuit uxor patris quondam adoptivi, *l. adoptivus, l. quin etiam, de ritu nupt.* quia fuit ei loco novercæ. Soluta adoptione jure possum ducere eam, quæ mihi fuit filia adoptiva, perinde ac si nunquam fuisset mihi filia adoptiva, sed non permittitur, quia pudor vetat, non omne quod jure fit, permittitur. Libertini ordinis homines ab ingenuis maxime dante patrono, jure adoptari possunt, ut ex Sabino refert Gellius in fin. *lib. 5. cap. 19.* sed ex eodem adjicit, id non permitti iisdem verbis, ne libertini ordinis homines per adoptionem in jura ingenuorum irrepant, vel invadant. Et hæc quidem

est

est sententia hujus l. Verum restat illa inspectio, quemadmodum intelligendum sit, quod ait in hac lege, *per adoptionem dignitatem adquiri, augeri*, ut ait l. *per adoptionem*, hoc tit. *& deponi per emancipationem*. Quid hoc est, *per adoptionem dignitatem augeri?* an, qua de re plurimum hodie controverti video: an ignobilis, si adoptetur a nobili, nobilis fiat? an per adoptionem adquiratur nobilitas? Et soleo hac in re separare dignitatem a statu, & conditione hominis, ut etiam separatur honor a statu, dignitas a conditione sive statu capitis, *l. falsa, §. sed si cui, de condit. & demonst.* & in *§. quibus, Instit. de capit. demin.* quod apparebit hac demonstratione: mutatio status est capitis deminutio: mutatio dignitatis non est capitis deminutio, ut qui Senatu movetur, aut qui in Senatum asciscitur, non capite minuitur, *d. §. quibus*. Hæc igitur in hac quæstione distinguimus honorem a conditione & statu. Conditione alii sunt cives, alii peregrini: adoptio ex cive peregrinum, vel contra non facit, imo nec civitatem mutat, sed adjicit, ut ait *l. 7. C. de adopt.* id est, adoptatus tam in patria sua, quam in patria adoptatoris, munera & honores civiles subire cogitur, *d. l. 7. & l. 1. & l. ordine, §. ult. ad municip.* Rursus conditione alii sunt libertini, alii ingenui: adoptio ex ingenuo libertinum, vel ex libertino ingenuum etiam non facit, *l. ult. de statu hom. sup. l. ult. hoc tit.* Ingenuum adoptari a libertino nusquam invenies, aliquo loco invenies libertinum ab ingenuo adoptari, veluti a patrono ipso, vel ab alio causa cognita, *l. ult. h. tit. l. 3. C. eod.* Et hoc cum contingit, libertinus qui adoptatur, nanciscitur quidem jura ingenuitatis in familia adoptatoris, ingenuus tamen non fit, *l. sciendum, de ritu nupt.* Aliud est nancisci jura ingenuitatis, aliud ingenuum fieri. Libertinus, qui a principe consequitur jus annuli aurei, ingenuus non est, sed quandiu vivit, jura ingenuitatis habet, *l. 2. C. de jure annul. aur.* Ergo aliud est habere jura ingenuitatis, aliud ingenuum esse. Solus princeps ingenuum facit eum, qui non est natus ingenuus, puta restituendo natalibus, quod & ipsum debet facere consentiente patrono, *l. ult. de natal. restit.* Sicut & donare civitate Romana libertinum princeps non potest invito patrono, ne fiat ei injuria, quod Plinius indicat *lib. 10. Epist.* petens civitatem Romanam Harpocrati a Trajano Imperatore. Rursus conditione alii sunt servi, alii liberi, & adoptio, ut hodie definitum est, & ex servo liberum facit, ut si servus adoptetur a domino, vel si a domino in adoptionem detur, *§. ult. Inst. de adopt.* Sed hoc vere possis dicere extorsisse favorem libertatis, non esse solemnem modum dandæ libertatis, sed vindictam, censum, testamentum, admitti tamen etiam adoptionem, ut hoc quoque remedio servus exeat ex servitute, & fiat liber: qua ratione alia, quam favore libertatis? *d. §. ult.* Præterea conditione alii sunt sui juris, alii alieni juris, adoptio facit eum, qui est sui juris, alieni juris, & eum, qui est alieni juris, transfert ex unius familia in aliam, *l. qui ex liberis, §. 1. de bon. poss. sec. tabul.* Adoptio igitur mutat statum hominis, cur & non mutat superiores status? quia comparata est adoptio hujus rei gratia tantum, ut faceret filiumfamil. maxime non habenti naturalem filium. Hæc causa fuit inveniendæ adoptionis, non ; ut faceret civem ingenuum, non etiam ut faceret liberum, sed ut filium tantum. Vix mutabit alias conditiones. Conditionem generis sane non poterit mutare, non potest efficere, ut ego non sim ex sanguine illo, ex illo genere, quia jus naturale est immutabile, *l. 1. §. cognationem, unde cogn.* Denique adoptio genus non mutat, gentem mutat, id est, familiam & nomen familiæ. Ceterum conditionem, quæ ex genere ducitur, non mutat, & notum est discrimen inter genus & gentem. Ergo ignobilem nobilem non facit, si adoptetur a nobili: & contra etiam nobilem ignobilem non facit, si ignobilis nobilem adoptet: nam hæc nobilitas ex genere ducitur, vel largitate Principis ex concessione feudi, cui tamen largitati sc. necesse est, ut accedat longa series avorum & posterorum, qui huic feudo insederunt & incubuerunt. Et hæc de conditione. Dignitatem autem fateor adoptionem augere, non etiam minuere, ut plebejus adoptatus a patritio, vel Senatore vel a decurione adquirit dignitatem, honorem, prærogativam, privilegium in pœnis, vel qua alia in re, filii patritii vel Senatoris, quod hæc l. 13. demonstrat. Et quod notandum, ea dignitas propagatur etiam in liberos plebeji adoptati a Senatore, *l. liberos, de Senator.* Et in liberos ejus, qui est adoptatus a decurione, non quidem in infinitum, sed usque ad gradum pronepotum, *l. Divo, C. de quæst.* Atque ita adoptio dignitatem affert, dignitatem auget, sed non minuit dignitatem. Nam Senator, aut Senatoris filius adoptatus a plebejo, non desinit esse Senator, aut Senatoris filius, *l. per adopt. hoc tit. l. 1. inf. de Senat.* M. Tull. pro domo sua: adoptionem nihil minuere de dignitate generis. Inventa est adoptio, aut ea utimur, in eamque nos damus, non ut minuamus dignitatem, sed ut augeamus. Et alia est ratio matrimonii & adoptionis: Nam matrimonium minuit dignitatem, si mulier clarissima nubat plebejo, ut de Virginia nominatim scripsit Livius. Et auget quoque matrimonium dignitatem, si plebeja nubat Senatori, *l. mulieres, C. de dignitat.* In qua etiam utitur *nobilitandi* verbo, quod latissime patet, neque eo significatur ea nobilitas, seu gentilitas, de qua initio quæstio proposita fuit. Et ait, mulieres genere mariti nobilitari, id est, splendescere, quod aliis verbis exprimit, honore mariti erigi. Ceterum, ut licet colligere, nunquam admittam adoptione nobilem fieri ex ignobili, neque ignobilem ex nobili.

In quæstione de qua tractavimus, an adoptio ex plebejo nobilem faciat, est quod iterum de ea quid statuendum sit, succincte perstringamus, & ut diximus in præcedenti prælectione, inventa est adoptio, ut filium faceret tantum, non ut ex peregrino civem, non ut mutaret civitatem adoptato, sed adjiceret ei civitatem adoptatoris. Potest enim quis plurium civitatum esse civis: & rursus inventam esse adoptionem, ut filium faceret, non ingenuum faceret ex libertino, non ut liberum faceret ex servo, quanquam hodie admittamus favore libertatis, per adoptionem liberum fieri: ac denique inventam esse adoptionem tantum, ut filium faceret tantum, & hominem sui juris vel alieni juris redigeret in potestatem adoptatoris quasi filium, vel nepotem aut pronepotem: ut igitur redigeret in potestatem, vel homines sui juris, vel etiam filiumfam. alterius, vel etiam filium suum emancipatum, *l. 12. de adopt.* Ego in hac summa illas tantum leges afferam, quas alia prælectione non attuli. Adoptio igitur filium meum emancipatum, & naturalem etiam in servitute quæsitum, sive in contubernio, redigit in potestatem meam, *l. ult. de adopt. l. ult. de his qui sunt sui vel al. ju.* atque etiam filium naturalem susceptum ex concubinatu, ex constitutione Anastasii, *l. jubemus, C. de natur. liber.* Naturalis filius vel est ex contubernio, vel ex concubinatu, & uterque fit justus filius heresque patri per adoptionem. Quod tamen postremum Justinianus non admisit, scil. in naturali suscepto ex concubinatu. Hunc enim noluit fieri legitimum per adoptionem. Et est etiam hoc novum in constitutione Justiniani, ut cum concubinatus probetur legibus antiquis & constitutionibus quasi conjunctio legitima & licita, quandoquidem habet speciem matrimonii, & concubina, ut ait Julianus Antecessor Constantinopolitanus, imitatur uxorem, Justinianus tamen tamquam Christianus non videtur concubinatum admisisse, quod indicat *l. legem 7. C. de nat. lib.* his verbis, *injusta libidinum desideria*, quibus utitur loquens de concubinatu. Et ob id etiam in *d. l. legem*, ut in *Nov. 74. & Novel. 89.* non vult Justinianus, ut prætextus adoptionis, vel commentum adrogationis, filios susceptos ex illicita coitione, ut ipse existimat ex concubinatu faciat justos & heredes legitimos patri. Et ex his omnibus paulatim efficies atque efficiebam ego, adoptionem quoque nobilem non facere, si plebejus det se in adoptionem nobili, quia adoptio non mutat genus, aut sanguinem. Et hæc nobilitas ducitur ex genere, vel ex speciali beneficio Principis, & ex concessione feudi, in quod constat adoptivum filium non succedere, in feudum scil. adoptatoris, quod omiseram. Igitur plebejus

bejus

bejus per adoptionem non fit nobilis. Galli solent dicere *la verge ennoblit, voyez la coustume*, hoc est, ducitur ex genere nobilitas. Non fit igitur nobilis plebejus per adoptionem, nisi adoptione plebeji facta auctoritate Principis, id agatur, ut exeat ex plebe, *argum. l. sed si hac lege, §. patronum, de in jus voc.* At nunc videamus, *an aliud dicendum sit, si nobilis det se in adoptionem plebejo, an desinit esse nobilis? an mutat genus?* Quod negavi obiter in prælect. sup. sed verius est per adoptionem ex nobili plebejum fieri, quia ipsemet prodit suam nobilitatem, qui se subjicit ditioni & familiæ plebeji. Et ita Clodium, qui se dedit adoptandum plebejo, Marc. Tullius scripsit exiisse a patriciis, & transiisse in plebem, ut fieret tribunus plebis, quem magistratum capessebant soli plebeji. Mea igitur sponte fio plebejus ac degener, sicut licet mihi mea sponte ex libero servum fieri, si patiar me venundari ad pretium participandum. Et ita quoque mulier patricii generis, si elegerit nuptias plebeji transit in plebem, & de se queri debet, quæ nupsit plebejo, atque ita prodidit nobilitatem sui generis & sanguinis. Contra autem mulier plebeja per matrimonium, non mutaret genus, videlicet si abesset constitutio Imperatoris, quæ specialiter constituit, ut plebeja per matrimonium, puta, si nupserit patricio, non tantum erigatur honore mariti, sed etiam nobilitetur genere mariti, atque ita proprium genus commutet in genus mariti, *l. mulieres, C. de dignit. l. ult. C. de incolis*. Si deesset illa constitutio, mulier plebeja per matrimonium non mutaret genus, sed augeretur tantum dignitate mariti. Et in hac quæstione, ut in eadem prælectione ostendi, separanda est dignitas a conditione personæ.

Ad L. CXIX. de Verb. oblig.

Doli clausula, quæ stipulationibus subjicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur.

HÆc lex pertinet ad illam regulam juris, quam habuimus libro 33. In toto jure generi per speciem derogatur, *l. in toto, de reg. jur.* veluti in legibus, *l. sanctio, de pœnis*, & in testamentis, veluti in legatis, quod variis exemplis demonstravi, ac etiam in substitutionib. Specialis nempe substitutio derogat generali, *l. coheredi, §. qui patrem, de vulg. substit.* Et ut intelligitur ex hac lege, in stipulationibus sive contractibus: & forte mendum est in inscriptione hujus legis, vel legis *in toto*, vel in numero librorum. Subjici solet stipulationibus clausula generalis, *dolum malum abesse abfuturumque esse*. Hæc est novissima clausula stipulationum, *l. novissima, judic. solvi*. Quod non pertinet ad ea, de quibus specialiter cautum est in stipulatione, sed pertinet tantum ad ea, quæ non sunt stipulatione comprehensa nominatim: Nam de clausula illa generali sunt eximenda ea, de quibus cautum est specialiter. Denique hæc clausula generalis pertinet tantum ad casus incertos, & qui in præsentia contrahentibus occurrere non potuerunt, *l. 53. hoc tit.* ut in emptione pecorum, cum ita stipulamur, quod exemplum Accursius significavit in hac lege, paucis verbis, *esse, bibere, posse habereque recte licere, & dolum malum abesse abfuturumque esse*. Et in emptione mancipiorum, cum ita stipulamur, *sanum esse, furem non esse, fugitivum non esse, habere recte licere, dolumque malum abesse abfuturumque esse*. Et similiter in stipulationibus prætoriis, veluti legatorum servandorum causa, vel de rato, vel de judicato solvendo. Et hoc est apertissimum. Sequitur nobilissima lex 38. *ad leg. Jul. de adulter.*

Ad L. XXXVIII. Ad L. Juliam de adult.

Si adulterium cum incesto committatur, ut puta, cum privigna, nuru, noverca; mulier similiter quoque punietur: Id enim remoto etiam adulterio eveniret.

DIfferentia est inter adulterium & incestum in re. Quæ sit differentia, non est explicandum, quia notum est omnibus, sed in jure differentia est. Nam adulterium jure naturali prohibetur, vel ut ait *l. probrum, de verborum significat.* adulterium est natura probrum, id est, jure naturali: Lactantius in *Epito. Institut. Corrumpere alienum matrimonium communi omnium gentium jure prohibetur*. Incestum autem non omne committitur jure gentium, sive naturali. Nam aut committitur jure gentium, aut jure civili. Et ut indicat in hac lege, ita evenit, ut incesti crimen, quamvis natura sit gravius, humanius vindicetur, vel ut de eo tractetur humanius, quam de adulterio, quia omne adulterium est natura probrum: omne incestum non est natura probrum, sed aliud natura, aliud civili jure. Ac primum quidem, ut ostenditur in *l. ult. de condict. sine caus. & l. ult. de ritu nupt.* & in hac lege multis in locis, incestum jure civili committitur inter parentes & liberos cujuscumque gradus in infinitum, atque etiam inter affines, qui maxime parentum & liberorum locum obtinent, ut inter vitricum & privignam: vitricus quasi pater est, privigna quasi filia, vel ut Ovidius loquitur de Ponto, *pene filia*, qui & marito privignæ, dicit se esse pene socerum, id est, quasi, pene patrem uxoris. *Numina pro socero pene precare tuo*, scribens ad maritum privignæ. Incestum jure gentium committitur similiter inter novercam & privignum, quæ est, vel quæ fuit noverca, quia noverca matris, privignus filii locum obtinet, *§. affinitatis, & §. socerum, Inst. de nuptiis, l. Aristo, de ritu nupt.* Et recte sanctissimus Phocylides.

Μητρυιῆς μὴ ψαῦε γε δεύτερα λέκτρα γονῆος.
Μητέρα δ' ὡς τίμα τὴν μητέρος ἴχνια βᾶσαν.

Id est, *ne attinge novercam, secunda cubilia patris, sed eam cole ac matrem, quæ insequitur vestigia etiam matris*, id est, quæ locum tenet matris. Et pari ratione jure gentium incestum committitur inter socerum & nurum, inter socrum & generum, quia socer & socrus parentum locum obtinent, gener & nurus liberorum, *d. §. affinitatis, & §. socerum, l. quia parentis, solv. matr.* Et nurus nomen sive socrus, aut generi, accipitur largissime. Exempli gratia: Nurus dicitur non tantum filii uxor, sed etiam nepotis, & usque in infinitum in *l. adoptivus, §. nunc videamus, & l. seq. de ritu nupt.* Ex transverso etiam jure gentium incestum committitur cum sorore, quod evidenter demonstrat *l. 8. de ritu nupt.* dum matri jungit sororem. Et matrem, aut sororem uxorem ducere moribus prohiberi, id est, jure gentium: mores illo loco ac etiam in *l. sororis eod.* id est, jus naturale, jus gentium. Et quod scripsit Æmilius Probus, Athenienses in matrimonio sorores suas habuisse jure licito, non est verisimile, ut populus Atheniensis adeo bene institutus, eam conjunctionem admiserit contra jus gentium. Si quam barbaram gentem diceres, hoc admitterem, sed Atheniensem populum, nunquam admittam, licet Æmilius Probus id scribat, qui etiam quasi falsi reus a doctissimis viris reprehenditur: quoniam Athenæus & Plutarchus multis in locis referunt Cimonem Atheniensem duxisse sororem in matrimonio, atque ideo exulatum iisse, cum fecisset contra instituta Atheniensium, & omnium gentium instituta, jurisque naturalis. Et recte etiam Phocylides, qui nobis tradidit præcepta juris naturalis:

Μηδὲ κασιγνήτης ἐς ἀπότροπον ἐλθέμεν εὐνήν.
Ne conscendamus cubile infandum sororis:

Igitur ex transverso sive a latere, etiam incestum committitur jure gentium, veluti cum sorore. Et similiter, ut heri demonstravimus, cum sororis filia, & nepte, & pronepte in infinitum; quia avunculus est loco parentis. Ergo & cum fratris filia, quia patruus est loco parentis, quod hodie etiam obtinet, *§. fratris, Inst. de nupt. l. nemini, C. eod. tit. l. ult. C. de incest. nupt.* Posset quis ita facile induci, ut existimaret jure gentium incestum committi cum sororis filia, vel fratris, quod tamen non est verum. Nam cum his personis committitur tantum jure civili: cum sorore jure gentium: cum sororis filia jure civili,

civili, quod cur ita sit, cras explicabo. Et multum interest sane, utrum jure gentium incestum committatur, an jure civili. Nam error juris gentium, vel ignorantia ejus, non remittitur mulieri. Igitur etiam mulier, cui remittitur error juris civilis, si incestum commiserit jure gentium, nullo modo excusatur obtentu erroris, quia nemo ignorat jus gentium, *l. secunda, Cod. de in jus voc.* Et Menander eleganter, ὃς ἐστι τῆς τῆς φύσεως λαθεῖν νόμους. *La loy de nature n'est cachee a personne.* Ergo mulieri non remittitur error juris gentium, cui tamen remittitur incestum juris civilis. Et ita Papinianus in hac lege ait, mulierem eam pœnam, quam mares sustinere, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit. Et similiter in principio hujus legis, si adulterium committatur cum incesto, veluti cum nuru, vel cum privigna, vel cum noverca, non minus puniri feminam quam marem: neutrum posse obtendere ignorantiam hujus juris. Idem esse, si solum incestum sit admissum, quoniam cum his personis committitur jure gentium. Oportet addere, idem etiam esse, si solum adulterium, non tantum cum his personis, sed cum aliis quibuscumque. Æque ex causa adulterii punitur femina, ac masculus, quia est natura probrum similiter, id est, jure gentium, quod nemini licet ignorare. Et hoc est quod ait in princ. *h. l.*

Ex his, quæ diximus intellexistis, æque puniri feminam ac marem, si per adulterium incestum committatur jure gentium, vel si incestum tantum committatur jure gentium, veluti cum parentibus vel liberis cujusque gradus, vel inter affines, qui maxime parentum liberorumve locum obtinent, veluti cum privigna, nuru socru, noverca. Et idem esse, si adulterium tantum committatur: Nam & adulterium jure gentium probrum est, & neque mari, neque feminæ remitti errorem, vel ignorationem juris gentium, omnes homines præstare debere scientiam juris gentium; neminem non scire adulterari nefas esse, neminem nescire, commisceri his, qui sunt parentum vel liberorum loco, nefas esse. Igitur æque puniri feminas ac mares in his omnibus, quæ prohibentur jure naturali. Et adjeci eum sorore etiam incestum committi jure gentium, cum sorore scilicet germana. Nam cum sorore patrueli, jure civili aut gentium incestum matrimonium non est, §. *duorum, de nupt. l. celebrandis, C. eod.* Quo tamen jure non utimur, & merito quidem: nam verecundia & pudor potissimum spectatur in nuptiis. Et ob id prohibitio nuptiarum est extendenda potius ac coangustanda, nec debemus ea in parte discedere ab institutis majorum nostrorum, qui pudoris inter nos conservandi gratia, & licitas quarumdam personarum nuptias inhibuerunt, & in Phil. 2. Cic. illo loco, *sorore & uxore tua:* non oportet intelligere germanam, sed patruelem. Et hæc de incesto, quod committitur jure gentium. Restat ut tractemus de incesto, quod committitur jure civili. Incestum committitur jure civili cum sororis filia, vel nepte, vel pronepte, vel etiam hodie cum fratris filia, nepte, pronepte, vel cum amita, vel cum matertera. Cur vero cum his personis incestum contrahitur jure civili, non jure gentium, cum & hæ personæ inter se sint parentum liberorumve loco, §. *item amitam, Instit. de nuptiis: l. sororis de ritu nupt.* Patruus scilicet filiæ fratris pene pater est. Amita filio patris pene mater. Idem licet statuere de avunculo & matertera. Et tamen inter eas personas incestum committitur non jure gentium, sed civili. An verum est, non inter eos omnes incestum jure gentium committi, quia invicem sunt parentum, vel liberorum loco? Sic sane. Sed inter eos tantum verum est, incestum committi jure gentium, qui *maxime* (*ce maxime emporte la faulce*) quive propius sunt parentum aut liberorum loco, ut inter novercam & privignum: noverca mater est propius quam amita, cum sit uxor veri patris, cujus amita est soror. Ac similiter inter vitricum & privignum, inter socerum & nurum, inter socrum & generum: Nam cum aliis personis (licet quodammodo accedant ad vicem parentum aut liberorum) legibus modo permissæ fuerunt nuptiæ, modo prohibitæ. Et conjunctio earum personarum puta patrui, & filiæ fratris, avunculi & filiæ sororis, amitæ, & filii fratris, materteræ & filii sororis, tota sita est in arbitrio legum, tota est juris posititii, ut Ulp. loquitur, vel ut æque dicunt recte, juris positivi. Et rectissime Accurs. in *l. 1. §. initium, de postul.* eorum, quæ sunt juris posititii, non admodum quærendam esse rationem. Invenies in Dig. incestum committi cum sororis filia ab avunculo, non a patruo cum fratris filia, *l. ult. de cond. sine causa, l. qui in provincia, l. aliam, l. sororis, de ritu nupt. & hujus l. §. 1.* Nullum locum invenies in Dig. de patruo & fratris filia: nam cum ea permissum connubium ex S.C. & auctoritate Claudii, ut Suetonius & Tacitus scribunt. Et ob id Ulpianus in fragm. nonnunquam ex tertio gradu licet uxorem ducere, veluti fratris filiam, non etiam sororis. Hæc distinctio hodie merito sublata est: Nam neutram licet ducere ex constitutionibus novissimis. Jure Digestorum, ut ita loquamur, licet ducere fratris filiam, quamvis eodem jure non liceat sororis filiam, nec sit differentiæ ratio ulla, nisi quod jus ita positum sit. Filius tamen fratris eodem jure non potest ducere amitam, sive paterteram, sic vocatur in antiquis inscriptionibus, sicut nec filius sororis materteram, quin admittatur incestum jure civili.

Ad §§. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii pœna sufficiat mari, considerandum est: quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia juris, & sanguinis contumelia concurrant.

2. *Quare mulier tunc demum eam pœnam quam mares sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit. Nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*

3. *Nonnunquam tamen & in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.*

4. *Fratres denique Imperatores Claudiæ crimen incesti propter ætatem remiserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur ætate. Nam & mulieres in jure errantes, incesti crimine non teneri, supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.*

5. *Iidem Imperatores rescripserunt post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti.*

6. *Iidem Pollioni in hæc verba rescripserunt: incestæ nuptiæ confirmari non solent, & ideo abstinenti tali matrimonio pœnam præteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus.*

7. *Incestum quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet sexu, vel ætate, vel etiam puniendi correctione, quæ bona fide intervenerit: utique si error allegetur, & facilius, si nemo reum postulaverit.*

His cognitis videamus, quæ tractet Pap. in hoc §. 1. *& seq.* usque ad §. *Imperator Marcus.* Cum sororis filia incestum jure civili committitur, & ut ait Pap. in hoc §. 1. *stuprum.* Ergo duplex crimen, incestum & stuprum, vel ut M. Tul. loquitur in Miloniana, *incestum stuprum.* Et quærit Papin. *hoc* §. 1. an masculo sufficiat pœna adulterii l. Juliæ: nomine adulterii, quod etiam est generale, significans stuprum incestum, ut sæpissime J. C. maxime cum tractant de pœna, dicunt promiscue, adulterium vel stuprum. Si igitur in sororis filiam commissum sit stuprum incestum, quærit Papin. an avunculo sufficiat pœna l. Juliæ, hoc sc. quærit, an mulier quoque similiter puniatur, i. e. an sufficiat marem puniri, si incestum committatur jure gentium: non sufficit marem puniri, utrumque puniri oportet. Videamus tamen, inquit, an sufficiat marem puniri, si incestum jure civili committatur, veluti cum sororis filia. Dubitationem facit, quod duplex est admissum, junctum sc. stupro incestum. Simplex forte non

vin-

vindicaretur in femina. Duplex videtur esse vindicandum, non minus in femina, quam in mare. Et hoc significat Papin. in illis verbis, *occurrit, quod duplex admissum est.* Verbo *occurrit*, significatur ratio dubitandi. Item dubitationem facit, quod multum interest, errans committat stuprum incestum, an sciens: Nam sciens peccat dupliciter, & quod contumelia afficit sanguinem suum, generisque dignitatem. Quid est incestum? Contumelia, quæ infertur sanguini, vel necessitudini per nefarium illicitum coitum.

Peccat etiam sciens in eo, quod contemnat leges, & jura civilia, quæ contemptio eleganter dicitur a Papin. *contumacia juris*: contumax dicitur a contemnendo: nam videtur J.C. *παρετυμολογεῖν*, in *l.contumacia*, §.1.*de re judic.* dum ait, *contumax est, qui tribus edictis propositis, &c.* Vox contumax dicitur ab intentione & pertinacia, quod eo nomine videatur significari is, qui intentos habet & defixos oculos in rem aliquam, ut per translationem & contumax videatur dici pertinax quique, ut in jure augurali apud Varronem 6. de ling. lat. erat scriptum, *conspicionem Cortumionem*, id est, conspectum intentissimum. Et hæc de sciente. Non potuit de quæstione proposita respondere sine distinctione inter scientem & errantem. Errans non offendit legem, sed sanguinem tantum inquinat. Igitur, ut revertamur ad quæstionem propositam, si mulier per errorem juris civilis incestum commiserit cum avunculo, excusatur, si existimarit non esse vetitas nuptias: aut certe datur ei venia majoris pœnæ, nec subit eandem pœnam quam mas, qui debet præstare scientiam juris civilis. Quod idem dici potest etiam de minori 25. annis, aliter quam si incestum jure gentium committatur, vel adulterium, quod omne etiam contra jus gentium committitur: nam ab adulterio, vel ab incesto jure gentium, neque ætas, neque sexus excusat, *l.auxilium, de minor.* Certe, quod maxime notandum est, & si alias militem excuset ignorantia juris civilis, non excusat tamen eum a stupro commisso in sororis filiam, sive eam habuerit in matrimonio, quoniam illicitum est, sive in contubernio, *l.miles* §.1. *h.tit.* ubi, quam habuit miles in contubernio, Græci appellant Latino vocabulo, *focariam*, *l.mulierem de his quæ ut indig.* quam *lib.* 33. interpretati sumus. Igitur miles, etiamsi erraverit in jure civili, qui error alias solet ei remitti, hoc casu non remittitur, si sororis filiam, vel focariæ, vel uxoris habuerit loco. Et hoc est rectius, inquit, id est, honestius. Et maxime notandum, quia vulgo dicitur, errorem juris civilis excusare militem, sane hac in re non excusare. His adjicit Papin. in hoc §. quod etiam est singulare, ut hic auctor noster vix solet unquam quicquam proferre, quod non sit singulare, & præclarum. Adjicit enim, nonnunquam in mare, vel minore, vel majore, humanius tractari incesti, quam adulterii crimen, quod scil. excusationem mereatur majorem mas, qui incestum admisit, quam qui adulterium, *l.ult. de ritu nupt.* Primum, vel propter ætatem minoris, si per matrimonium jure civili incestum commiserit palam, ut dixi, errans in jure civili, qui tamen non excusaretur a pœna adulterii, vel etiam major 25. annis, si errans in facto: (nam majorem error juris civilis non excusat:) puta, nesciens eam, quam ducebat uxorem, esse sororis filiam, palam cum ea contraxerit nuptias, quasi jure licito, modo errore comperto protinus eam dimiserit, antequam reus postularetur, quia, qui ducitur pœnitentia, id est, qui errore cognito protinus eam dimittit & adversatur, nec voluisse videtur cum ea matrimonium incestum contrahere: erranti in facto venia datur, & mox pœnitenti re cognita, vel majoris pœnæ venia, *l.4. C.de incest. nupt.* quæ etiam exigit, ut hic error sit acrissimus, non fictus, non simulatus hic error facti. Et eleganter Arist. *in 3. Ethic.* *τὸ ἀκούσιον ἐν μεταμελείᾳ εἶναι*, *eum quem pœnitet facti, nec voluisse videri.* Et eleganter Papin. libro singulari, *de adult.* scripsit, ut ex eis fragmentis didicimus, quæ nuper prodierunt in lucem, *ei qui conjunctione sororis filiæ bona fide abstinuit, pœnam remitti palam est.* Et subjicit rationem: *quia qui errore cognito diremit coitum, creditur ejus voluntatis fuisse, ut si scisset, se in eo gradu necessitudinis esse positum, non fuisset tali matrimonio copulaturus.* Notanda sunt illa verba, *si scisset se in illo gradu*, id est, si scisset se avunculum, quæ sane sunt de errore facti. Igitur, & quod hic similiter scribit Papinian. contra quam velit Accurs. est accipiendum de errore facti in majore 25. annis. Nec vero mirum est, si hunc errorem facti excuset pœnitentia secuta, antequam reus fieret incesti, si, inquam excuset ab incesto jure civili cum excuset etiam ab incesto jure gentium, ut ostenditur in §.*idem Imperator*. Si privignus novercam uxorem duxerit, inquit, & post bona fide cum ea divortium fecerit, quod sc. non fecisset ante errorem facti, & ignorantiam necessitudinis, quæ sibi fuit cum illa, sed divortium cum ea fecerit, quod nunc primum cognoverit, ejus se mulieris avunculum esse, error facti eum relevabit a crimine incesti. Excusatio hujusmodi nulla est in adulterio: Nam vix possis in adulterio primum constituere errorem facti, nec cetera, quæ posuimus. Incestum quidem est natura gravius adulterio, & ob id incestum non finitur quinquennio, sed vicennio, sicut cetera crimina graviora, cum tamen adulterii crimen finiatur quinquennio, *l. seq.* §.*præscriptione*: incestum igitur est certe natura gravius, quam adulterium, & tamen aliquando tractatur humanius, ut apparet ex præcedentibus. Itemque quod in crimine incesti servi non torqueantur adversus dominos, *l.de* (alias *in*) *incesto*, *& l.extraneo, de quæstion.* & torqueantur tamen in adulterio, vel in incesto adulterio, *l.si quis viduam, eod.tit. l.1. C.eod. & l. seq.* §.*ult.* Ita vobis sunt enarranda ea omnia, quæ Papin. scripsit in hac l. a §.*stuprum* usque ad §.*Imper. Marcus.*

Ad §. Imperator Marcus.

Imperator Marcus Antoninus, & Commodus filius rescripserunt, si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris, interfecerit, non utique l. Cornel. de sicariis pœnam excipiet. Nam & Divus Pius in hæc verba rescripsit Apollonio: Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum justum dolorem temperare. Et quia plus fecerit, quam qui se vindicare non debuerit, puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari.

Intelleximus ex §.1. *l.si adulterium, ad l.Jul.de adul.* ab incesto prohibito jure naturali; & ab adulterio, quod etiam natura nefarium est crimen, neque marem excusari, neque feminam ullo modo: ab incesto stupro, quod prohibetur jure tantum civili, feminæ remitti errorem juris, vel remitti pœnam ob errorem juris civilis, non mari ob errorem juris civilis, nisi sit minor 25. annis: sed ob errorem facti etiam majori remittitur pœna, si per matrimonium ignarus cognationis & necessitudinis incestum commiserit, & errore comperto mox dissolverit conjunctionem, & correxerit factum. Nunc sequitur in §.*Imperator Marcus*, de viro, qui uxorem necavit deprehensam in adulterio, quod prohibetur l.Julia nominatim. Ideoque facit contra l.Juliam, qui deprehensam necat. Sed ex constitutionibus Marci & Commodi, atque etiam Pii Imperatoris, non punitur tanquam homicida, aut parricida l.Cornelia de sicariis, quamvis alias, qui uxorem occidit, teneatur l.Cornelia de sicariis, *l.1. infra ad l.Corn.de sic.* sed ex constitutionibus ut dixi, ei, qui deprehensam necavit, remittitur pœna legis Corneliæ, id est, ultimum supplicium, quod mortem interpretamur, quia, ut est in his constitutionibus *difficillimum ei fuit justum dolorem temperare.* Juvenal. 10. Satyr.

Exigit iste dolor plus, quam lex ulla dolori
Concessit, &c. —

Vix enim quicquam leges dolori concedunt, vix dant locum vindictæ. Ex hac causa concedunt aliquid constitutiones, dum de pœna remittunt aliquid, si vir deprehensam occiderit. Remittunt enim ultimum supplicium, aliam tamen pœnam vir sustinebit. Nam humilior, humiliore loco positus, puta plebejus, ut ait hoc loco, damnabi-

nabitur in opus publicum perpetuum. Contra *l.1.§.ult.sup. ad l.Cornel.de sicar.* ait, eum damnari in exilium perpetuum, non in opus, & exilium accipit proprie pro deportatione. Sed nullum est dissidium. Nam est par pœna deportationis, & damnationis in opus perpetuum, *l.1.C. de pœn.* Hi, qui in opus perpetuum, id est, publicum damnantur, similes sunt deportatis: Nam uterque patitur mediam capitis deminutionem, uterque civitatem amittit, & peregrinus fit. Igitur nihil refert, damnetur in opus publicum aut exilium perpetuum. Honestior autem, veluti positus in dignitate aliqua relegatur in insulam ad tempus, quæ pœna contingit sine capitis deminutione, relegatio non est capitis deminutio, *l.relegatorum, §.sive, de interd.& relegat.* Et ita Paulus secundum hæc secundo Sentent. *Maritum*, inquit, *qui uxorem in adulterio deprehensam occidit, quia hoc impatientia justi doloris admisit, levius puniri placuit*. Puniri igitur, sed levius, excusari a majori pœna tantum, puta, *l.Corn.de sicar.* sive *l.Pomp.de parricid.* Et male in eam rem adfertur *l.Gracchus, C.eod.tit.* Nam non loquitur de adultera occisa, sed de adultero, in quem plus aliquanto licuit marito, quam in uxorem, quanquam non omnem adulterum potuerit occidere impune, sed infamem personam tantum, veluti ludionem, vel lenonem. Aliam personam si occiderit impetu doloris tractus, exemplo mulieris etiam punietur, sed levius. Et hoc tantum ait *l.Gracchus*. Notandum, quod est in rescripto D. Pii relato a Pap. hoc loco, maritum, qui uxorem deprehensam occiderit, puniri vel deportatione, vel relegatione, non ultimo supplicio, & puniri, non quod se vindicare non debuerit: Nam hæc vindicatio fuit permissa, sed quod plus fecerit, quam scil. vindictæ modus ratioque postulet. Ex quo loco licet nobis interpretari, quod vulgo dicitur ex *l.1.C.unde vi*, unumquemque posse vim, injuriam, contumeliam propulsare, adhibita moderatione inculpatæ tutelæ, id est, cum tutela inculpata, nempe, ut ne quid plus faciat, quam vindictæ ratio desideret, ut si ulciscatur ex continenti in deprehensos, ut vindicet injuriam lecti & domus. Et ita licet omnino ad *l.ut vim, de justit.& jure*: sumere exemplum ex hoc loco, veluti, ut Pap. ait aliquo in loco in fragmentis, *injuriam lecti genialis & domus licet vindicare & ulcisci, cum modo tamen aliquo & pari*. Vindicatio hæc moderata permittitur jure gentium. Nec debemus restringere verbum *vindicandi*, quod usurpatur etiam illo tit. *quando liceat unicuique sine judice se vindicare*. Licet autem se vindicare adversus vim, quæ nobis infertur, vel his, qui nobis cari sunt, *l.1.§. pen. ad l. Corn. de sicar.* Et ad ulciscendam injuriam & contumeliam, veluti, ut ait eleganter Pap. in fragm. *lecti & domus*, quod est appositissimum exemplum ad verbum *d.l.ut vim, de just.& jure*. Potuit igitur se vindicare & ulcisci in adulterio deprehensam uxorem, idque impune potuit jure gentium: sed quia plus fecit, quam debuit, ideo punitur, leviore tamen pœna, quam homicida. Quæres, cur liceat patri filiam deprehensam in adulterio occidere, non marito? Sunt multi loci in hoc tit. quibus ostenditur hoc licere patri ex l. Julia, si modo & adulterum simul occidat uno ictu, si fieri possit, unoque impetu. Et ratio differentiæ optima redditur in *l.22.§.ult.h.t. quia plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit*, id est, efficit, ne occidat filiam, simul ac ne occidat adulterum: non potest enim parcere filiæ, quin parcat adultero. Non est igitur nimia hæc licentia, quæ datur patri, quoniam vix necabit filiam, ac proinde servabitur uterque, & permittitur legibus publicis. Ceterum mariti calor, & ut ait *d.l.impetus, facile decernentis fuit refrænandus*, id est, nullius consilium in ea re capientis, nihil in eo articulo apud se deliberantis. Primum non data ei potestate occidendi cujuslibet adulteri, sed infamis personæ tantum, & nullo modo data potestate occidendæ uxoris. Et similis est ratio Imperatoris Marci Philosophi apud Capitolinum, nolentis severius agi in rebelles, id est, in reos perduellionis, sive majestatis. Non placet, inquit, Imperatori vindicta sui doloris, quæ etsi justior fuerit, acrior videtur semper. Paulatim crevit potestas marito: primum, ut dixi, prohibitus fuit l. Julia occidere deprehensam: deinde constitutionibus occidenti deprehensam inflicta est minor pœna: post tertio loco in Pauli fragmentis refertur, Marcum Antoninum (is est Bassianus Caracalla) pepercisse omnino ei, qui adulteros impatientia doloris interfecisset, id est, utrumque marem & feminam. Nam hoc exigitur, ut neutri parcat, vel ut parcat utrique: non inflixit minorem pœnam ei marito, qui occidisset adulterum & adulteram, sed ei pepercit. Et secundum eam auctoritatem Antonini accipiendum, quod est in *l.3.§.si maritus, ad Syllan.* Ignosci marito, qui exequutus est adversus uxorem dolorem suum. Dicit, *ignosci* absolute, quod scil. ignoscerent sæpe Imperatores maritis, & remitterent omnem pœnam. Sed nondum data est potestas marito occidendæ uxoris, concessa est venia & indulgentia ei aliquando, qui occidisset, non etiam data potestas occidendi, non porrectus est gladius, nisi tandem Novella Majoriani, ut refert Pap. in responsis suis, permissum est marito deprehensum occidere simul cum adultero uno ictu, & æquali ira adversus utrumque sumpta, sicut patri, *l.quod ait, §.ult.h.t.* Neque hodie ulla est differentia, si spectas illam Novel. inter patrem & maritum. Nam utrique jus est occidere adulteros, uno ictu modo id fiat, unoque impetu. Et ita Pap. scribit Majorianum revocasse jus vetustius: Nam certe ante l. Juliam in severitate prioris seculi licuit marito impune deprehensam occidere sine judicio, ut ex M.Catone refertur apud Gell. Et hoc jure usi sunt posteriores, utimurque hodie. Unde Cassiod. 1. Variarum: *Pro more*, inquit, *pudicitiæ ferrum porrigere maritis, non est calcare legem, sed condere*. Pergamus ad reliqua.

Ad §. penult.

Liberto patroni famam lacessere non facile conceditur, sed si jure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo si atrocem injuriam passus esset. Certe si patronum, qui sit eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere, quod durum nobis esse videtur: nam cujus famæ, multo magis vitæ parcendum est.

Quod sequitur in *§.pen.* est de liberto, an possit patronum jure mariti adulterii accusare. Quid est *jure mariti* accusare? privilegiario jure scilicet, ut præferatur omnibus accusare volentibus in judicio damnationis, ut dicitur, ut præferatur omnibus intra sexaginta dies præscriptos l.Julia, & ut uxorem accuset sine metu calumniæ, etiam ex suspicione sola. Quæritur ergo, *an libertus possit patronum jure mariti accusare?* Dubitatur, quoniam hæc actio irrogat infamiam condemnato. Et ut proponit elegantissime Papinianus, *liberto patroni famam lacessere non temere conceditur*: non potest libertus adversus patronum agere actione famosa, veluti de dolo. Imo nec actione non famosa, si oneret famam aliquantulum, si suggillet aliquantulum, ut si actio ea, quæ non est famosa, habeat mentionem doli vel fraudis, vel vis, non licet ita experiri cum patrono, sed uti oportet aliis verbis: oportet verbis actionem temperare: non denegabitur quidem actio, sed dabitur detracta mentione causæ veluti famosæ. Nullum interdictum est famosum. Et tamen in patronum non datur interdictum unde vi, quia vis mentio fit, sed actio in factum ex eo interdicto, *l.neque, unde vi, de vi & vi ar.* Nulla condictio est famosa, *l.ces.de obl.& act.* & tamen condictio furtiva non datur in patronum, quia fit mentio furti. Nulla exceptio est famosa, & tamen non dabitur in patronum exceptio doli, aut vis, metusve causa, *l.licet, de obseq.pat.præst.* An igitur nunquam licet lacessere famam patroni? non utique facile, non temere. Idemque statui de parente potest. Ceterum ex magna causa etiam famam patroni impetere licet. Actio injuriarum est famosa, & licet tamen liberto agere injuriarum, si atrox fuerit injuria, qua eum excepit patronus, si gravissima pœna servilis, ut si flagris eum vulneraverit, non mediocriter, *l.sed si hac, §.pen.de in jus voc.& l.prat.§. præterea, de inj.* Licet etiam cum patrono experiri de vi arma-

armata, non de quotidiana in *l.1.§.interd.hoc, de vi & vi arm.* Et ſimiliter licet accuſare patronum adulterii, quamvis ſit famoſum, turpiſſimumque judicium, non etiam occidere deprehenſum, licet ſit infamis perſona, quæ potuerit ab alio impune occidi in ipſo actu. Ex hac igitur cauſa parcit quidem vitæ patroni libertus, non etiam famæ. Et recta eſt collectio hæc, qua utitur etiam Pap. cujus famæ parcere debemus, multo magis & vitæ. Argumentum valet ad affirmandum, non valet ad negandum, cujus famæ parcere non debemus, nec vitæ parcere debemus. Collectio eſt vitioſa. Et hæc eſt ſententia *§.pen.*

Ad §. Ultim.

Si quis in honore, miniſteriove publico ſit, reus quidem poſtulatur, ſed differtur ejus accuſatio, & cautione judicio ſiſtendi cauſa promittitur in finem honoris. Et hoc ita Tiberius Cæſar reſcripſit.

QUæritur, an crimine adulterii accuſari poſſit is, qui in honore miniſteriove publico eſt, adulterii ſcilicet commiſſi tempore honoris miniſteriive publici, quibus nominib. ſignificatur magiſtratus, imperium, poteſtas, ut *l.1.ad l.Jul.repet.* ſi ſcilicet miniſterio publico præfectus fuerit, ut apud Vellejum Paterculum, dum ſcribit M. Catonem miſſum fuiſſe in Cyprum pecuniæ regiæ publicandæ, & provinciæ conſtituendæ gratiâ ſub honorificentiſſimo miniſterii titulo. Et miniſterium igitur publicum, honor eſt, ſive magiſtratus, aut pro magiſtratu. Et de hac quæſtione ita definit Pap. ex reſcripto Tiberii Cæſaris, cujus nomine hic locus ſingularis admodum eſt, ut is, qui in magiſtratu vel in poteſtate aliqua eſt publica, poſſit quidem adulterii reus poſtulari, ſed non accuſari, non peragi reus: Nam differenda eſt accuſatio in finem honoris miniſteriive publici, interim interpoſita cautione judicio ſiſtendi cauſa ad annum, vel ad diem; qua finietur honor, promiſſo vadimonio in finem honoris in diem finiti honoris. *Si quis*, inquit, *in honore.* Ergo aliud eſt reum poſtulari, aliud accuſari. Reus poſtulatur inſcriptione libelli. Et ideo in Baſil. loco horum verborum: *reus poſtulatur*, legitur γραφὴν ὑφίσταται. Et ut Aſconius Pedianus ſcribit in ſecunda contra Verrem, reo apud prætorem interrogato reus fit, id eſt, defertur, ſi apud prætorem interrogetur legibus, quod fit lite conteſtata, & accuſatore dicente, *ajo te L. Titium occidiſſe dolo malo*, vel, *ajo te, cum illa ſtupri conſuetudinem habuiſſe*, quo negante, inquit, petebatur dies inquirendi criminis a magiſtratu, & inſtituebatur accuſatio: prius poſtulabatur reus, quam inſtitueretur accuſatio: hic fuit ordo judiciorum publicorum vetus: qui accuſat reum, etiam poſt damnationem poſtulationem habet, ſi & ipſe alio crimine damnatus ſit, reum peragere poteſt, *l.5.de public.jud.l.deferre,§.1.de jure fiſci*: non etiam, qui reum poſtulavit tantum, puta, qui ſubſcripſit tantum in crimen, *l.1. C. qui accuſ. non poſſ.* Item abolitione generali, & indulgentia criminum conceſſa a Principe, non convenitur is, qui reus poſtulatus, nec dum accuſatus eſt. Et qui eum poſtulavit, nec profert accuſationem, incidit in Senatuſconſultum Turpillianum, *l.2.C.de gener.abol.l.Lucius, inf.ad Turpill.* qui autem accuſavit reum, non incidit in Turpillianum, ſi non perſequatur reum, ſive accuſationem, *l.ſi interveniente, eod. tit.* quia generalis abolitio pertinet ad accuſatos, nec poſt abolitionem jus eſt perſequendæ accuſationis, vel inſtituendæ ab alio, in *l.hos accuſare, §.hoc beneficio, de accuſat.* Et ita apparet aliud eſſe reum poſtulare, aliud accuſare: ſicut in cauſis civilibus, aliud eſt interrogationem in jure facere, id eſt, interrogare reum in jure, cum quo acturi ſumus, aliud agere. Et poſtulatio rei, ut diximus, interrogatio rei eſt, quæ fit in jure, id eſt, apud prætorem, qui legibus publicorum judiciorum nititur. Proinde is, qui in magiſtratu vel poteſtate aliqua eſt publica, neque in jus vocare, neque invitus in jus vocari poteſt ante annum, id eſt, antequam magiſtratu abierit: nam plerumque erant annui magiſtratus ſaluberrimo reipub. inſtituto, non poteſt agere vel conveniri civiliter, non accuſare vel accuſari: quod ita conſtitutum eſt, non tantum propter honorem, ſed etiam propter periculum impreſſionis, & potentatus, propter periculum judicii corrumpendi, *l.2. de in jus voc.l.pars, de judic.l.ſed etſi per prætorem, §.hæc clauſula, ex quibus cauſis major.l.ſi reus, jud.ſolv.l. qui accuſare, & l.hos accuſare, de accuſat. l. nec magiſtratibus, de injur.* Jure nec magiſtratui novum opus nuntiari poteſt, *l. 5. §. ſi quis ipſi prætori, de novi oper.nunt.* ut Varro apud Nonium Marcellum eleganter: *Prætor noſter mihi eripuit pecuniam, de ea quæſtum veniam ad annum.* De ea quæſtum veniam, id eſt, ad annum, ad novum magiſtratum, neque enim intra annum licebat cum magiſtratu experiri. Et licet ita jus ſit merito conſtitutum, tamen hoc remedio uti ſolemus, ut publice teſtemur, nos non poſſe cum eo agere, qui magiſtratu fungatur, nos non poſſe ei nuntiare novum opus, ut in *d.§.ſi quis* proponitur remedium hujuſmodi, quæ proteſtatio pro petitione cedit, & perpetuat actionem, perinde ac ſi lis conteſtata eſſet, ut *l.2. de naut. fœn.* vel etiam ex cauſa criminali cum interim reum poſtulamus, tantiſper dilata accuſatione, donec magiſtratu abeat, ut proponitur in hoc *§.ult.* accuſari eum non poſſe adulterii, reum poſtulari tantum poſſe interim. Et e contrario quoque ipſe alium non poteſt accuſare adulterii, ne jure mariti quidem, *l. ſi maritus 2. h. t.* Reum poſtulare poteſt, & queri de violato matrimonio, & litem conteſtari. Denique poteſt procedere tantum uſque ad litis conteſtationem interim, ut *l.hi tamen, de accuſ.l.Senatuſc. de offic.præſ.* Illud hodie ſingulare eſt in crimine repetundarum, eoque adegit imperatores judicum rapacitas & avaritia; turpitudo in crimine repetundarum, puta, ſi dicatur magiſtratus pecuniam accepiſſe ob judicandum, ob condemnandum, vel abſolvendum; ſi dicatur pecunia corruptus dixiſſe ſententiam, ut etiam magiſtratu nondum finito poſſit eo crimine accuſari, *l.4.ad l.Jul. rep. C. & Nov.8.& 86.* Hoc tantum eſt receptum in crimine illo repetundarum, in crimine illo turpitudinis: nam turpitudo proprie ſignificat αἰσχροκερδίαν, ſordes, avaritiam, ut in *l.Caſſius, de Senat.* dum dicitur quidam Senatu motus ob turpitudinem, *pour avoir prins de l' argent.* Tull. 1. ad Attic. *ſi quæris cauſam abſolutionis, egeſtas judicum fuit, & turpitudo.* Quamobrem prudentiſſime Scipio dicebat, non eſſe creandos magiſtratus vel eos; qui nihil haberent, vel eos, quibus nunquam ſatis eſſet quicquam, id eſt, neque egenos, neque illiberales. Odio igitur maximo fuit crimen repetundarum, cum cetera non liceat intendere durante magiſtratu, & hoc liceat. Nec adulterii crimen quidem, quod eſt contra jus gentium, licet intendere durante magiſtratu, inſtituta ſcilicet accuſatione, ſed tantum inſcripto nomine rei, & interrogato, dum abeat honore miniſteriove publico.

Ad L. ult. ad L. Jul. pecul.

Publica judicia peculatus, & de reſiduis, & repetundarum ſimiliter adverſus heredem exercentur, nec immerito, cum in his quæſtio principalis ablatæ pecuniæ moveatur.

COnſtituemus etiam aliam differentiam inter crimen adulterii, & crimen repetundarum. Crimen adulterii ſolvitur morte rei, ſicut omnia crimina, quibus perſequimur noſtrum dolorem tantum & vindictam, ſive publicam, ſive privatam tantum, non pecuniam, non rem familiarem. Hæc crimina non tranſeunt in heredes noſtros, *l. in S.C. §. ſi propter, ad Turpill.l.ult.ad l.Jul.majeſt.* excepto ſemper ſcilicet illo crimine perduellionis, quod impietatis crimen dicitur. Alia igitur eſt conditio eorum criminum, quæ pecuniæ perſecutionem habent; veluti repetundarum, ſi magiſtratus ſordes arguantur, & turpitudo; vel peculatus, ſi dicatur pecuniam publicam cepiſſe, nec retuliſſe in publicum, ſi pecuniam publicam intercepiſſe, avertiſſe, abſtuliſſe; vel crimen reſiduorum, puta ſi quæſtor ex adminiſtratione pecuniæ publicæ dicatur aliquid retinuiſſe, nec parem rationem feciſſe. Publica horum criminum actio durat etiam adverſus heredes mortuo reo, & exercetur ſimiliter adverſus heredes, ut ait Papin. in hac *l.ult.* id eſt, ſimiliter atque in ipſum reum exerceretur, ſi viveret. Quid hoc eſt? Hæc publica judicia repetun-

petundarum, reſiduorum, peculatus, ſimiliter in heredem exerceri, atque in defunctum? nempe etiam pœnæ perſecutionem in heredem competere in *l. ex judic. de ac.* cum principalis quæſtio, ut ait, quod notandum, ſit de ablata pecunia. Principalem quæſtionem ſequitur pœna, alioquin inane eſſet judicium. *Quid enim ſalvis infamia nummis,* inquit Juvenal. nihil eſt reum repetundarum damnari exilio, niſi cogatur etiam pecuniam ablatam reſtituere, ac porro pœnam inferre, id eſt, pati bonorum publicationem in partem ſaltem, *d. l. judic.* Principalis quæſtio tranſit in heredem proculdubio, quod ſit æquum heredem reſtituere pecuniam, quam defunctus eripuit injuria, vel intervertit. Si principalis quæſtio tranſiit in heredem, ergo & pœna: nec liberabitur heres, ſi ſimpliciter inferat ſive reſtituat, ſimplo ſubducto, ſuper exigetur pœna ab herede defuncti. Morte autem adulteri, vel adulteræ exſtinguitur pœna, quia principalis quæſtio exſtinguitur, quæ fuit de injuria lecti. Supereſt tantum quæſtio civilis de dote etiam mortua adultera ante accuſationem, ut in *l. ult. C. ad l. Jul. de adult.* Quæ tamen quæſtio, quod maxime notandum, jam non diſceptabitur apud judicem publicarum quæſtionum, ſed apud eum, qui de pecuniariis cauſis cognoſcit civiliter. Ita accipienda eſt *l. def. de pub. jud.* Nam ob adulterium olim pars dotis cedebat lucro mariti: hodie cedit dos tota ex. *Nov. Leonis* 32. Morte autem rei repetundarum, vel reſiduorum, vel peculatus, pœna non exſtinguitur, ut dixi, quia principalis quæſtio manet, & durat in heredem: ergo & ſequela, quod fuit olim jus vetus, ſed aliquandiu fuit intermiſſum, ut Plin. ſcribit in epiſt. *de crim. rep.* illato poſt mortem rei. Et licet ſumere exemplum ex Val. Max. *lib. 9. c.* 12. de Cajo Licinio reo repetundarum, qui ſudario, quod forte manu tenebat, incluſo ſpiritu, pœnam morte præcurrit, dicens, ſe non damnatum perire, nec bona ſua publicari poſſe, quod ſcilicet tum eſſet intermiſſum jus vetus, ut crimen repetundarum tranſiret in heredem, quia pœna exſtingueretur morte; ſed, ut idem Plinius ait, poſt longam intercapedinem eſt reductum, ut pœna repetundarum ſequatur heredem rei, ut principalis quæſtio.

Ad L. VII. de Vacat. & excuſ. mun.

A muneribus, quæ non patrimoniis inducuntur, veterani poſt optimi noſtri Severi Auguſti litteras, perpetuo excuſantur.

EX reſcripto Severi, quem ſolet optimum Imperatorem appellare, oſtendit, inter cetera privilegia, quæ dantur veteranis, id eſt, dimiſſis militia & ſacramento ſolutis honeſta miſſione, non etiam ignominioſa, propter honorem & merita militiæ, hoc etiam dari, ut veterani excuſentur a muner. perſonalibus patriæ ſuæ, a muner. corporalibus, non etiam a patrimonialibus, id eſt, ab his, quæ patrimoniis & poſſeſſ. indicuntur, *l. veterani, C. quando prov. non eſt nec.* Et hoc ait *d. l. 7.* Ergo Pap. in hoc *lib. 36.* tractavit de pœnis, de cauſis criminalibus. Puto eum incidiſſe in hunc ſermonem, ut exponeret etiam veteranos perpetuo excuſari a muner. perſonalibus, cum oſtenderet etiam in pœnis veteranos ſeparari a plebeiis, id eſt, mitius puniri, quam plebejos, non damnari in opus publicum, vel in metallum, non exuri vivos, non fuſtib. cædi, ſed plerunque relegari in inſulam. Quod & datum eſt filiis veteranorum, *l. 3. de priv. vet.* & in *l. hon. C. de pœn.* Et ſimiliter puto in hoc lib. Pap. tractantem de pœnis, ſcripſiſſe, quod habuimus in *l. 13. de adopt.* ut intelligeremus, filios ſenatorum adoptivos, poſt emancipationem non habere privilegium in pœnis, quod conſtat habere Senatores & Decuriones, & veteranos, & filios eorum. Et eodem reſpicientem, puto etiam hoc lib. Pap. ſcripſiſſe, quod eſt in *l. doli clau. de verbor. obl.* cum ſcil. ſcripſiſſet, ſanctionem legum, quæ ſolet præſcribi in ultima parte legum, id eſt, generalem pœnæ irrogationem, ſi quis præceptis legum non obtemperaverit, non pertinere ad eas ſpecies, quibus in ipſa lege pœna ſpecialiter indicta eſt, ut in *l. ſanctio, de pœn.* quia ſpecies derogat generi. Id ſcilicet Pap. confirmaſſe exemplo clauſulæ doli, quæ in ſtipulationibus etiam ſub-

Tom. IV.

A jicitur noviſſimo loco in *d. l. doli.* Nec pertinet ad ſpeciales cautiones ſtipulatione comprehenſas, quod & hic ſpecies deroget generi. Atque ita explicatus eſt liber 36.

JACOBI CUJACII J.C
COMMENTARIUS
In Lib. XXXVII. Quæſtionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIX. de Dolo.

Si fidejuſſor promiſſum animal ante moram occiderit, B *de dolo actionem reddi adverſus eum oportere Neratius Priſcus, & Julianus reſponderunt, quoniam debitore liberato, per conſequentias ipſe quoque dimittitur.*

EX *lib 17. & ult. quæſt. Pap.* initium dabit quæſtio difficillima, quæ tractabitur conjuncta *l. 19. de dolo*, cum *l. 54. ad leg. Aquil.* Quæſtio pertinet ad hanc ſpeciem. Certus homo, vel certum animal debetur ex ſtipulatu, & occiditur: quæritur, *an promiſſor liberetur, & an promiſſori in occiſorem ſit actio legis Aquiliæ, & an ſtipulatori in occiſorem ſit actio de dolo?* Nec enim ſtipulatori poteſt eſſe ullo caſu actio l. Aquil. cum non ſit dominus hominis occiſi, & actio l. Aquil. competat ſoli domino. Sunt quinque actiones, quæ competunt ſolis dominis, actio l. Aquiliæ, condictio furtiva, arborum C furtim cæſarum, finium regundorum, & actio aquæ pluviæ arcendæ. In his autem quæſtionibus ita diſtinguendum eſt: aut promiſſor hominem promiſſum occidit, aut fidejuſſor ejus, aut extraneus, aut ſtipulator: & vel occidit ante moram promiſſoris, vel poſt moram. Si promiſſor occidit poſt moram, poſtquam moratus eſt in præſtanda ſtipulatione, vel fidejuſſor ejus, vel extraneus, vel ſtipulator, certum eſt hominem periiſſe promiſſori, & eum ſtipulatori teneri ex ſtipulatu, quia homo interiit poſt moram rei: fidejuſſorem autem qui occidit, vel extraneum promiſſori tanquam domino teneri legis Aquil. Tenebitur, inquam, fidejuſſor vel extraneus, qui occidit etiam poſt moram rei, promiſſori actione l. Aquiliæ, de homine occiſo; in quo judicio tanti homo æſtimatur, quanti plurimi fuerit in anno proximo, qui retro compu- D tabitur ex eo die, quo occiſus homo eſt. Annus l. Aquiliæ, ad quem refertur æſtimatio, retrorſum computatur non prorſum: nam ut ait Accurſ. *l. 55. ad l. Aquil. in fin.* in verbo *fuiſſe*, habet lex Aquil. oculos retro: ſic & *inf. de ſervo corr. l. doli*, *§. ult.* Aquilius oculos habuit in occipitio, id eſt, præteritam æſtimationem hominis occiſi ſpectavit, non præſentem. Item ſi promiſſor ipſe hominem promiſſum occiderit ante moram, tenetur ex ſtipulatu, quia per eum factum eſt, quo minus eum dare poſſit. Itaque periculum, quod ſuum non fuit ante moram, ſuum fecit occidendo ipſum, *l. ſi ex legati cauſa*, *l. ſi ſervum, de verbor. obligat.* Aliud in fidejuſſore juris eſt, qui eum hominem occidit, ante moram rei, quia fidejuſſor ſtipulatori tenetur de dolo hac actione, *l. 19. de dolo*. Non ergo tenetur ex ſtipulatu, quia homine oc- E ciſo ante moram rei, ſine facto aut culpa rei, reo liberatio contigit. Ideoque nec in fidejuſſorem ei competit actio l. Aquiliæ, cum eum liberavit, ſicut nec in extraneum, qui occiderit, qui & ipſe tantum tenetur ſtipulatori actione de dolo, *l. prox. ſup. §. ult. h. t.* qui ita eſt conjungendus cum hac *l. 19.* Cum igitur fidejuſſor occidit hominem promiſſum, reo contingit liberatio, ſicut ſi extraneus occidiſſet. Reo autem liberato, per conſequentias, ut ait *l. 19.* per ſequelas neceſſarias, & fidejuſſor ipſe liberatur. *Per conſequentias*, ſolent dicere auctores noſtri, & alii omnes, *l. ſin autem*, *§. ſed & is, de rei vind. l. 7. §. dubitatum*, *de interd. & rel. l. 1. de auct. tut. l. 1. §. idem ait*, *de injur. l. 14. de legib.* Et in hac l. 19. per conſequentias, non *per conſequentiam*. Quam Græci, ut ex

Chrysippo refert Gellius, dixerunt κατὰ παρακολούθησιν. Igitur cum liberato reo (liberatur autem si fidejussor hominem promissum occiderit) etiam fidejussor liberetur, id est, cum sublata principali obligatione, & per consequentias tollatur fidejussoria: Ergo non tenetur fidejussor ex stipulatu, quamvis ipse hominem occiderit, & est quod ait hac l.19. Sed pugnat *l.Stichum*, §.1.*de solut.* quæ ait, in hac specie fidejussorem teneri ex stipulatu, non de dolo. Sane non tenetur directa actione ex stipulatu, cum liberatus sit per consequentias, sed tenetur utili, ut ait *l.mora,in fin.de usur.* Utili, id est, restitutoria, quæ utique restituetur arbitrio judicis in actione de dolo, ut exposui in *d.l.Stichum*, §.1. *lib.*28. *quæst.*& *l.cum quis*, §.*pen.de solut.* Vel etiam sublato illo circuitu, boni prætoris erit, statim restituere actionem ex stipulatu in fidejussorem, *l.pen.de restit.in integr.*

Ad L. LIV. ad L. Aquiliam.

Legis Aquiliæ debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram, promissum animal vulneravit. Idem est, & si occiderit animal. Quod si post moram promissoris, qui stipulatus fuerat, occidit, debitor quidem liberatur. Lege autem Aquilia hoc casu non recte experitur: nam creditor ipse sibi potius, quam alii injuriam fecisse videtur.

NUnc de stipulatore tractemus, qui hominem sibi promissum occidit. Et Papinianus hoc ipso libro in *l.*54.*ad l.Aquil.* ad quam transeamus modo, ita distinguit: aut stipulator eum occidit ante moram, aut post moram promissoris. Si post moram promissoris, promissor quidem liberatur, sed non habet actionem l. Aquil. in stipulatorem, qui servum necavit, quia ut eleganter ait Papin. *stipulator ipse sibi potius, quam promissori injuriam fecisse*, id est, damnum dedisse, *videtur*, quandoquidem periculum, quod erat debitoris post moram, in se transtulit occidendo servum promissum. Et hoc quidem est manifestum, si stipulator eum occiderit post moram rei: impune igitur occiderit, & debitori tantum competit liberatio, non actio leg. Aquiliæ. Quid si ante moram stipulator occiderit? Et ut idem Papin. ostendit in *d.l.*54.*in priori parte*, cujus ratio obscurior est, quamvis homine occiso ante moram ab ipso stipulatore, ab ipso creditore debitor liberatus sit, quod ante moram periculum ejus non fuerit, tamen, quia ei debitori stipulator injuriam fecit potius, quam sibi in hoc casu, ideo tenebitur debitori actione legis Aquiliæ. Et hæc est sententia l. 54. cujus ratio plerisque nulla esse videtur in hac priori parte, in hoc casu, cum occidit stipulator ante moram rei, quia lex Aquilia exigit injuriam cum damno, & damnum cum injuria, non damnum tantum, non injuriam tantum, *l.si quis fumo*, §. 1. *hoc tit.* Nihil autem damni videtur fecisse debitor, cum sit liberatus. In posteriori parte hujus l.puta, cum stipulator servum occidit post moram, liberato debitori non datur actio legis Aquiliæ, non datur etiam liberato stipulatore debitori actio legis Aquiliæ in specie *l.*18.§.*ult.de dolo*.

Cur in priori parte tamen hujus leg. 54. liberato debitori datur actio l. Aquiliæ in stipulatorem, qui hominem promissum necavit? Respondeo, posse debitoris interesse ex causa damni, puta quod careat commodo medii temporis vel acquisitionibus, quas interim fecisset servus: cujus commodi ratio habebitur in actione legis Aquil. ut Græci nominatim notant in hac *l.*54. ἐπὶ προσπορισμοῖς τοῦ μέσου χρόνου. In acquisitione & commodo medii temporis debitori dabitur in stipulatorem actio legis Aquil. Quæ ratio manifestissima est, causave ea damni: sed licet etiam aliam causam damni fingere ex specie *l.seq.*55. quæ efficiat, ut etiam liberato debitori detur actio legis Aquiliæ in stipulatorem. Et licet in specie *l.seq.* ut ait ipsa lex, nihil differat stipulator ab extraneo, tamen in specie hujus legis 54. sane differt stipulator ab extraneo, quod l. sequens demonstrat, dum ait in suo casu nihil differre creditorem ab extraneo, tacite significans in casu, qui præcedit, differre stipulatorem ab extraneo, quod comprobat *d.l.*18. §.*ult.* Et differen-
A tia hæc est, quia si stipulator ante moram hominem promissum occidit, debitori tenetur actione legis Aquiliæ, debitori competit actio legis Aquiliæ, quia solius debitoris interest, vel ratione commodi medii temporis, vel ratione commodi ejus, de quo tractatur in specie *l.seq.* Sed si extraneus ante moram rei hominem promissum occiderit, licet utriusque videatur interesse, debitoris & creditoris, tamen utrique non datur in occisorem extraneum, sed in eum tantum, cujus principaliter interest: & hujus principaliter interest, cujus maxime interest, *l.*3.§.*sed utrum*, *de minor. l.servo legato*, §.*si testator*, *de leg.*1. *l.*19. *C. de liber. caus.* Et stipulatoris magis interest, quam promissoris, cum promissor sit liberatus omnino. Et ideo debitori, cujus principaliter non interest, non occisum fuisse servum, non datur actio legis
B Aquiliæ, quæ daretur, si qua esset danda de occiso servo: sed stipulatori deficiente actione legis Aquiliæ, cum non sit dominus servi occisi, datur in occisorem extraneum actio de dolo, *d.l.*18. §.*ult.* sicut in fidejussorem, si fidejussor occidisset ante moram *d. l.*19. Denique stipulatore occidente solius debitoris interest, extraneo vel fidejussore occidente, stipulatoris potius interest, quam promissoris, quæ consideratio valde notanda est, & jam erit absoluta, si exponatur species *l.seq.* quæ talis est. Quidam promisit disjunctim *Stichum, aut Pamphilum*, Pamphilus est 20. Stichus 10. electio est debitoris, quem velit dare: stipulator ante moram occidit Stichum, tenetur debitori actione *l.Aquil.* in id quod interest, nec aliud est in extraneo, qui occidit Stichum: nam etsi extraneus occiderit, similiter tenetur debitori actione legis Aqui-
C liæ in id quod interest, quia hoc casu debitoris principaliter interest, qui occiso Sticho, necesse habet dare stipulatori eum, qui superest, puta Pamphilum, qui longe pretiosior est. Ergo vel stipulator vel extraneus, si occiderit Stichum, tenetur lege Aquilia debitori in integram æstimationem Pamphili, quem occiso Sticho necesse habet dare debitor, non deducto pretio Stichi. Dices: imo occiso Sticho adhuc est in potestate debitoris offerre pretium occisi & liberari, quia sine culpa ejus interiit, *l.cum res*, §.*sed si Stichus*, *de leg.*1. Dicam hoc fortasse judicem admissurum. Et ita loquitur *d.*§. *sed si Stichus*, vel fortassis, inquit, mortui pretium. Ceterum, dicam Pamphilum solum absolute peti posse, & omnimodo præstari debere, si forte debitor non obtulit pretium occisi, vel judex non audierit offerentem. Quo casu
D tantum videtur debitoris interesse, quanti is est Pamphilus, quem præstare cogitur, & tanti fiet æstimatio & condemnatio, tanti lis æstimabitur, tametsi debitor interim omnino liberetur etiam a præstatione Pamphili, puta Pamphilo postea mortuo suo fato ante moram; quia scilicet verum est in eo anno, qui retro computatur ex lege Aquilia, Stichum tanti fuisse, propterea, quod Sticho dato, debitor servasset sibi Pamphilum, qui longe pretiosior est. Idemque dicendum est, ut similiter docet Paulus in *l.seq.* non tantum, si Stichus occidatur a stipulatore, deinde moriatur Pamphilus sine mora sua morte, sed etiam e contrario, si prior moriatur Pamphilus sine mora intra annum legis Aquiliæ, deinde occidatur Stichus a stipulatore, quia scilicet verum est, eo anno Stichum pluris fuisse, propterea quod datio
E Stichi liberasset a pretiosiore servo, id est, Pamphilo. Et in hoc judicio præterita æstimatio hominis occisi versatur, nec minuitur ex post facto. Et hæc etiam species potuit commodissime poni ex *d. l.*55. ad priorem partem *l.*54. quia post mortem Pamphili suo fato defuncti, Stichus solus, cum occideretur, erat in obligatione. Et licet tunc debitoris nihil interfuerit, quia tamen interfuit retro, intra annum, cum adhuc erat in rebus humanis Pamphilus, hoc satis est, ut ei debitori etiam liberato, qui occidit Stichum, detur actio legis Aquiliæ in stipulatorem, nec abs re hæc lex subjecta est legi 54. Ex qua ita sumes causam damni præteriti retroacto anno, quæ efficiat, ut & liberato debitori competat in stipulatorem l. Aquiliæ actio. Quid autem sit dicendum, si Sti-

chus

chus sit occisus facto promissoris vel extranei, cum erat promissus Stichus aut Pamphilus, id ego tractavi *lib.* 18. *ad l. Stichum*, §.1. *de solut.*

Ad L. XLI. Sol. Matr.

Si pater ignorans filium divertisse, dotem ex causa promissionis numeravit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia petetur.

HUjus l. ratio, aut vis & potestas vera an adhuc sit explicata liquido, dubito. Loquitur primum lex de filiafamilias non de emancipata: nam dicit, patri soluto matrimonio dari actionem de dote, quæ si filia esset mancipata, daretur soli filiæ non patri, *l. si cum dotem*, §. *eo autem tempore*, *h.tit.* Pater igitur pro filia, quam habuit in potestate, dotem genero promisit, eamque numeravit genero: post divortium, cum ignoraret intervenisse divortium inter filiam & generum, Papinianus ait, eum non repetiturum dotem profectitiam condictione indebiti, sed actione de dote. Cur non condictione indebiti? quia scilicet solvit debitam ex stipulatione, cuique inerat tacita conditio nuptiarum, si nuptiæ sequantur, *l.4. §.1. de pact. l. stipulatio*, *de jure dot.* Et semel fuit impleta contractis nuptiis. Et semel exstitisse conditionem satis est, etiamsi non duraverit, veluti, si nuptiæ solutæ sint divortio: videbatur tamen locus esse condictioni indebiti, sed Papinianus non negavit esse condictionem indebiti, quin videretur esse. Cur igitur videbatur esse condictio indebiti? quia finita jam causa promittendæ dotis, id est, solutis nuptiis, pater dotem solvit, & solvit tutus exceptione doli, quæ solet parere condictionem indebiti, *l. qui se debere*, *de cond. causa data*, *l. pen. de cond. ob turp. caus.* quandoquidem, si post divortium ageret gener ex stipulatu, non soluta dote, repelleretur exceptione doli mali, quia in causa res est, ut jam non dos ei dari, sed ab eo restitui debeat, si quam acceperit. Videtur ergo soluta eo tempore, quo indebita erat dos. Cur ergo non repetitur condictione indebiti? Papinianus scribit, patrem habiturum actionem de dote, scilicet solam, patrem repetiturum dotem, quam solvit post divortium, divortii ignarus, actione de dote: rectissime & sapientissime. Alioquin & dote soluta ante divortium, dici posset, iisdem rationibus dotem posse repeti condictione indebiti, quod causa dotis finita sit. Verum sic se res omnis habet. Quod ita solvi, ut nulla obligatione me liberaverim, qui scilicet nec obligatus eram: condictione indebiti repetam, quo soluto me obligatione liberavi, vel mihi prospexi in causam obligationis finita causa obligationis. Id repeto quidem ut indebitum, quod post finitam causam non debeatur, sed id non repeto condictione indebiti, verum id repeto actione ex ipso principali contractu, ut in *l. sed addes*, §. *si quis*, *loc.* Finge: ego domum conduxi in annum, & totius anni pensionem prorogavi, id est, dedi in antecessum, ut loquitur Seneca, *je l'ay avancée*, & *donne devant la main*, post sex menses domus corruit, nec possum frui conducta habitatione, repetam pensionem residuorum sex mensium, quam dederam in antecessum: qua actione? nam repetam sane, an ut indebitum condictione indebiti, quod residui temporis, quo mihi non licet frui ædibus, pensio non debeatur? minime: verum actione ex conducto, ex principali contractu. Et ita etiam de actione ex conducto, non de conductione indebiti, est accipienda *l. si quis domum*, §. *Imperator*, *eod. tit.* Quam Accursius male videtur hoc loco accipere de condictione indebiti, cum ut in specie hujus l. ita & in specie illius, negandum sit, prorogatam mercedem repeti condictione indebiti, sed actione ex conducto. Igitur & in specie hujus legis, ignorantia divortii non parit condictionem indebiti: error prioris causæ negotii constituendæ dotis possit parere condictionem indebiti forte, ut si putavit pater se promisisse, qui non promisit, qui error non fuit in hac specie: Patrem enim promisisse verum erat, sed etsi non promisisset, quod notandum, & falsa opinione ductus, cum putaret se promisisse, dotem solvisset pro filia, quia solvit pietatis gratia, non haberet condictionem indebiti, *l. cum is*, §. *pen. de condic. indeb.* Pietas paterni nominis exigit dotem filiæ constitui. Igitur merito scripsit Papinianus hic patri non esse condictionem indebiti, licet ignarus divortii dotem solvit, sed esse de dote actionem; quia dotem initio filiæ nomine constituit, quam nec constitutam semel ei auferre aut minuere potest, *Novell.* 77. Et dos est, quamvis numerata sit post divortium, quæ fuit promissa ante divortium. Ideoque licet jam non debeatur genero, debetur tamen filiæ, & ut dos petitur adjuncta persona filiæ, non ut indebitum, quæ est mens hujus legis. Recte autem hoc loco Græci ponunt generum auctorem fuisse divortii: nam ignorante patre filiafamil. non potuisset divertere, *Novell.* 22. *de nuptiis*.

Ad L. Si tacitum XIII. ad L. Falcidiam.

Si tacitum fideicommissum servus injungente domino susceperit, habiturum eum legis Falcidiæ beneficium, quia parere domino debuit, constitutum est. Idem placuit in filio, qui fuit in patris potestate.

SUnt quædam personæ incapaces legibus, id est, quibuscum non est testamenti factio, quæ legata aut fideicommissa aut hereditates capere non possunt: his legibus quæ appellantur caducariæ illudunt, & fraudem faciunt sæpe testatores per tacita & secreta fideicommissa, cui fraudi, qui participant heredes, puniuntur iisdem legibus: nam fideicommissa tacita, quæ heredes susceperunt, quibusque se secreto onerant, fisco vindicantur in solidum, ut etiamsi interveniat lex Falcidia, non possit heres ex eis tacitis fideicommissis retinere Falcidiam, quæ est ex Senatusc. Planciano, *l. pen. de jure fis. l. beneficio*, *hoc tit. l.2. C. eod.* Ergo integra fideicommissa tacita fiscus eripit, nec ex eis retinendæ Falcid. jus est, licet as exhaustus sit legatis vel fideicommissis. Verum excusantur heredes quidam, nec amittunt Falcid. tacitorum fideicommissorum: excusantur, puta necessitate potestatis patriæ, vel dominicæ, puta injungente & imperante patre, vel domino, qui heredis scripti tacitum fideicommissum in se receperunt, eique dandi personæ incapaci, domestica cautione se obligarunt: ergo hi necessitatem habuerunt parendi ei, in cujus erant potestate, quæ est sententia hujus *l.13.* & *in l. fraudem* §. *ult. de his, quæ ut ind.* Et congruit hoc regulæ juris: nam delinquit quidem filius aut servus, qui tacitam fidem interponit præstandi fideicommissi personæ incapaci, quia est particeps fraudis, quæ fit legibus, sed delictum non est atrox, non est grave, & ad ea delicta, quæ non sunt atrocia, ignoscitur servo vel filiofam. Hæc est regula juris, si patri vel domino obtemperaverint. Quod obtinet non tantum in hac specie, sed & in aliis plerisque, *l.11. §. si tutor, quod vi aut clam, l. si mulier, §.1. rerum amo. l.1. de his, qui not. infam. l. Divus, & l. filius, in prin. ad l. Corn. de fals. & l.2. §.1. de nox. act. l. liber 2. in princ. ad l. Aquil.* Alia sunt delicta leviora, alia atrociora. In levioribus necessitas imperii & potestatis excusat delinquentem, *l.* 2. §.1. *de nox. act.* ibi, *quasi ignoverit*, quia forte periisset, si non paruisset patri vel domino, qui jus imperandi habet. In atrocioribus delictis, veluti in homicidio, in furto, in proditione patriæ perpeti, mori denique satius fuit, quam hujusmodi imperio obtemperari, quia in atrocioribus delictis habetur quilibet pro libero, nec parere cogitur, si compellatur ad facinus, flagitium, obscœnitatem aliquam, *l. servus non in omnibus*, *de obl. & act.* Et non est igitur legitima illa excusatio apud Corn. Tacit. *l.* 3. *adolescentem*, inquit, *crimine civilis belli purgavit, patris quippe jussa eum non potuisse detrectare.* Hic prætextus, ut dixi nihil valet in crimine civilis belli, quod ex atrocioribus est, in quibus quilibet debet se gerere pro homine sui juris, suæque potestatis. Et hæc pertinebant ad hanc *l.13.* Jam pœnæ terram videmus, ex hoc *lib.37.* & *ult.* restant tantum tres leges, ex quibus est *l.19. de duobus reis*, quam si meministis, *lib.* 27. jam exposuimus ad *l.9. ejusd. t.*

Ad L. CXX. de Verb. oblig.

Si ita ſtipulatus fuero, hanc ſummam centum aureorum dari ſpondes? & ſi maxime ita exaudiatur ille ſermo, ſi modo centum aureorum eſt, non faciet conditionem hæc adjectio, quoniam ſi centum non ſint, ſtipulatio nulla eſt, nec placuit inſtar habere conditionis ſermonem, qui non ad futurum ſed præſens tempus refertur, & ſi contrahentes rei veritatem ignorant.

REſtant igitur ex libris quæſt. Papiniani duæ leges tantum, *l. 120. de verb. oblig. & l. 50. de fidejuſſor.* & ad *l.* 120. notandum eſt, aliud eſſe ſtipulari ſummam centum aureorum, aliud ſtipulari hanc ſummam centum aureorum. Qui ſtipulatur ſummam centum aureorum, genus ſtipulatur, ſeu quantitatem in genere. Qui hanc ſummam centum aureorum, ſpeciem ſtipulatur: His enim verbis demonſtrat certam ſummam, quæ eſt in conſpectu, ut qui in rem agat ex formula, *hanc ego rem meam eſſe ajo*, in rem præſentem agit. Ideoque ſolet de re exhibenda agi priuſquam agatur in rem. Igitur his verbis ſtipulationis, *hanc ſummam centum aureorum*, aut hæc verba ſtipulationis, *hanc ſummam ſi eſt centum aureorum*, ſic accipi poſſunt, hanc ſummam, quæ eſt centum aureorum, vel hanc ſummam, ſi modo eſt centum aureorum. Et licet ſic accipiantur hæc verba, tamen conditionem non faciunt. Nam conditio ſuſpendit obligationem: hic ſermo non ſuſpendit obligationem; ſed vel ſtatim valet ſtipulatio, ſi tacita ſit ſumma in conſpectu, vel non valet, ſi tacita non ſit. Conditio confertur in futurum tempus: hic ſermo confertur in præſens tempus, conditio non confertur in præſens aut in præteritum tempus, quod non ineleganter Marcianus Capella vocat *extans & raptum*: præſens ſcilic. *extans*: præteritum, *raptum*: futurum autem vocat *inſtans*, cum tamen alii præſens vocent *inſtans*, ſi præſens, quod immineat præterito, ille futurum, quod immineat præſenti. Conditio igitur, ut dixi, non confertur in præſens, vel in præteritum, ſed in futurum, & hic ſermo, hanc ſummam centum, confertur in præſens tempus: igitur non facit conditionem, vel ut Pap. ait, non habet inſtar conditionis, id eſt, poteſtatem: *inſtar* non ſignificat figuram, ſed vim & poteſtatem, τὴν δύναμιν. Et ita etiam idem loquitur *l. ſufficit, de cond. indeb.* Hic igitur ſermo, *hanc ſummam, ſi eſt centum*, vel ille, *hanc ſummam centum* ita acceptus, figuram quidem habet conditionis, ſed non inſtar, id eſt, poteſtatem, quia non differt obligationem. Conditio eſt dies incertus, qui poteſt exiſtere, vel non: hujus ſtipulationis dies eſt præſens, licet contrahentes veritatem rei ignorent, id eſt, neſciant quanta ſit ſumma. Nam licet hoc ignorent, tamen ſtatim ex ea ſtipulatione, vel naſcitur obligatio, & actio, vel non naſcitur: Nam quid ſit in re ſpectatur potius, quam quid ſit in animo contrahentium. Igitur ſi ea ſumma eſt centum, licet hoc neſciant contrahentes, ſtatim naſcitur obligatio, vel ſi non ſit centum, nulla eſt obligatio, etiamſi contrahentes eam voluerint poſtea eſſe centum, & ſatis eſt potuiſſe ſcire, licet neſcierint, aut ſciſſe alios, licet ipſi neſcierint: id eſt, ſatis eſt cognitionem hujus rei non ſuperare captum hominum. Conditio ſane differt obligationem atque ſuſpendit, & conditio eſt, cujus eventus ſuperat captum hominum, & ex hac differentia, ut Græci loquuntur αἱρετικῶν καὶ αἱρετικοφανῶν, id eſt, conditionalium ſtipulationum, aut quæ figuram habent conditionalium, ex hac, inquam, differentia, in jure noſtro ſequuntur innumera, ut patet ex *l. cond. h. t. §. condit. Inſt. eod tit. l. inſt. §. ult. de condit. inſt. l. cum in præſens, & ſeq. duab. de reb. cred. l. 3. §. ſi patronus, de bon. lib. l. cum in ſecundo, de inj. rup.* ubi memini, me id etiam ex philoſophis confirmare. Porro quod diximus ex hac l. nullam eſſe hanc ſtipulationem, hanc ſummam centum, ſi tanta non ſit ſumma ea, quæ præſens eſt, quæque demonſtretur veluti digito, illis verbis, *hanc ſummam*, ei obſtat *l. ſi ſervus legatus, §. qui quinque, de leg. 1.* in quo ait, valere ſtipulationem, ſi quis ſtipulatus ſit *centum, quæ ſunt in arca*, licet non ſint centum, ſed quinquaginta tantum, & 50. quæ ſunt in arca dumtaxat deberi. Et in hac lege tamen dicitur, nullam eſſe ſtipulationem ſi centum non ſint præſentia, cum ſtipulatio hoc modo concepta eſt hanc ſummam centum aureorum, vel hanc ultimam, quæ eſt centum aureorum, nihil refert, ut Accurſ. notat recte: nam eſt vox, quæ exprimit ſimilem conditionem. Reſpondeo, hoc modo ex formula ſtipulationis ſatis declarari differentiam, quæ eſt inter hanc & illam legem: cum dico, hanc ſummam centum aureorum, vel quæ eſt centum, numerum demonſtro, qui ſi non ſit, nihil ago, ut eſt in hac lege: cum autem dico, *centum quæ ſunt in arca*, locum demonſtro, quem ſatis eſt eſſe & non eſſe inanem, ut valeat ſtipulatio, nec etiam exigitur, ut congruat numerus. Et ita eſt reſpondendum.

Ad L. L. de Fidejuſſ.

Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fidejuſſore: quod ad ipſius quidem portionem attinet, obligatio ratione confuſionis intercidit, aut (quod eſt verius) ſolutionis poteſtate, ſed pro parte coheredis obligatio ſalva eſt, non fidejuſſ. ſed hereditaria, quoniam major tollit minorem.

CErtum eſt, quod ſi creditor debitori heres extiterit, confunditur obligatio aditione hereditatis, quia in eandem perſonam concurrit jus crediti & debiti. Quid eſt confuſio? crediti & debiti in eandem perſonam concurſus: ex quo concurſu ſequitur interitus utriuſque: quia idem homo non poteſt eſſe creditor & debitor, actor & reus. Confunditur igitur obligatio, ſi creditor adeat hereditatem debitoris, vel quod Papinian. hoc loco ait eſſe verius, obligatio tollitur ſolutionis poteſtate, quia ipſe ſibi creditor adeundo hereditatem debitoris pecuniam ſolvere creditur, *l. Granius, h. t. l. ſi id quod, de lib. leg. l. ſi ei, §. ult. de evict.* Aut ſane videtur ſecum penſaſſe creditor, *l. quæ dotis, ſol. matr.* id eſt, creditum penſaſſe cum hereditate, & bonis debitoris, & penſatio cedit loco ſolutionis, *l. 4. qui pot. in pign. l. 15. rem ratam hab.* His cognitis, finge, quæ eſt ſpecies hujus legis, debitor creditorem heredem inſtituit & fidejuſſorem, quem dederat creditori, ex æquis partibus: uterque adivit: an in totum ſublata eſt obligatio? minime: pro parte creditoris ſublata eſt obligatio confuſione, id eſt, concurſu debiti & crediti, vel potius ſolutione, ut dixi, pro parte fidejuſſoris non eſt ſublata obligatio principalis, quæ nunc eſt hereditaria: fidejuſſoria ſublata eſt, quia major obligatio tollit minorem, & major utique eſt principalis & plenior, *l. ſi duo, de ſolut. l. debitor, de ſeparat. l. cum reus, h. t. l. fidejuſſoris, C. eod. t.* Ubi igitur in eandem perſonam concurrit principalis & fidejuſſoria obligatio, principalis extinguit fidejuſſoriam, major minorem, quia non poteſt idem homo eſſe & debitor principalis & fidejuſſor, quod tamen hodie jure extraordinario non procedit, ut oſtendi in *l. Stichum, §. aditio, de ſol.* Namque hodie, quia agitur extra ordinem, ſi fidejuſſor debitori heres extiterit, nihil refert qua actione conveniatur, ut principalis, an ut fidejuſſor. Nam in judiciis extraordinariis hæ ſubtilitates negliguntur. Quod autem diximus, confuſionem pro ſolutione eſſe, recte notat Accurſius, non eſſe perpetuum, & ego oſtendi latius in *d. l. quæ dotis.* Confuſio non tollit obligationem pignoris, ſolutio tollit: confuſione non liberatur correus, ſi duo ſint rei debendi, & creditor uni heres extiterit: ſolutione naturali uterque liberatur, confuſione non liberatur reus principalis, ſi creditor fidejuſſori heres extiterit, vel contra: ſolutione, id eſt, ſi fidejuſſor ſolverit, & debitor principalis liberatur. Igitur non per omnia confuſio pro ſolutione eſt. Laus Deo, qui nos ad finem perduxit hujus laboris.

Finis Quæſtionum Papiniani.



JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIA
IN LIBRUM PRIMUM
RESPONSORUM
ÆMILII PAPINIANI.



NON erit alienum proponere A differentiam inter Quæstiones, & Responsa Papiniani, ut in utrisque quam rationem observaverit facilius intelligatur. Ac primum quidem facienda contentio Quæstionum, & Responsorum. Papinianus in quæstionibus tractat, ut ait *l. 6. §. si ædes, ff. si servit. vind. Tractat* hoc est, *disputat*: ut & in *l. 3. C. de summa Trinit. Ne quis audeat de fide tractare*: hoc est, *disputare*; unde tractatores posterior ætas dixit, auctore Vincentio Lyrinensi 1. Commonitorio adversus hæreses, Doctores, qui disputationes instituunt agitantque publice. In Responsis autem Papinianus non disputat, sed præcidit de jure quid sentiat, B hoc est, respondet vel rescribit abscisse, & respondet quidem. Respondet præsenti, rescribit absenti, ut in *l. ex contractu, inf. de re judic.* Scævola *lib. 5. responsorum*, rescripsisse dicitur. Et hanc quoque verborum differentiam servat Seneca 9. epist. dum ait: *Si quando interveniunt epistolæ tuæ, tecum mihi esse videor, & sic afficior animo, non tanquam rescribas, sed respondeas.* Qua distinctione servata etiam dixeris recte, ex responso promissorem obligari stipulatori, non ex rescripto, quia stipulatio contrahitur verbis, non literis, & inter præsentes, non inter absentes, *l. 1. de verb. oblig.* Verum ad rem. Quæstiones, ut aliter rem explicem, sunt uberes quidam diffusique tractatus juris; Responsa sunt tanquam oracula admodum brevia. In quæstionibus Papinianus doctoris; in Responsis Juris- C consulti munere fungitur. Responsa redduntur consultoribus. Quæstiones petentibus non redduntur, sed proponuntur auctoris arbitratu. Denique in Quæstionibus electio est juris auctoris: in Responsis, aut responsorum causis electio est ejus, qui rogat & consulit juris auctores. Quo fit ut in libris quæstionum Papinianus nonnisi difficiles & arduas quæstiones tractet, quia ei pudori fuisset eligere faciles & leves. Ceterum Responsa sunt pleraque facillima, prout res fert & causa, & factum, quod in consultationem deducitur. Nobis autem a facillimis erit ducendum principium, & a *l. 20. de offic. præs.* quæ se prima offert ex libro Resp. 1.

Ad L. Legatus XX. de Offic. Præsid.

Legatus Cæsaris, id est, præses, vel corrector provinciæ, abdicando se non amittit imperium.

HOc loco *abdicare se*, est dicere, nolle se amplius magistratum esse: sicut abdicare se tutela libro regularum Ulp. est dicere, nolle se amplius tutorem esse, quæ abdicatio tutelæ, ut ipso jure nulla est, si tutela fuerit legitima, eodem Ulpiano auctore, ita abdicatio legitimi magistratus sane non valet: ac proinde si præses provinciæ, cui Princeps provinciam decrevit, abdicaverit se, non desinet esse præses, *non amittet imperium*, inquit Papinianus, hoc est, abdicando se nihil agit, videlicet si hoc faciat sine nutu Principis, qui provinciam decrevit: jussu aut consensu populi vel Principis recte se abdicat, *l. 2. §. cum placuisset, de orig. jur.* & ita in auctoribus sæpe legimus, multos se abdicasse magistratu. Contra prohibente vel nolente principe, vel populo, is qui se magistratu abdicat, id est, qui ejerat magistratum, nihil agit, quia publicum munus est, quod ut inviti suscipimus, ita & eo perfungimur. Et sic apud Livium *lib. 6. & 37.* conantem se abdicare magistratu prohibet senatus & populus. Ait autem lex, *Legatus Cæsaris, &c.* Idem tamen est in Proconsule, & quolibet rectore provinciæ, & in magistratu urbano & municipali, sed non quod voluit Bart. etiam idem est in Imperatore. Exemplo sunt Diocletianus & Maximianus, qui se abdicarunt imperio, & in privatam vitam concessere: quod & in summo Pontifice admittit Cœlestini constitutio quædam. Et nihil obstat hoc responsum Papinia-

piniani, quia de magiſtratu eſt, non de Principe; qui ut Princeps non eſt magiſtratus, quia nec juriſdictionem habet, ſed cognitionem extraordinariam: unde res cognitionis, quæ ſcilicet pertinent ad cognitionem Principis ſeparantur ab iis, quæ ſunt juriſdictionis & juris ordinarii, quæ ſunt magiſtratus. Plin. in epiſt. & Sueton. in Claud. *Princeps eſt major & celſior magiſtratus*, quod etiam de Senatore dixit Tacitus lib. 3. annal. Et male igitur idem interpres ex hoc reſponſo colligit, Conſtantinum Imperatorem non potuiſſe Sylveſtro Pontifici cedere imperio Occidentali, quod eſt donare, & transferre imperium ad curam Pontificis, quia reſponſum eſt de magiſtratu, non de Principe, non de Imperatore. Deinde, quia de abdicatione eſt, non de ceſſione: & longe aliud eſt abdicare ſe, longe aliud cedere, ut Ulp. lib. regul. oſtendit, ubi proditum eſt: *Legitimum tutorem legitima tutela cedere poſſe in jure, abdicare ſe non poſſe*. Contra, *teſtamentarium tutorem tutela ſe abdicare poſſe, cedere in jure non poſſe*. Ceſſionem autem illam Conſtantini Bart. ponit pro certa, quam tamen Nicol. de Cuſa Cardinalis pro nulla habet lib. de concordia Cathol. Et etiamſi noſtro tempore vir doctiſſimus (quem honoris cauſa nomino) Auguſtinus Steuchus ex profeſſo librum ediderit, quo conatur probare & adſerere, illam donationem eſſe veram, tamen quod deficiatur idoneis legitimiſque teſtibus, id nunquam omnibus probabit. Sed pergamus: quod lex ait, *Legatus Cæſaris*, id omnino exigit, ut exponamus, quis ſit hic legatus Cæſaris, quove jure utatur, & quia interpretatur eadem lex, eum eſſe *correctorem & præſidem provinciæ*, videamus quid diſtet Proconſul a Præſide: non poteſt enim fieri, ut jure non diſtet, qui titulo diſtat: diverſi tituli præbent ſignificantiam diverſi juris. Alius eſt titulus, *de officio Proconſulis*, alius *de officio Præſidis*. Ac primum quidem ſciendum eſt, præſidis nomen modo generaliter accipi, modo ſpecialiter: generaliter pro quolibet rectore cujuſvis provinciæ, ſive ſit Proconſul, ſive legatus Cæſaris, ſive procurator Cæſaris, qui vicem legati præſtet & tueatur, ſive Corrector, ut Corrector Lucaniæ, Bruttiorum, ſive Conſularis, ut conſularis Paleſtinæ & Campaniæ, ſive Præfectus Auguſtalis, qui regebat Ægypti provinciam: denique omnes rectores provinciarum præſidis appellationem ſortiuntur, licet Senatores ſint, inquit, *l. 1. hoc tit.* quod eſt, *præſidis nomen non eſſe indignum Senatore*, ſicut Dio *lib.* 53. ſcribit: *Proprætoris nomen non eſſe indignum conſulari viro: quamquam nomen ipſum Præſidis, ſit infimi hominis gradus*. Qua de cauſa & Præſides dicuntur judices ordinarii, milites gregarii & manipulares. Speciali autem nomine in hoc tit. Præſides vocantur legati Cæſaris, legati Imperatoris, legati Auguſti, ut hoc loco, & *l. hos accuſare, de accuſat. l.4. inf. de off. adſeſſ. l. non eſt, de manum. vindic.* Hi ſunt, quos Princeps mittit in provincias ſuas: aliæ enim ſunt provinciæ Cæſaris, aliæ ſenatus, ut non tantum Strabo docuit lib. 3. & 17. ſed etiam Theoph. noſter in §. *per traditionem, de rer. diviſ.* In ſuas Senatus mittit Proconſules; & Proconſules vocantur, etiamſi ſint ex prætoriis, non ex Conſularibus, vel ex iis, qui Præturam, non Conſulatum geſſerunt. In ſuas autem Cæſar mittit Legatos: & ita Legatum Ciliciæ accipere oportet in *l.3. §.1. de teſt. l.2. de jure immun.* Legatum Aquitaniæ, *l. milite, ff. de cuſt. reor.* Legatum Lugdunenſis provinciæ, *l.15. §. ult. de exc. tut.* ut & Græca etiam antiqua numiſmata vocant Legatos Proprætores: ſic enim eſſe accipiendum Dio ſuprad. lib. oſtendit, qui eos vocat πρεσβευτὰς ἀντιστρατήγους, Legatos proprætores, qui & ſimpliciter proprætores dicuntur, etiamſi ex conſularibus eſſent, nempe quia validiores, & ferociores provincias vel agreſtiores, quas annuis magiſtratuum imperiis ſine manu militari regi, nec facile, nec tutum erat, Cæſar in ſua poteſtate retinuit: Pacatiores autem provincias, quæ regi poterant ſine armis, & legibus ſolis, reliquit Senatui populoque Romano, hac quidem ſpecie, ut levia imperii onera Senatus ſubiret, ipſe ſolus diſcrimina bellorum

A adiret, ſed revera, ut arma ſolus haberet in ſua poteſtate. Qua de cauſa adminiſtratores, ſive rectores miſſos in ſuas provincias vocavit Proprætores priſco more, quia Proprætores olim bella adminiſtrabant, quorum tabernaculum quoque Prætorium appellabatur, ut non tantum Dio eod. loco, & alii plerique ſcribunt, ſed & Juſtinianus noſter *Nov. 24. & l.2. §. capta, de orig. jur.* Sardinia capta, & redacta in provinciæ formam, item Sicilia, & Hiſpania; & Narbonenſi Gallia tot fuiſſe creatos Proprætores, quot provinciæ venerant in ditionem populi Romani, ut iis præeſſent cum armis, tum legibus. Et de Sardinia obiter non erit ingratum forte, ſi admonuero in *l.2. C. de offic. præfect. prætor. Afric.* quo loco ita ſcriptum eſt. *In Sardinia ducem jubemus ordinari, & eum juxta montes, ubi barbaricæ gentes videntur ſedere*; quod ante hunc diem nunquam mihi obtigerat animadvertere, omnes libros manu exaratos habere non *barbaricæ gentes*, ſed *barbaricinæ* ſimpliciter, quod eſſe rectiſſimum Procopius oſtendit, *lib.2. de bello Vandalico*, dum ait; *Ex Mauritania barbaros quoſdam montes obſediſſe in Sardinia, & multa in ea paſſim inſula exercuiſſe latrocinia, quos Vandali debellarunt, expugnarunt, qui*, inquit, *Barbaricinæ dicebantur*. Verum ad rem. Certum eſt ex Dione, Præſides, id eſt, legatos Cæſaris, non amplius, quam ſex lictoribus & faſcibus uti, ſed dubitatur de proconſulibus, an plures haberent, an pluribus uterentur, quia pro Conſulibus ſunt, & conſules in urbe utebantur XII. faſcibus, & fortaſſe etiam primum habuerunt faſces XII. ii, qui poſt conſulatum provinciam obtinebant proconſularem, ut Dio ſignifi-

C cat eodem loco, & M. Tullius de proconſule Macedoniæ, dum ſcribit in hunc modum: *Ipſe cum duodecim hominibus*, inquit, *male veſtitis ad portam Capenam pervenit.* At generaliter proditum eſt in *l.14. ſup. de off. proconſ.* hodie proconſules non amplius, quam ſex faſcibus, ſex lictoribus uti: Unde vere dices & ſtatues, nullas eſſe provincias hodie, quæ plures quam ſex faſces habeant, ſecundum jus novum; quo ſub Imperatoribus populus Romanus utebatur, Egeſip. cap. 9. *Plurimi populi*, inquit, *ſex faſcium virgulis metu coercentur*: quod ita Joſephus ἓξ Ῥωμαίων ὑπείκουσι ῥάβδοις, qua de cauſa eos etiam vocabant ἑξαπελέκεις, ut docet Appianus in Syriaco bello. Commune autem hoc eſt & conſulum & proconſulum, ut adjungantur eis legati, quibus mandent juriſdictionem ſuam: unus, aut plures; prætorio

D viro unus, conſulari tres, & plures adjungi oſtendit *l.4. inf. de offic. adſeſſor. l.2. inf. quis & a quo appell. & l. pen. inf. de off. ejus cui mand. eſt juriſ.* Non tantum Præſidibus, hoc eſt, legatis Cæſaris, ſed & Proconſulibus, ut idem Dio aperte definit. Itaque licet in titulo *de officio Proconſulis*, addatur, *& legati* (quod accipiendum eſt, non de legato Cæſaris, ſed de legato Proconſulis) & licet non addatur in hoc titulo: *De officio præſidis & legati*: tamen (quo in errore eſt Alciatus) non ideo exiſtimandum eſt præſidibus datos non fuiſſe legatos: ſed omiſſa eſt mentio legati in hoc titulo, quia de eo nulla ſub hoc titulo lex extat, cum de legato proconſulis exiſtant pleræque in tit. *de offic. proconſ.* Et hos vero legatos, ne cum Dione confundamus cum adſeſſoribus ſive conſiliariis præſidum; nam adſeſſores Præſes ipſe ſibi optat, *l.10. §.* ὁμοίως,

E *inf. de excuſ. tut.* legati autem ei dantur a Senatu, ut apud Vopiſcum in Probo, & Capitolinum in Gordiano, vel a Principe, ut apud Dion. eod. loco. Sed ut finem faciamus, poſtremo hoc tantum nobis notandum eſt, in aliis pleriſque multum diſtare Proconſules a Præſidibus, hoc eſt legatis Cæſaris, quod perſtringam breviter. Proconſules erant annui magiſtratus; Præſides, perpetui, quoad Princeps ſucceſſorem miſiſſet. Proconſules erant κληρωτοί, ut Dio ait, quia, ſortito creabantur, niſi cum cœlebs vel orbus in decernenda, vel petenda provincia objiciebatur patri vel marito; nam pater vel maritus præferebatur cœlibi vel orbo, etiam non ducta ſorte: Præſides autem erant αἱρετοί, electi, quia creatio eorum erat in arbitrio Principis. Item Proconſules, non habebant jus gladii, vel chla-

midis,

midis, id eſt, ſtolæ militaris. Præſides habebant jus ſtolæ militaris atque jus gladii, *l.6. §.qui univerſas, h.tit.* Quod eſt non tantum jus animadvertendi in facinoroſos homines, ſed etiam accingendi ſe gladio, quod non habebant proconſules, & conſequenter præſidibus erat jus animadvertendi in milites, *l.21.C.de exhib.reis, l.1.C.ad l.Corn. de ſicar.l.3.inf.de re militar.* nam cui jus eſt gladii, ei eſt animadverſio in milites, ſive ſit ex Senatorio ordine, ſive ex equeſtri, ut generaliter definit Dio: quæ definitio ſummè notanda eſt. Ac præterea proconſules ſumebantur ex Senatoribus, Præſides ex Equitibus Romanis, ut Præfectum Auguſtalem Cæſar mittebat in Ægyptum, non ex Senatoribus, metu, ne res novas moliretur cum populo levi ac ſeditioſo Senator, qui valeret potentia, auctoritate, gratia ac opibus. Qua de cauſa in notitia etiam imperii Romani legibus, Ægyptum conſularem non habere: & in alias quoque provincias ſæpe Princeps mittebat Equites Romanos præteritis Senatoribus, ut idem Dio ſcribit, & de Ægypto Arrianus, & Corn. Tacit. 12. *Annal.* Sequitur ultima differentia: Proconſules ſtatim atque egreſſi ſunt pomerium urbis (pomerium urbis locus eſt poſt mœnia, *l.5.de ſerv.expor.*) faſcibus & inſignibus Imperii Romani utuntur, & juriſdictione voluntaria, id eſt, quæ inter volentes exercetur, puta, apud eos emancipationes & manumiſſiones fieri poſſunt: itemque ſtatim imperium habent atque egreſſi ſunt portam urbis, & juriſdictionem contentioſam, id eſt, quæ inter invitos exercetur, ſed ea juriſdictione non utuntur, niſi in Provincia ſibi decreta. Ea tantum juriſdictione utuntur, poſtquam in provinciam ſibi decretam pervenerunt. Interim otioſam juriſdictionem contentioſam habent, otioſum imperium. Et ita explicanda eſt *l.1. & 2.ſup.de off.proconſ.* Et ſimiliter Proconſules redeuntes e provincia, quoad pomerium urbis ingreſſi ſint, faſcibus utuntur, ac ceteris inſignibus & ornamentis, & juriſdictionem voluntariam & imperium habent, licet eo non utantur in itinere, uſque ad portam urbis, & juriſdictionem contentioſam, & hoc eſt quod ait *l.ult.de offic. Proc. Proconſul,* inquit, *portam Romæ ingreſſus deponit Imperium.* M. Tullius 7.*ad Attic.* epiſt. 7. ſcribens de Imperio Ciliciæ, quod habuit etiam poſt reditum, antequam ingreſſus eſſet urbem: *Si imperium,* inquit, *mihi moleſtum erit, utar ea porta, quam primum videro.* Et inde in auctoribus Prætor vel Conſul ad portam, id eſt, qua Proconſul it in provinciam, vel redit e provincia, a porta, hoc eſt, ex qua Conſul exit, qua vel per quam exit e provincia, aut redit e provincia. Præſides autem ſtatim atq; cognoverunt veniſſe ſucceſſores vel exceſſerunt provincia, privati fiunt ac deponunt imperium, *l.3.h.t.* ac ne juriſdictionem quidem voluntariam habent, imo nec ea, quæ neque imperii ſunt, neq; juriſdictionis, ſi ad officium jus dicentis pertineant, *l.ſi forte, h.t.Si præſes provinciæ antequam cognoverit,* inquit, *adveniſſe ſucceſſorem, manumiſerit, vel tutorem dederit, rata hæc eſſe:* retro igitur rata hæc non eſſe, ſi poſtquam cognoverit adventum ſucceſſoris, manumiſerit, quod eſt juriſdictionis voluntariæ, vel ſi tutorem dederit, quod neque eſt imperii, neque juriſdictionis, *l.muto, §.tutoris, de tutelis,* quia ad officium jus dicentis pertinet, ut ait *l.1.de juriſdict. omn.jud.* Et ita omnino Dio ſupradicto loco, Præſides non ante ſumere inſignia, quam venerint in provinciam, & mox deponere atque exceſſerunt provincia: non ſunt ſeparanda inſignia ab imperio: alioquin falſa eſſent inſignia. Qui negat inſignia ante adventum, & imperium negat. Contra, qui jubet ab exceſſu deponere inſignia, certe jubet abire imperio: nec uſquam reperio alterum ab altero disjungi & diſtingui. Et vulgo male idem ſtatuitur eſſe in Proconſule ex *l.meminiſſe, de offic.proconſ.* ut ſcilicet officium Proconſulis duret uſque in adventum ſucceſſoris tantum. Quod dixi durare uſque ad pomerium urbis, quia illa *l.meminiſſe,* hoc nullo modo dicit, ſed Proconſulem circumacto anno ſuo jus dicere poſſe, quoad ſucceſſor venerit, quia licet ipſo jure deſierit eſſe Proconſul (quia annuus eſt magiſtratus) tamen utilitas provinciæ exigit, aliquem eſſe, per quem provinciales ſua negotia expedire poſſint. Et hic eſt finis, ſi tamen dixero, ex hac diſtinctione ſumme notanda, vos poſſe intelligere, quid ſit quod eſt in *l.123.de reg. jur. temporariam permutationem non innovare jus provinciæ.* Nam ut de Auguſto ſcribit Sueton. c.47. (quod neſcio an unquam ante hac bene explicatum fuit) facta ſub illo diviſione provinciarum, poſtea, inquit, nonnullas Auguſtus commutavit, ut Achajam ac Macedoniam, quam ſibi retinuerat, Senatui reddidit, Cretam, quam Senatui dederat, ſibi recepit. Quod & de Tiberio traditur in Claudio, *c.21.* & de Marco tradit Capitolin. eum Proconſulares provincias feciſſe pleraſque Præſidiales, pro belli neceſſitate prove tempore præſenti. Cum in provinciam, inquam, mittendus eſt Proconſul, etſi mittatur legatus Cæſaris mutatione pro belli neceſſitate facta, non ideo provincia illa deſinit eſſe proconſularis, non innovatur jus provinciæ, ea temporaria permutatio non innovat jus provinciæ, id eſt, non ideo hæc provincia deſinit eſſe proconſularis.

Ad L. Ult. de Offic. Adſeſſor.

In conſilium curatoris reipublicæ vir ejuſdem civitatis adſidere non prohibetur: quia publico ſalario non fruitur.

Curator Reipublicæ non eſt, ut Accurſ. dixit, procurator fiſci vel Cæſaris. Aliud enim eſt Reſpublica, longe aliud fiſcus vel Cæſar. Reſpublica hoc loco accipitur pro qualibet civitate fundata legibus. Curator ergo Reipublicæ eſt Curator civitatis cujuſcunque, qui & pater civitatis dicitur innumeris locis juris noſtri, & Græco nomine λογιστής, ut nominatim ait *l.3.C.de mod. mult.* quod maxime ponatur ſupra rationes operum publicorum, *l.1.C.de ratiocin.oper.pub.& de patr.civitat.* hoc eſt, *de curatoribus rerum publicarum.* Alius eſt igitur Curator ſive procurator fiſci vel Cæſaris, alius Curator Reipublicæ. Uterque tamen juriſdictionem habet, Curator fiſci jus dicit inter fiſcum & privatum: Curator Reipublicæ inter civitatem & privatum. Procurator fiſci, qui & rationalis dicitur (ſicut ille λογιστής) decidit cauſas ad fiſcum pertinentes; Procurator reipublicæ decidit cauſas pertinentes ad rempublicam. Denique uterque habet juriſdictionem; ergo uterque magiſtratus eſt. Quis eſt magiſtratus? Is eſt magiſtratus quicunque juriſdictioni præeſt, qui juriſdictionem habet, quam exerceat publice. Ac proinde curator reipublicæ, ſive procurator, cum juriſdictionem habeat, adſeſſores habet, & conſiliarios, quorum conſilio utatur in cauſis dirimendis. Omnes magiſtratus adſeſſorum ſolatia requirunt. At dubitatur, an Curatori Reipublicæ, ſive civitatis, adſidere poſſit in conſilium vir ejuſdem civitatis? Videbatur non poſſe, quia nec præſidi provinciæ in conſilium adſidere poteſt vir ejuſdem provinciæ citra ſpeciale beneficium Principis, *l.3.h.t.l.ſi cui 38. inf. ex quib.cauſ.major.* videlicet ultra tempus conſtitutionibus conceſſum. Præſidi, inquam, vir ejuſdem provinciæ adſidere non poteſt ſine ſpeciali Principis beneficio ultra tempus conſtitutionibus conceſſum, quod eſt breve tempus, *d.l.ſi cui,* hoc eſt menſes quatuor, *l.10.C.de adſeſſorib.l.1.C.Theod. eod.tit.* Et in eum, qui adſederit præſidi in patria ſua ultra conſtitutum tempus ſine permiſſu Principis, eſt publicum crimen, & pœna, proſcriptio & publicatio omnium bonorum, *d.l.10.* Cur autem nemo poſſit in patria ſua Præſidi adſidere ratio hæc eſt: ne apud ſuos ſit gratioſus, ambitioſus, vel calumnioſus nimis. Quæ ratio etiam efficit, ut nemo in patria ſua præſes eſſe poſſit ſine ſpeciali beneficio Principis. Nec, quod legitur apud Caſſiodorum 1. *Variar.* eum patriæ ſuæ Lucaniæ Correctorem fuiſſe, id ille obtinuit ſine ſpeciali privilegio Principis, quo nominatim derogaretur juri communi, ut oſtendit *l.ult.C.de crim.ſacrileg.& tit.C.ut nulli patr. ſuæ admini. ſine ſpec. privil.* Quam conſtitutionem Dio vel Xiphilinus, qui Dionem in compendium redegit, tribuit Antonino Philoſopho Imperatori, quod Caſſius adverſus

ſus eum rebellaſſet, cum eſſet Præſes in patria ſua: ideirco, eum lege caviſſe ne quis in patria ſua imperium obtineret: *ἐνομοθέτησε δὲ τόδε*, inquit, *μηδένα ἐν τῷ ἔθνει ὅθεν τὸ ἀρχαῖον ἐςὶν ἄρχειν, ὅτι ὁ Κάσσιος ἐν τῇ Συρίᾳ τὴν πατρίδα αὐτοῦ ἐχούσῃ ἡγεμονεύων ἐνεόχμωσε*. Id eſt, *conſtituit autem, ut nemo cum imperio eſſet apud eam gentem, ex qua ortus eſſet, propterea quod Caſſius, quum in Syria patriæ ſua imperium haberet, res novas molitus fuerat.* Eademque ratio facit, ut nemo poſſit in patria ſua officium fiſcale adminiſtrare, puta, ut non poſſit in patria ſua fungi officio Procuratoris Cæſaris, ut Paulus 5. *Sententiarum* refert *tit.de jur.fiſc. In ea provincia*, inquit, *ex qua originem ducit, officium fiſcale adminiſtrare prohibetur*. Et ſubjicit rationem, *ne aut calumnioſus, aut gratioſus apud ſuos eſſe videatur*. Quam rationem etiam attigit Caſſiodorus ſupradicto loco, dum ait: *Glorioſum eſſe, in patria ſua Præſidatu fungi præclare, ubi neceſſe eſt, ut vel gratiam cognitio provocet, vel odium longæ contentiones exaſperent.* An, inquam, ut hic reſumam, quod initio propoſui, ſicut præſidi provinciæ propter eam rationem non poteſt adſidere vir ejuſdem provinciæ, non poterit etiam curatori civitatis adſidere vir ejuſdem civitatis? Et reſpondet Papin. non idem eſſe dicendum in adſeſſore curatoris civitatis: hunc enim ſumi poſſe ex eadem civitate: & hoc diſtare ab adſeſſore præſidis, qui ex eadem provincia ſumi non poteſt: & ſubiicit rationem differentiæ breviter, atque ideo ſatis obſcure. *Quia adſeſſor Curatoris Reip. publico ſalario non fruitur.* Quæ ratio ita explicanda eſt neceſſario. Curator civitatis ſibi optat adſeſſores ex eadem civitate, quia vix ullos unquam eliceret ex alia civitate, eo quod publico ſalario non fruuntur, & iſtius oneris & operæ nullum præmium ferunt: At Præſes provinciæ, & ſimiliter Procurator Cæſaris facile poteſt ex alia provincia adſeſſores, & conſiliarios advocare: quia iis adſeſſoribus majorum judicum de publico ſalaria conſtituta ſunt, ut patet ex *l. 4. hoc tit. & l. 1. C.de annon.* & ideo debet Præſes provinciæ ex alia provincia adſeſſores accerſere publicis ſalariis, quæ Principes conſtituerunt adſeſſoribus majorum judicum, potius, quam ex ea provincia, quam adminiſtrat. Hanc quoque rationem Hugolinus ſequitur. Ceterа Accurſii merito quis una litura deleverit, quæ tamen Bartol. valde commendavit.

Ad L. XIV. de in jus voc.

Libertus a patrono reus conſtitutus, qui ſe defendere paratus, pro tribunali præſidem provinciæ frequenter interpellat, patronum accuſatorem in jus non videtur vocare.

SCiendum eſt, ſi libertus ſine venia edicti prætorii patronum in jus vocaverit, teneri patrono actione in factum pœnali in aureos quinquaginta, vel ſi non ſit ſolvendo ex querela patroni fuſtibus caſtigari eum a præfecto urbi, tanquam inofficioſum libertum, quia officium debitum patrono non exhibuerit, quod veniam vocandi eum in jus non petierit, *l.ult.h.t.* Inde quæritur, quid ſit dicendum, ſi patronus libertum fecerit criminis capitalis reum apud Præſidem provinciæ, & libertus Præſidem ſæpius interpellet, nullam precatus veniam, ut compellat patronum rem in judicium deducere, ſe paratas habere defenſiones innocentiæ, an videatur committere in edictum prætoris, quod ſine venia frequenter interpellet Præſidem, provocetque adverſus patronum? Reſpondet Papin. nihil eum facere & committere videri contra edictum Prætoris, quod vetat tantum, ne in jus vocentur patroni ſine venia impetrata; hanc interpellationem non eſſe vocationem in jus, libertum in jus vocare patronum ſine venia & laceſſere prohiberi, non ſe defendere, maxime in capitali judicio. Quoniam defenſionem jus naturale permittit: idem ſcilicet jus, quod officium exigit a libertis erga patronos, *l.2.C.eod.tit.* Denique non prohibetur libertus urgere patronum, qui adverſus eum accuſationem inſtituit, ut crimen exequatur, nec moras in judicio trahat, ut ſe reum peragat, quia patronus litem fecit, non ipſe. Et probo etiam, quod Accur. not.arg. *l.qui cum major, §.ſi libertus, inf.de bon.liber.* libertum retorquentem crimen in patronum, accuſatorem non eſſe, ac proinde audiri, imo & calumniæ puniri patronum deſiderantem: quia ignoſcendum eſt ei, qui voluit ſe defendere provocatus, vitamque tueri ſuam.

Ad L. XL. de Pactis.

Tale pactum: Profiteor te non teneri, *non in perſonam dirigitur: ſed cum generale ſit, locum inter heredes quoque litigantes habebit.*

PActum quo debita pecunia remittitur, vel in rem concipitur, vel in perſonam. In rem concipitur, ſi generaliter paciſcatur debitor, ne petatur pecunia, quam debet. In perſonam concipitur, ſi ſpecialiter paciſcatur, ne a ſe petatur, hoc ſcilicet animo, ut ſibi ſoli proſpiciat, & conſulat ſuæ perſonæ tantum, *l.juriſgentium, §. pactorum, h. t.* Pactum in rem prodeſt heredi debitoris, quia generale eſt. Pactum in perſonam non prodeſt heredi debitoris, quia ſpecialiter pactum eſt in perſonam. Non prodeſt igitur heredi, licet cum effectu a debitore peti non poſſit propter exceptionem pacti perſonalis, tamen ab herede ejus peti poterit ſine metu exceptionis. Ac ſimiliter pactum in rem emptori prodeſt, ad quem ea res tranſit de qua pactus eſt debitor non petenda generaliter: atq; ita pactum illud non tantum prodeſt ſucceſſori juris, puta, heredi, ſed etiam ſucceſſori rei, puta emptori, ſecundum plurium ſententiam, ut ait *l.ſi tibi, §.pactum, h.t.* quæ obtinuit. Plurium ſententia melior, ut ait Apoll. *πολίων μῆτις ἀρείων*. Et ita in *Inſtit.* initio tituli, *de heredibus inſt. Secundum plurium ſententiam*. Cum ergo ait *d.l.ſi tibi, §. pactum, Secundum plurium ſententiam*, pactum in rem etiam emptori prodeſſe, nedum heredi, ex diverſo ſignificat pactum in perſonam non prodeſſe emptori. Et tamen ſubiicit in eodem §. ſecundum ſententiam Sabini etiam pactum in perſonam prodeſſe emptori & donatario, quamvis heredi non proſit, prodeſſe, inquam, pactum in perſonam emptori & donatario, quamdiu vivit is, qui fecit pactum in perſonam ſuam: ſicut cum filiusfamilias pactus eſt ſibi, pactum prodeſt patri ejus, ne teneatur de peculio, vel de in rem verſo; atque etiam heredi patris, quamdiu vivit filius, qui pactus eſt ſibi, *l. & heredi, h. t.* Porro in hoc reſponſo proponitur exemplum pacti in rem, quod vocat generale pactum, quod non coarctatur perſonis paciſcentium, atque adeo non tantum paciſcentes tenet ex utraq: parte, ſed etiam heredes & ſucceſſores eorum, ut puta, ſi pactum ita ſit conceptum dicente creditore: *Profiteor te mihi non teneri*: pactum eſt in rem & generale, quoniam his verbis creditor plane abrogat obligationem, & ſermonem dirigit in rem ipſam, non in perſonam: aliter quam ſi ita pactum conciperet: *profiteor me a te nihil petiturum*, hoc eſt pactum in perſonam. At illud, *profiteor te mihi non teneri*, eſt pactum in rem. *Profiteri* eſt pluſquam *confiteri*. Cicero pro M. Tullio (ſic eſt legendum omnino apud Nonium non pro Manlio) *hic ego non ſolum confiteor, verum etiam profiteor*. Et pro Cæcin. *Ita confitetur, ut non tantum fateri, verum profiteri videatur*. De confeſſione igitur fruſtra hic tractant interpretes, quoniam profeſſio pluſquam confeſſio eſt. Et hæc verba: *plane profiteor te mihi non teneri*, negant ullam exiſtere obligationem, & habent vim pacti generalis, ſeu in rem. Aliud eſt dicendum, ſi creditor ita dixerit: *Profiteor te mihi pecuniam debitam ſolviſſe*: nam hæc verba non habent vim pacti, neq; liberationis, aliter quam ſi re ipſa pecunia ſoluta eſſet, *l.ſi acceptolatum, §.1.de accept.* His verbis fit apocha; *Profiteor, te mihi pecuniam debitam ſolviſſe*: vel latius, *Luc. Titius profiteor P. Mævium mihi ſolviſſe decem, quæ mihi debet ex teſtamento Caii Seii. Lutetiæ anno, & die illo*, quæ apocha dicitur profeſſio ſolutionis, *l.4.C.de ſolut.* Chirographum ſolutionis, *l.creditor, inf.de act.empt.* quod tamen non liberat debitorem, niſi revera ſolverit,

quod

quod creditor ſcripſit eum ſolviſſe. Et hoc diſtat apocha ab acceptilatione. Nam acceptilatio liberat, etiamſi nihil ſolutum ſit, quia pro ſolutione eſt: apocha non liberat, ſed ſolutio tantum, cujus fit mentio in apocha. Igitur ſi ſolutio nulla intervenerit, apocha nullius momenti eſt, ſi modo intra trigeſimum diem oppoſita fuerit querela, vel exceptio non ſolutæ pecuniæ adverſus apocham, ſecundum *l.14.in contractibus, C.de non num.pecun.* nam poſt 30. diem apocha plenam fidem facit.

Ad §. I.

Qui provocavit, pactus eſt intra diem certum pecunia, quam tranſegerat, non ſoluta, judicatis ſe ſatisfacturum: judex appellationis, nullo alio de principali cauſa diſcuſſo juſtam conventionem velut confeſſi ſequitur.

DEbitor certæ pecuniæ creditori condemnatus appellat: mox cum creditore tranſegit de remittenda parte pecuniæ, ea lege, ut ſi reliquam partem creditori non ſolveret Kal. proximis, ſolidam ſummam præſtaret, quæ in condemnationem deducta eſt (etiam poſt rem judicatam facta tranſactio valet, ſi appellatum ſit, *l.7.in pr.tit.ſeq.*) pecunia de qua convenit, ad diem non ſoluta, quæ ſint partes judicis ejus, ad quem appellatum eſt, videndum eſt. An ut diſquirat diſcutiatque, pecunia in condemnationem deducta debeatur, nec ne? an ut diſquirat, an ita convenerit inter creditorem & debitorem, ut pecuniæ parte ſoluta intra diem certam debitor judicato liber abiret: non ſoluta autem ea parte ad diem, ut in ſolidum teneretur. Quæritur ergo utrum hoc an illud judex appellationis diſquirere debeat? Et reſpondet Papin. judici appellationis non eſſe quærendum, an pecunia debeatur, ſed de fide tranſactionis tantum, an inter eos, ut propoſuimus, ita tranſactum ſit negotium poſt condemnationem & appellationem interpoſitam; & proinde judici appellationis non eſſe quærendum de principali negotio, ſed de tranſactione tantum, & confeſſione, quæ tranſactioni ineſt, juſtam eſſe hujus tranſactionis conventionem, & juſtam conventionem eſſe ſervandam; hoc eſt, quæ jure non improbatur, ut in *l.epiſtola, §.pactum h.t.* Itaque a judice appellationis damnandum eſſe debitorem, non tanquam jure damnatum a priori judice, ſed tanquam confeſſum pacto tranſacto, etiamſi jure damnatus non ſit a priori judice: nam confeſſionem omnem rei, etiam factam in jure ſequi condemnatio debet, *l.5. de confeſſ.l.5. de cuſtod. reor.* Ex qua condemnatione etiam naſcitur actio judicati, cujus in hac ſpecie proculdubio executio pertinebit ad judicem appellationis, qui debitorem tanquam confeſſum condemnavit, non tanquam jure damnatum priore ſententia, quia nec potuit judex appellationis tanquam jure damnatum priore ſententia damnare, quia ea de re non cognovit, an jure damnatus eſſet, ſed an pactus & confeſſus eſſet. Et vero etiam judex appellationis fruſtra inquireret in principale negotium, qui habet reum confitentem, *l.proinde, §.1.ad l.Aquil.* nam etſi debitorem judex appellationis tanquam jure damnatum a priore judice damnaret, proculdubio hoc caſu jure civili ex opinione interpretum, quam uſus admittit, executio judicati non pertineret ad judicem appellationis, ſed ad priorem judicem, qui juſtam ſententiam dedit, ſi modo priori judici ſuæ ſententiæ exequendæ jus & poteſtas fuerit. Æquum enim eſt, ut ſi ſententiam major judex ex appellatione pronuntiet eſſe juſtam, ejus executio redeat ad eum, qui ſententiam dedit, ſi modo jus habuerit exequendarum ſententiarum ſuarum: nam ſi ſit judex datus, judex delegatus, a quo appellatum ſit, redire oportet ad eum, qui dedit, *l.1. inf.qui & a quo appell.* Rei judicatæ a judice dato legitimus executor eſt is, qui dedit judicem, ad quem ab eo appellatum eſt, non ipſe judex datus. Non omnis, qui ſententiæ dictionem habet, & ſententiæ executionem habet: alterum eſt nudæ cognitionis, alterum juriſdictionis, quam judex datus non habet, *l. a Divo Pio in pr. inf.de re jud.* Et ſimiliter ex Novel. *de ſanctiſſ. epiſc.* ſive ex auth. *ſi quis litigantium, C.de epiſc.audien.* ſi ab epiſcopi ſententia appellatum ſit ad præſidem provinciæ, & is conſervavit ſententiam epiſcopi, eam ipſe præſes exequetur, *l.epiſcopale, C.de epiſc.audient.* quia epiſcopus ſuæ ſententiæ executionem non habet, hoc eſt, juriſdictionem non habet, vel forum, ut ait Novella Valentin. *de epiſc.jud.* ſed cognitionem tantum habet & audientiam, ſicut judex delegatus. Et inde titulus, *de epiſcopali audientia*, non *de epiſcopali juriſdictione.* Et nominatim Sozomenus hiſtoriæ eccleſiaſticæ lib.1. c.9. εἰς ἔργον τὰ κρινόμενα παρὰ τῶν ἐπισκόπων ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, hoc eſt, *res judicatas ab epiſcopis ad effectum perducere præſides & apparitores eorum.* At ſi priori judici jus ſit exequendæ ſententiæ, ut ſi ſit magiſtratus, cui jus ſit exequendæ ſuæ ſententiæ, & ex appellatione major judex ejus ſententiam pronuntiaverit eſſe juſtam, appellationem injuſtam, eam ipſe non exequetur, ſed prior judex. Nec quicquam obſtat, qua moti ſunt interpretes, una *l.præcipimus, §.in his autem, C.de appellat.* quæ ait, officio judicis appellationis judicatum exequi, quia ille locus non intelligitur, neque loquitur de judicato, quo confirmatur ſententia prioris judicis habentis executionem, ſed de judicato, quo infirmatur ſententia prior, & injuſta eſſe pronuntiatur. Quo caſu fateor executionem pertinere ad judicem appellationis, qui novam ſententiam tulit, non etiam ſuperiori caſu. Sed tamen alio jure utimur, ut ſcilicet utroque caſu ſibi judex appellationis vindicet judicati executionem, majori ſcilicet judice, ad quem appellatur commoda executionis præcipiente minori: *Ut piſces ſæpe minutos magnus comeſt.* Male etiam interpretes loquuntur, dum tractant in hoc §. de ſpecie propoſita, & dicunt conventionem eſſe exequendam, cum dicere debeant condemnationem judicis eſſe exequendam, qui conventionem veluti confeſſi ſequitur. quia nullius conventionis per ſe executio eſt: nulla conventio vel obligatio habet executionem forenſem paratam citra ſententiam judicis, *l. minor 40. de minoribus.*

Ad §. Poſt Diviſionem.

Poſt diviſionem bonorum & æris alieni, ſinguli creditores a ſingulis heredibus, non interpoſitis delegationibus, in ſolidum, ut convenerat, uſuras acceptaverunt: actiones, quas adverſus omnes pro partibus habent, impedientur non erunt, ſi non ſinguli pro fide rei geſtæ, totum debitum ſingulis offerant.

SCiendum eſt inter coheredes fieri diviſionem æris alieni hereditarii duob. modis: Vel ipſo jure, hoc eſt, ex 12.tab. pro hereditariis portionibus, ut *l.1.C.ſi cer.pet. l.ult. C.de hered. act.* Exempli gratia, ſi ſint tres heredes inſtituti, primus ex ſemiſſe, ſecundus ex triente, tertius ex ſextante, & in ære alieno ſint trecenta, pro qua parte ſinguli heredes ſunt, pro eadem parte ex 12.tab. æri alieno obligantur: atque ita primus debet 150. ſecundus 100. tertius 50. Vel etiam inter coheredes fit diviſio æris alieni ex conventione ipſorum coheredum. Et hæc diviſio rurſus vel fit interpoſitis delegationibus, *l. ut cum pater, §. hereditatem, de leg.2.* Vel fit non interpoſitis delegationibus nuda conventione ſive nudo pacto. Interpoſitis delegationib. fit, veluti quod omnes heredes ex 12.tab. pro hereditariis portionibus debent L.Titio uno in ſolidum promittente Titio ſtipulanti ex delegatione coheredum. Et quod debent Sempronio ſimiliter uno promittente Sempronio in ſolidum ex delegatione ceterorum: quæ diviſio rata eſt, & omnes tenet etiam creditores, quia novatio obligationis interceſſit, quæ obligationem plurium heredum diviſam pro partib. ex 12. tab. omnem tranſtulit ad unum ex heredib. in ſolidum. At diviſio æris alieni, quæ fit inter coheredes non interpoſitis delegationibus, non facta novatione conſentientibus hereditariis creditoribus, creditores non tenet. Finge, coheredes inter ſe æs alienum, hoc eſt, nomina hereditaria ita diviſiſſe, ut unus ſol-

ſolveret nomen Titii in ſolidum, alter nomen Sempronii, alter nomen Caii in ſolidum, nec ullam feciſſe delegationem. Hoc caſu, quia nulla delegatio interpoſita eſt, non læditur jus creditorum, & omnibus in ſingulos heredes eſt actio pro hereditariis portionibus, quia pactio inter coheredes facta iis nocere non poteſt, *l.pacto, C.de pact. l.licet, C.fam. ercisc.* Quintilian. declam.336. *Etiamſi conventione*, inquit, *æs alienum transferatur ad coheredem, jure tamen & veritate commune eſt*. Hinc quæritur in h.§. ſi non interpoſitis delegationibus ex conventione nuda inter coheredes facta diviſione æris alieni, ſinguli creditores, perinde ac ſi interpoſitæ delegationes fuiſſent, a ſingulis heredib. ſecundum conventionem heredum, debiti uſuras quiſque ſui in ſolidum acceptaverint (quo verbo ſignificatur frequens acceptio, ut in *l.10. in fin.ff. de ann.legat. & l.9. in fine, ff.de alim.leg.*) Quæritur, inquam, an illa frequens acceptio uſurarum totius ſortis, creditoribus poſtea agentibus adverſus omnes coheredes ex 12.tab.pro hereditariis portionibus obeſſe poſſit, quaſi taciti pacti intelligantur, ne agant cum ſingulis ex 12. tab. diviſa actione pro portionibus hereditariis, ſed ut ſinguli agant tantum in ſolidum in eum, a quo diu ſolidi uſuras acceptaverunt? Et reſpondet Papinian. obeſſe creditoribus taciti pacti exceptionem, ſi velint agere ex legib. 12. tab. ſi modo totum debitum ſolvere cuique creditori quiſque heres paratus ſit, & offerat ſecundum legem conventionis habitæ inter eos. At ſi ſolidum quiſque heres ſolvere paratus non ſit, ſed pro parte tantum hereditaria, ſecundum diviſionem legis 12. tab. quæ potior eſt diviſione facta & conventione nuda (lex obligat, conventio nuda non obligat) hoc caſu integrum etiam erit creditori uti lege 12. tab. & dividere actiones in omnes pro hereditariis portionibus.

Et hæc eſt ſententia hujus §. *poſt diviſionem*, quam ita conficies breviter. Pactio facta inter heredes & creditores hereditarios expreſſe vel tacite, qua convenit ut a coherede quiſque creditor ſuam pecuniam perſequeretur in ſolidum, non interpoſitis delegationibus, non tollit jus publicum, hoc eſt, legem 12. tabul. qua creditores ſinguli ſingulos heredes poſſunt convenire pro portionibus hereditariis, non unum ex heredibus in ſolidum, niſi ſinguli heredes ex fide pacti ſingulis creditoribus ſolidum offerant.

Addatur & alia ſententia. Pactionis tacitæ argumentum eſſe diuturnam acceptationem uſurarum totius pecuniæ. Hoc etiam colligunt interpretes ex hoc §. extraneum ſolvere poſſe pro debitore creditori invito: ſicut ut eſt certiſſimum, extraneus poteſt ſolvere pro debitore invito, *l. ſolvere de ſolut.* ita etiam poſſit pro debitore ſolvere creditori invito: quod non abſolute verum eſt, ſed cum hac exceptione, ſi tacite convenerit inter extraneum & creditorem, ut extraneus ſortem ſolveret pro debitore, puta, uſuris ab extraneo pro debitore ſæpius acceptis, non aliter.

Ad §. Pater, qui dotem.

Pater qui dotem promiſit pactus eſt, ut poſt mortem ſuam in matrimonio ſine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem ſuum fratrem remaneret: ea conventio liberis a ſocero poſtea ſuſceptis, & heredibus teſtamento relictis per exceptionem doli proderit: cum inter contrahentes id actum ſit ut heredibus conſulatur: & illo tempore, quo pater alios filios non habuit in fratrem ſuum judicium ſupremum contuliſſe videatur.

ULtimum reſponſum pertinet ad hanc ſpeciem. Pater in promittenda dote pro filia ita pactus eſt, ut poſt mortem ſuam in matrimonio defuncta filia, partem dimidiam dotis, quam promiſerat, necdum dederat, vellet remanere apud heredem ſuum fratrem (quem ſcilicet, deſtinarat heredem ſuum facere, cum non eſſent ei alii liberi) alteram vero partem dimidiam dotis genero præſtari juſſerat ſi filia, ut dixi, moreretur in matrimonio ſine liberis: mortua autem filia relictis liberis totam dotem, quæ promiſſa eſt, juſſit genero præſtari. Recte pactus eſt fratri ſuo, ut partem dimidiam dotis retineret: quia ut heredi pactus eſt, alioquin pactus fuiſſet inutiliter, quia nemo alteri paciſcitur utiliter, niſi patri, in cujus eſt poteſtate, vel domino, vel heredi ſuo, *l.ſi pactum, ff.de probat. l. avus, ff. de pact. & l. avus, ff. de pact.dotal.* hic pactus eſt fratri, & futuro heredi ſuo: Poſtea vero pater ſuſcepit liberos, eoſque omiſſo fratre, quem deſtinaverat facere heredem, heredes fecit, & poſt mortem ejus mortua eſt filia in matrimonio ſine liberis. Quæritur an liberi heredes ſcripti poſſint retinere partem dimidiam dotis? Dubitationis cauſa hæc eſt: quod non liberis pactus ſit, ſed fratri. At Papin. eleganter reſpondet, Liberos petente genero dotem ex ſtipulatione per exceptionem pacti, ſive doli mali, quæ ſemper eſt ſubſidio exceptioni pacti, partem dimidiam dotis retinere poſſe, quia pater fratri pactus eſt, non tanquam fratri, alioquin inutile pactum eſſet, ſed tanquam heredi, quia dixit, *ut remaneret apud heredem ſuum fratrem*, & heredes hodie ſunt liberi, quos pater præter ſpem ſuſtulit, non frater. Ergo liberis danda eſt retentio partis dimidiæ: quia in paciſcendo fratris appellatio demonſtrabat tantum, quem ſibi heredem deſtinaret eo tempore, quo deſperabat ſe habiturum liberos: fratris appellatio demonſtrabat, in quem eſſet collaturus ſupremum judicium ſuum. At heredis appellatio demonſtrabat, cui conſultum vellet. Summa igitur ſententia hæc eſt: Pactum fratri ut heredi, quem ſcilicet animo deſtinarat facere heredem, nec dum faciebat heredem, prodeſſe cuicunque alii heredi, ſi frater heres non fuerit: non tantum filio, quem poſtea ſuſcepit, ſed etiam extraneo, quem poſtea pœnitentia ductus fecit heredem, nullo ſuſcepto filio. Hæc eſt mens Papin. unde male ex h.§. colligunt interpretes: donationem quam orbus contulit in extraneum, revocari poſtea adnaſcentibus liberis, quæ eſt ſententia *l. ſi unquam, C. de revoc. don.* non hujus *§.ult.* quia in ſpecie ejus nulla fit revocatio: ſed pactum fratri ut heredi, conſiſtit in perſona cujuſcunque heredis, non in perſona fratris, qui non extitit heres: ergo & in perſona heredis extranei, nedum in perſona filii heredis inſtituti.

Ad L. IX. de Poſtulando.

Ex ea cauſa prohibitus pro alio poſtulare, quia infamiam non irrogat, ideoque jus pro omnibus poſtulandi non aufert, & in ea tantum provincia pro aliis non recte poſtulat, in qua præſes fuit, qui ſententiam dixit: in alia vero non prohibetur, licet ejuſdem nominis ſit.

INter genera pœnarum hoc quoque receptum eſt, ut ex cauſa advocato advocationibus & poſtulationibus interdicatur, hoc eſt, prohibeatur poſtulare pro aliis, & adeſſe litigatoribus, *l.moris, de pœnis*, quod eſt ſilentium irrogare advocato, *l.8.hoc tit.* & pœna ſilentii. At ſilentium vel irrogatur ſine infamia, vel cum infamia. Quod irrogatur cum infamia, aufert jus poſtulandi pro omnibus, hoc eſt, jus poſtulandi ubique gentium, non pro omnibus omnino perſonis: nam certæ ſunt perſonæ pro quibus etiam infames poſtulare poſſunt, *l. 1. §. ait prætor, h. tit.* veluti pro parentibus & patronis etiam infames poſtulare poſſunt. Silentium vero, quod irrogatur ſine infamia, id eſt, ſalva exiſtimatione, non aufert jus poſtulandi pro omnibus, hoc eſt, ubique gentium: nam etſi quis ſit prohibitus poſtulare in una provincia ſalva exiſtimatione, licet non poſſit in ea provincia poſtulare, in qua prohibitus eſt a Præſide, poterit tamen in alia provincia; quia non eſt infamis, licet alia provincia ſit ejuſdem nominis, ut ſi ſit prohibitus poſtulare in Myſia inferiori, quæ hodie dicitur Bulgaria, non prohibetur poſtulare in Myſia ſuperiori, quæ dicitur Servia. Exemplo adſeſſoris, qui ſi ortus ſit ex Myſia inferiori, licet in ea provincia Præſidi in conſilium adſidere non poſſit, tamen adſidere

A præsidibus Mysiæ superioris poterit, *l.3. sup. de offic. adsess. l.9. inf. de capt. & postlim.* Si sit ortus ex Germania inferiori, poterit adsidere Præsidibus Germaniæ superioris, quo exemplo etiam utitur *d.l.3.* Et quæ sit Germania inferior, quæ superior, Dio 53. explicat: superior qua effluit Rhenus, inferior qua influit in mare Britannicum, & utraque cis Rhenum in Galliis dicitur.

Ad L. ob hæc XX. de His, qui not. infam.

Ob hæc verba sententiæ præsidis provinciæ; callido commento videris accusationis instigator fuisse, pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari: non enim qui exhortatur, mandatoris opera fungitur.

B Certum est calumniæ damnatum notari infamia ex edicto Prætoris. At quæritur in hac l.20. an calumniæ damnatus, an notatus tanquam calumniator videatur is, de quo Præses provinciæ ita pronunciavit causa cognita: *Callido commento videris accusationis instigator fuisse.* Verbum, *videri*, est solemne in sententiis, quod primus notavit Budæus: Respondet autem Papin. hujusmodi sententiam onerare quidem ejus pudorem & verecundiam apud bonos & graves viros, sed ipso jure ei infamiam non irrogare, quod pronuntiatus sit fuisse instigator calumniosæ accusationis: nam aliud est instigare, aliud mandare. Instigare est exhortari, non calumniari, non mandare alteri, ut calumnietur. Mandatoris quidem eadem pœna est, quæ calumniatoris, sicut mandatoris & homicidæ, *l.non ideo, C.de accusat.* sed non eadem conditio est calumniatoris & hortatoris seu insti- C gatoris ad calumniam faciendam alteri. Opponitur vero huic legi *l.1.§.incidit, inf. ad SC. Turpill.* quæ lex aperte dicit eum, qui infligat accusatorem, si subornatus accusator non potuerit probare quod intendit, teneri Senatusconsulto Turpill. tanquam calumniatorem, denique instigatorem puniri tanquam calumniatorem. Qua in re laborat hic Accursius frustra, cum nihil sit expeditu facilius: illa *l.1. §.incidit*, non loquitur simpliciter de eo, qui instigat, sed paulo post subjicit, *& instruit accusatorem dando probationes, &c.* hic plusquam instigator est, denique hic calumniator est. Papinianus hoc loco agit de nudo instigatore.

Ad L. XVII. de Compensat.

D *Ideo condemnatus, quod arctiorem annonam tempore ædilitatis præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur. Et ideo compensationem habebit.*

Sciendum est differentiam esse inter Ædilem plebis, & curatorem rei frumentariæ, vel curatorem frumenti coemendi, quem & nostri auctores σιτώνα vocant. Huic de publico datur pecunia, frumenti & annonæ comparandæ gratia, quæ condatur in horrea publica, & erogetur militibus vel aliis, quibus de publico salaria debentur. Hic curator rei frumentariæ, si condemnetur quasi ejus pecuniæ debitor, aut quasi ejus pecuniæ reliquator, quam accepit de publico annonæ coemendæ gratia, an poterit opponere compensationem ejus pecuniæ, E quam ei invicem debet respublica vel fiscus? Minime: hoc enim constitutum est in debitore pecuniæ frumentariæ, ut non possit uti ulla compensatione, sed protinus reliquam pecuniam inferre cogatur, *l.aufertur, §.ut debitoribus, de jure fisci, l.ob negotium, h.t. l.3. C.eod. tit.* Publica utilitas, sive ratio annonæ publicæ præferenda est utilitati privatæ. At alia est ratio Ædilis: Hic enim annonam quam curator rei frumentariæ coemit præbere solet & erogare populo vel militibus, vel iis, quibus debentur panes civiles, & si forte condemnatus fuerit, quod præbuerit arctiorem annonam, hoc est, quod eam præbuerit parcius, aut iniusto pondere, quod fraudarit annonam publice debitam, ut in *l.vix, de judic.* non prohibetur uti compensatione ejus pecuniæ, quam sibi

vicissim respubl. vel fiscus debet: nam compensatio talis inhibita est debitoribus pecuniæ frumentariæ: hic non est debitor pecuniæ frumentariæ, sed arctioris præbitæ annonæ. Et omnino legendum est, ut in Florentinis legitur, hoc loco *Ædilitatis tempore eum præbuisse arctiorem annonam*, ut in Basilicis ἐν τῷ ἀγορανομεῖν nam quod tentavit Duarenus reponere *edulitatis*, nemo unquam approbavit, quoniam vox est barbara, & decepit eum corruptus Lampridii locus in Alexandro: *cum edulitatem populus Romanus ab eo peteret*; cum sit legendum ex veteribus: *cum vilitatem populus Romanus ab eo peteret* (hoc est, ut annonæ pretia vilia constituerentur) *interrogavit per curionem, quam speciem caram putarent: illi continuo exclamaverunt, carnem bubulam, atque porcinam: tunc ille non quidem vilitatem proposuit*, id est, edictum quo minuebantur ejus annonæ pretia, *sed jussit ne quis suminatam occideret, ne quis lactantem, ne quis vaccam, ne quis damalionem*, & idem auctor in Commodo: *Proposuit*, inquit, *vilitatem, ex qua majorem penuriam fecit*. Igitur facesset illa vox *edulitatem*, & retineamus, quam posuimus speciem; Quendam Ædilitatis tempore præbuisse viliorem annonam, hunc frumentariæ pecuniæ debitorem non esse: & ideo conventum eo nomine habere compensationem pecuniæ, quam sibi Respublica debet ex alia causa.

Ad L. LV. Mandati.

Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, judicio mandati, non furti tenetur.

Sententia est apertissima: Meo procuratori dedi res aliquas inclusas in cistam, ut perferret ad Sempronium: non pertulit, sed retinuit cistam, nec tamen aperuit eam, aut fregit, atque adeo res non contrectavit: ait Papinianus, hunc domino non teneri actione furti, quia furtum sine contrectatione non fit, id est, quin res loco moveatur; sed eum teneri actione mandati, quod mandati fidem non expleverit: neque vero earum rerum nomine tenetur furti, quia eas res non contrectavit, ut dixi, neque cistæ nomine, quia lucrandæ cistæ animum non habet, & tamen si res contrectasset, etiam cistæ nomine furti teneretur, etiamsi non fuisset ei animus subripiendæ cistæ, *l.qui sacrum, de furtis.*

Ad L. I. de Jur. aur. annulor.

Inter ceteros alimenta liberto relicta, non idcirco non debentur, quia jus aureorum annulorum ab Imperatore libertus accepit.

§. 1. Diversum in eo probatur, qui judicatus ingenuus, collusione per alium patronum detecta conditioni suæ redditus, alimenta sibi, quæ tertius patronus reliquerat, præberi desiderat: hunc enim etiam beneficium annulorum amittere placuit.

Species hæc est: duo vel tres erant patroni plurium libertorum, Primus, Secundus, Tertius. Tertius moriens testamento reliquit legatum libertis suis omnibus generaliter. Post unus ex libertis impetravit jus a Principe aureorum annulorum: quæritur, an hic qui donatus est jure annulorum aureorum a Principe, admittatur ad legatum, quod relictum est libertis, quoniam videtur desiisse esse libertus accepto jure annuli aurei? sed apertissimum est, quod initio respondet Papinianus, nihilominus eum admitti ad legatum, quia non desinit esse libertinus. Honorem tantum & jura ingenuitatis habet, ingenuus non est; non mutat conditionem nec statum, qui augetur dignitate ingenui, non mutat statum libertini, *l.33.§.2.sup.de cond.& demonstrat. l.2. C.de jure aur.an.l.1.C.ad leg.Visell.* Ergo cum non desinat esse libertinus, admittitur ad legatum relictum libertis, quia non mutat statum: augetur tamen honore ingenuitatis, & adscribitur in numerum equitum Romanorum. Ideoque hoc jus non dabatur, nisi ditioribus libertis, puta,

ta, habentibus in bonis 400. millia sestertium, qui erat A census equestris. Arnob. lib. 4. *Pecuniam donare, annulos aureos, & loca priora in spectaculis*. Sueton. in Jul. *Jus annulorum dedit cum millibus quadringentis*. Sed, quod erat difficilius, quæritur in hac lege: si is libertus, qui impetravit jus aureorum annulorum, postea proclamaverit ad ingenuitatem, adserens se ingenuum esse, & neminem patronum se agnoscere, negant patronum, & collusione habita cum secundo uno ex patronis ingenuus pronunciatus sit: deinde Primus alter patronus detexerit collusionem, ad quam rem detegendam etiam quilibet extraneus admittitur, cui jus postulandi est, *l.2. §.1. de collus. deteg.* post detectam collusionem hic, quem res judicata fecerat ingenuum, quia pro veritate habetur, *l. ingenuum sup. de statu homin.* redditur conditioni pristinæ, hoc est, redigitur ad libertinitatem, & fit libertus Primi, qui detexit collusionem, ut B *l. pen. C. de collus. deteg.* An ergo admittitur ad legatum relictum libertus, qui impetravit jus annulorum aureorum, deinde e patrono ingenuus pronunciatus est colludente adversario, post detecta collusione redditus est libertinitati, an capiat inter alios? & dicitur non capere, quia videtur renuntiasse testamento, qui curavit se ingenuum pronuntiari. Qua ratione etiam Papinianus ait placuisse Principibus, ut hic etiam amitteret jus aureorum annulorum, quod impetraverat ante sententiam pro ingenuitate dictam per collusionem adversarii: quia etiam affectando ingenuitatem videtur se eo jure abdicasse, videtur deposuisse jus aureorum annulorum, quod etiam confirmat *l.2. hujus tit. & l. homo, de statu hom.*

C

Ad L. LXXXI. de Furtis.

Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur.

Finge: Curator rei frumentariæ pecuniam civitatis subtraxit & in usus suos convertit: constat eum teneri furti, sicut si quamvis aliam rem civitatis subtraxisset, *l. sed etsi imaginem, §. ult. hoc tit.* Dubitabatur an etiam criminaliter teneretur judicio peculatus? Dubitationis causa hæc est, quia crimen peculatus intenditur tantum in furem pecuniæ publicæ populi Romani, & civitates aliæ privatorum loco habentur, *l.15. de verbor. signif.* Et sane ita respondet Papinianus, ob pecuniam civitati subreptam eum teneri quidem furti, priva- D ta actione & civili, non crimine peculatus, non actione criminali; cui oppone *l.4. §. ult. ad l. Jul. peculat.* quæ ait evidenter: Recte institui accusationem peculatus in eum, qui pecuniam subripuit civitatis cujuscunque, vel municipii: sed addit *d. l.4.* hoc esse ex constit. Trajani & Adriani, qui scilicet legem Juliam peculatus, quæ erat tantum de pecunia pop. Romani, porrexerunt etiam ad pecuniam civitatis cujuscunque, sicut edictum, *ex quibus causis majores*, certum & exploratum est, constitutiones porrexisse ad quascunque civitates, quod erat tantum de civitate Romana, *l. legati, ex quibus causis majores*. Igitur necessario hac distinctione utimur, ut dicamus in aliis plerisque causis separandum esse jus a constitutionibus. Papinian. respicit ad jus, E hoc est, ad ipsam legem peculatus, quæ tantum est de pecunia pop. Rom. & quod ait *l.4. §. ultimo, ex constitutionibus*, plane ostendit ipso jure non ita esse, de quo Papinianus respondet. Male Antonius Augustinus has duas leges non pugnare, quia videantur diversa proponere, non contraria, quia plane sunt contraria, cum una negat, altera affirmet. Alciati etiam sententia jampridem explosa est, qui metu illius l. 4. adductus, non metuit in hac l. 81. addere negationem, & legere *actione furti, necnon crimine peculatus tenetur*: quod omnino falsum est.

Ad L. I. de Crimine stellionatus.

Actio stellionatus neque publicis judiciis, neque privatis actionibus continetur.

His verbis Papinianus significat actionem stellionatus non venire ex legibus, non esse legitimum & ordinarium judicium, non verti in ea actione crimen legitimum aut pœnam legitimam, ut ait *l. 3. §. penult. hoc tit.* pœnam stellionatus nullam esse legitimam, cum nec legitimum crimen sit, hoc est, ordinarium; ut legitimi gladiatores, id est, ordinarii, non catervarii: Legitimæ feriæ, id est, ordinariæ, non quæ indicuntur extra ordinem & præter consuetudinem. Publica judicia ex legibus veniunt, ut ait *l. 1. de pub. jud.* puta ex l. Julia Cornelia, Pompeja, Fabia, Rhemmia, Visellia. Hæ sunt leges publicorum judiciorum: sed lex Julia est multiplex: ceteræ sunt singulares, hoc est, de certis & specialibus quibusdam criminibus singulæ privatæ actiones, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuria dati, quatuor actiones sunt, quæ etiam veniunt ex legibus certis, vel ex Edictis Prætorum. Et privatis actionibus actionem stellionatus non contineri certissimum est; quia hæ actiones sunt civiles, non criminales. Actio autem stellionatus est criminalis. Qua ratione dubitabatur an actio stellionatus, an judicium stellionatus publicis judiciis posset adscribi: sed eleganter l. 1. *infra de publicis judiciis ait*, non omnia judicia, in quibus vertitur accusatio criminalis, esse publica. Hujusmodi est judicium stellionatus, in quo quidem vertitur crimen, nec tamen est publicum judicium, *l.3. de extra. crim. l. quid ergo, §. ult. de his qui not. infam. l. tertia, C. de crimin. stellion.* Privatorum, aut publicorum judiciorum, quæ ex maleficiis nascuntur, pœna est legitima, hoc est, certa lege definita; stellionatus nulla est pœna legitima, ergo stellionatus neque publicum neque privatum crimen est, sed extraordinarium. Extraordinarium crimen est, cui nulla specialis pœna imposita est legibus aut constitutionibus, sed liberum arbitrium est magistratui, qui de eo crimine cognoscit, causa cognita statuendæ pœnæ, *l. 1. de effract.* Statuendæ, inquam, pœnæ, quam nulla lex statuit: qua de causa hæc crimina extraordinaria a Rhetoribus in declamationibus dicuntur *crimina inscripta*, quod de eis nulla lex scripta sit, sicut de publicis vel privatis: sed vel sunt inducta moribus, ut de crimine prævaricationis extraordinario dicitur in *l.3. de prævar.* vel etiam constitutionibus adnotata sunt, non imposita certa pœna, quia & inscriptum esse videtur crimen, cujus pœna non adscripta est, etiamsi ipsum crimen sit scriptum, notumve legibus. Stellionatus autem est omne crimen, quod aliud nomen non habet proprium, vel malitiosa quælibet & vafra calliditas, quæ proprio nomine vacet. Exempla multa dat *l.2. hoc titulo.* Est autem hoc crimen, licet publicum non sit, aliquando famosum, ut ait *l. quid ergo, §. ult. de his qui not. inf.* sicut crimen expilatæ hereditatis, licet publicum non sit, est famosum tamen & turpe, *l. si te, C. ex quibus caus. infam. irrogetur*, non ergo sola judicia publica sunt famosa, sed etiam privata quædam & extraordinaria, *d. l. quid ergo, §. ult.* Plane præcidit crimen stellionatus esse famosum, & tamen *l. 2. hoc tit.* ait crimen stellionatus non esse famosum, sed pœnam, coercitionem extraordinariam habere. Videtur esse *ἐναντιοφανές*, hoc nemo melius expedivit, quam Joannes vetus interpres, ex *l. infamem, de publ. judic.* quod dicat illa lex quædam judicia, quæ non sunt publica, irrogare infamiam, videlicet, ut ait, si ex causa infami descendant ea judicia: si ex ea causa descendant ea judicia criminalia, ea crimina, quæ non sunt publica, quæ in civili judicio condemnato importent infamiam, ut si descendant ex causa furti, quæ in civili judicio, id est, in actione furti, proculdubio condemnato importat infamiam: nam actio furti est famosa: Ab-

sur-

ſurdum autem eſt, actionem civilem eſſe famoſam, & criminalem, venientem ex eadem cauſa non eſſe famoſam, quæ actio aſperior eſt. Itaque rectiſſime Joannes hac utitur diſtinctione. Aut crimen ſtellionatus ex ea cauſa venit, quæ judicio civili irrogat infamiam, veluti, ex cauſa depoſiti, & hoc caſu crimen ſtellionatus eſt famoſum: Aut venit ex ea cauſa, quæ in judicio civili non importat infamiam, ut ex cauſa pigneratitia, vel ex cauſa empti, vel ex cauſa indebiti ſoluti, ut in ſpecie *l. 1. & l. tutor, §. 1. de pigner. act. & l. cum æs pro auro, de furt. l. ſi fidejuſſor, §. in omnib. mand. l. ſtatuliberum, §. 1. de ſtatulib.* Et in his tantum cauſis procedit, quod ait *l. 2. h. tit.* crimen ſtellionatus non eſſe famoſum. Cauſa criminis eſt inſpicienda, hæc crimen famoſum facit, vel non facit.

Ad L. XII. ad Municipal.

Et ei contra nominati collegam actionem utilem dari non oportet.

LEx eſt de magiſtratibus municipalibus, ut ea quæ præcedit, & ea quæ ſequitur, quibus hæc lex 12. interiecta eſt, ut in urbe duo erant Conſules, qui rempub. adminiſtrabant, ita etiam inſtar conſulum in ſingulis municipiis creabantur quotannis duo magiſtratus municipales, qui & paſſim ob eam rem Duumviri appellantur. Duumviri & magiſtratus municipales idem eſt. Hi ſuo periculo rempublicam adminiſtrant: qua de cauſa, & initio magiſtratus cavent datis fidejuſſoribus rempublicam ſalvam fore, quam ipſi adminiſtrandam ſuſcipiunt, & ſub finem anni (quoniam, ut dixi, annuus eſt magiſtratus) ambo ſuo periculo ſibi nominant ſucceſſores: quam nominationem nunquam non ſequitur reſpublica, vel ordo civitatis, quare fit, ut ea nominatio etiam creatio appelletur, & nominatores creatores vocentur, vel χειρωτονητοί: Quoniam eam nominationem reſpublica ſemper ſequitur, quia ſuo periculo ſemper ſibi nominat ſucceſſores in ſequentem annum, Igitur ex nominatione & laudatione ſucceſſorum reipublicæ tenentur, perinde atque fidejuſſores, ſi quid ii male geſſerint in republica, quos ſibi ſucceſſores nominaverunt. Obligatur etiam quiſque eorum pro collega ſuo, quia licet duo ſint, unus tamen eſt magiſtratus, una reſpublica, cujus vicem ſuſtinent, *l. magiſtratus, hoc tit.* denique pro magiſtratu municipali ſive duumviro obligatur fidejuſſor & nominator & collega. Sed videamus quo quiſque ordine conveniatur. Ac primum quidem, qui ob rem male a ſe geſtam in magiſtratu, veluti ob pecuniam publicam non idoneis nominibus collocatam debitor eſt reip. principalis primum convenitur is ſi ſolvendo non ſit tempore depoſiti magiſtratus, fidejuſſor ejus convenitur, poſt fidejuſſorem convenitur nominator, ut in *l. ſeq.* & ultimo loco, ſi ab illis res civitatis ſervari non poſſint convenitur collega. Igitur fidejuſſor prius convenitur quam collega, itemque nominator, qui inſtar eſt fidejuſſoris prius quam collega: & ita definit Papinianus in *l. 11.* præcedenti, optima ratione: quia major eſt ratio conveniendi nominatoris quam collegæ: nominator enim tenetur fidei ſuæ ratione, quia nominator eum quem nominavit idoneum eſſe fide ſua juſſit, atque ita tenetur ex contractu ſuo & fide data: denique fidem ſuam pro eo abſtrinxit, quem ſuo periculo nominavit. At collega non tenetur fidei ratione, quia nullam fidem dedit, qui nihil cavit, nihil promiſit. At tenetur negligentiæ tantum & pœnæ nomine, quod negligens fuerit in admonendo collega, ut rem bene gereret in obſervando actu omni collegæ ſui, vel etiam, quod rem, quam collega geſſit male, non geſſerit ipſe: quoniam utriuſque officium eſt individuum & commune, ut ait *l. 11. in princ. hoc tit.* negligentiæ pœna hæc eſt, ut teneatur pro collega, qui male rempub. adminiſtravit. In collegam igitur eſt pœna; in collegam, eſt culpa: in nominatorem eſt fidei datæ ſive rei perſecutio. Et æquius eſt pœnæ exactio-
A nem poſteriorem eſſe; id eſt, non ante perveniri ad pœnam, quam defecerit omnis ratio ſervandæ rei, ut in *l. 3. C. quo quiſque ord. conven. lib.* 11. Apparet igitur hac in re nominatorem comparari fidejuſſori: nam ut fidejuſſor, ita nominator prius eſt conveniendus, quam collega. Additur in hac l. 12. alia etiam in re comparari nominatorem fidejuſſori: nam ut fidejuſſor, qui ſolidum ſolvit creditori, adverſus alium fidejuſſorem non habet utilem actionem, qua ab eo recipiat partem pecuniæ ſolutæ, ut conſtat ex *l. 5. de fidejuſſ. l. cum alter, C. eodem tit.* ita nominatori, qui ſolidum ſolvit, non datur actio utilis adverſus collegam, qui ſimul cum eo nominaverat ſucceſſores: & hoc eſt, quod ait in hac lege: *Et ei, qui nominaverit contra collegam utilem actionem dari non oportere*: & additur, *ſicut nec fidejuſſori*
B *dari oportet utilem actionem adverſus confidejuſſorem*: & ſic vulgo legitur in hac *l. & ei, qui nominaverit contra collegam utilem actionem dari non oportet*, fruſtra repetitis ex l. proxima ſuperiori illis verbis, *qui nominaverit*, quæ ſunt in extremo legis ſuperioris. Qui vero nominaverit, fidei ratione convenitur. Et ſubjicitur: *& ei*: fruſtra additur, *& ei, qui nominaverit*, quod ſatis intelligitur conjuncta lege ſuperiori. Et etiam ea verba, *qui nominaverit*, in hac l. 12. ſuppleviſſe interpretem aliquem verum eſt, cum nec ſint in Pandectis Florentinis: in quibus tamen Pandectis Florentinis etiam vocem *nominati*, quæ in eis ita legitur, *& ei contra nominati collegam*, hanc, inquam, vocem *nominati* ex interprete aliquo ſubrepſiſſe oſtendit Accurſii gloſſa, quæ vocem illam *nominati* ſupplet, & perperam, quia non
C contra collegam nominati ſucceſſoris, ſed contra collegam ſuum nominatori, qui ſolidum ſolvit reipub. contra collegam ſcilicet nominatoris Papinianus denegat utilem actionem. Denique detractis gloſſis ita legendum hoc loco: *& ei contra collegam actionem utilem dari non oportet*. Ei, hoc eſt, nominatori, de quo ante egi ſicut fidejuſſori, qui ſolidum ſolvit contra collegam actionem dari non oportet, qua ab eo recipiat partem ſoluti. Quæ ſit ratio mox explicabimus, ſed prius opponamus huic reſponſo Papiniani, quod tutori, qui ſolidum ſolvit ex culpa communi admiſſa in adminiſtratione tutelæ adverſus contutorem eſt utilis actio pro parte pecuniæ ſolutæ, *l. 2. §. nunc tractemus, de tut. & rat. diſtrah. l. 2. C. de cont. jud.* Item quod duumviro, qui ex cauſa adminiſtrationis in ſolidum ſatisfecit reipubl.
D adverſus collegam datur actio utilis, ut eſt diſerte proditum in *l. 2. §. jus reip. de admin. rerum ad civitat. pertin.* Cur ergo fidejuſſori etiam qui ſolidum ſolvit non datur actio utilis adverſus confidejuſſorem? Cur nominatori, qui ſolidum ſolvit, quod debetur reipubl. non datur actio utilis adverſus connominatorem; id eſt, collegam ſuum? Ratio differentiæ hæc eſt: Quia duo fidejuſſores & duo nominatores ſunt duo rei debendi: ſinguli debent ſolidum ſuo nomine, ipſo jure: qui igitur ex iis ſolvit ſolidum, ſolvit ſuo nomine, ut ſe liberet obligatione qua tenetur in ſolidum. Non eſt igitur quod partem repoſcat a collega, cujus nomine non ſolvit, ſed ſuo tantum qui tenebatur in ſolidum. At duo tutores, vel duo magiſtratus non ſunt duo rei debendi; quoniam ſi ambo ſolvendo ſint tempore depoſitæ adminiſtratio-
E nis, ſinguli non tenentur in ſolidum, ſed pro utilibus portionibus, *l. 2. §. nunc tractemus, de tut. & rat. diſtr. & l. ſi pupillus, de admin. tut.* Ergo ex iis, qui ſolidum ſolvit, non totum ſolvit ſuo nomine, quia ſuo nomine totum non debuit, ſed partem ſuo nomine, partem collegæ nomine ſolvit. Proinde æquum eſt ut partem a collega recipiat, quem liberavit, utili actione negotiorum geſtorum, quia collegæ negotium geſſit non pro ſe tantum ſolvendo, ſed etiam pro collega.

Ad L. XV. Eod. tit.

Ordine decurionum ad tempus motus, & in ordinem regreſſus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non ad-

mit-

mittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam ejusmodi meruerunt, durioribus etenim pœnis affectos, ignominia veluti transacto negotio postea liberari. Minoribus vero quam leges permittant, subjectos, nihilominus inter infames haberi. Cum facti quidem quæstio sit in potestate judicantium, juris autem auctoritas non sit.

IN primo responso vel in specie primi responsi quæritur: an decurio, qui ex crimine aliquo ad tempus ordine motus est, vel qui ad tempus relegatus est in insulam, aut partem aliquam provinciæ: (nec enim omnis relegatio fit in insulam, sed & in civitatem & regionem aliquam) an, inquam, expleto illo tempore decurionatum recipiat, an reducatur in ordinem, & ad novos honores municipales aspirare possit? Papinianus relegato ad tempus comparat eum, qui ordine movetur ad tempus: quoniam in hac re idem fere jus observatur in utroq; puta, quod proponit initio legis, ut quanto quisque tempore dignitate & decurionatu caruit, tanto regressus in ordinem abstineat novis honoribus civitatis vel municipii, ut si ordine motus sit vel relegatus in biennium, & expleto biennio redierit in ordinem decurionatu adepto vel recepto, non potest capere novos honores antequam aliud biennium fecerit in decurionatu, quem recepit vel adeptus est, quod etiam proponitur, in *l.2. C. de iis qui in exil. dati vel ord. moti sunt lib.* 10. Et ratio hæc est: quia ut novo decurioni non statim patent honores reipubl. ita patere non debent ei, qui recens ex pœna rediit in ordinem, quo exciderat, decurionatus pristino honore recepto: nam & hic quasi quodammodo novus decurio est. Aut sane sicut in honorib. petendis & adipiscendis antiquiores præferuntur novis decurionibus, ita æquum est, ut ii, quorum in vita nulla fuit intercapedo dignitatis, præferantur iis, qui dignitatis suæ intercapedinem aliquam fecerunt, deinde reversi sunt in ordinem. Est quidem hæc differentia inter relegatum & remotum ad tempus, quod Senatu vel curia remotus domicilium non mutat, sedem non mutat, *l. 3. de Senat.* relegatus domicilium mutat & necessarium domicilium habet in eo loco, in quem relegatus est, ut ait *l. filii, §. relegatus, inf. hoc tit.* At in eo, quod dixi ante, quodque Papin. proponit initio hujus legis, jus est commune utriusque, relegati ad tempus, remoti ad tempus, ut post reditum in ordinem tanto tempore abstineat novis honoribus, quanto curia abfuit, nec statim affectet vel appetat novos honores. Commune etiam hoc est utriusque, ut neuter mutet statum, capite minuatur, hoc est, ut neque libertatem neque civitatem neque familiam mutet, *d. l.3. de Senat. l.7. §. sive ad tempus, de inter. & releg.* statum autem dignitatis ut uterque mutet: alius est status capitis, alius status dignitatis: statum capitis non mutant, statum dignitatis mutant, hoc est, habentur inter infames, *l. 2. de Senat. l. penult. §. minuitur, de extr. cogn.* Et ratio hæc est: quia nulla ex causa legibus solent irrogari ejusmodi pœnæ, ut reus eat in exilium, vel exeat ordine ad tempus, quæ non sit causa turpis & famosa. Crimen turpe æquum est ut sequatur pœna turpis, quæ importet infamiam: proinde decurio vel relegatus vel ordine motus ad tempus expleto tempore non potest redire in ordinem, quia ordo ille non admittit infamem, ac pro eo est ac si damnatus fuisset in perpetuum. Infamia tempore non aboletur sed tantum beneficio Principis aboletur, non beneficio temporis: Princeps famæ restituit, quia placitum Principis lex est, & legis est tollere infamiam & restituere famæ. At tempus per se solum non restituit famæ. Infamiæ autem effectus hi sunt: ut in perpetuum privet omni honore & dignitate, ut arceat Senatu, curia, equite, militia, rostris, *l.8. de int. & rel. l.4. §. ad tempus, de re milit. l.3. C. eod. titul. l. quisquis, §. filii, C. ad l. Juliam majest. l. 2. C. de dignit. l. 8. C. de decur.* & ita lege Julia de vi nominatim cavetur, ne damnatus de vi, quam ea lex infamem fecit, fiat Senator, neve decurio (qui & Senator est municipalis, minor Senator:) *neve*, ait, *ullum honorem capiat*, & addit, in *l.1. sup. ad leg. Jul. de vi priv. neve in eum ordinem sedeat*: corrupte: quia lex Julia scripsit, *neve in quatuordecim ordinibus sedeat*. Et hoc est, quod ait Tertullianus libr. de spectaculis. *Damnatos ignominia & cum capitis minutione arceri equite*, & addit etiam lex Jul. *ne judex sit, nec judex dari possit*, ut *l. cum prætor, de jud. l. 2. de Senat.* quæ etiam adjicit, *nec testimonium dicat*, videlicet, qui judicio criminali notatus est, non quocumque judicio, nam depositi damnatus civili judicio fit quidem infamis, sed a testimonio non repellitur. Adde etiam nec infamem publico judicio quemquam accusare, nec populari actione agere posse, *l. qui accus. de accus. l.4. de pop. act.* nec in consilio magistratibus adsidere posse, *l. 2. de off. adsess.* nec postulare posse pro omnibus, *l. 1. §. ait prætor, ff. de postul.* Et postremo severius puniri infamem, si quid deliquerit, quam integræ frontis, non inscriptæ frontis hominem, *l. capitali, §. ult. de pœn.* Illi sunt effectus infamiæ. Summus ille, ut in perpetuum privet omni honore & dignitate, ut excludat omni honore & dignitate. Nunc hoc adsumamus. At ille decurio ordine motus, vel relegatus, exactus ad tempus, notatur infamia, ergo decurio fieri vel esse non potest: denique in ordinem venire aut redire non potest, & tamen initio posui ordine motum, vel relegatum ad tempus expleto tempore in ordinem reverti: h. e. decurionem fieri vel esse, ac si nunquam desierit. Quid nunquid a me ipse diffideo? Aut qui hoc pono, sine juris auctoribus pono? minime. Sciendum enim est, non semper notari infamia decurionem, qui relegatur vel removetur ad tempus: notatur quidem infamia, si hanc pœnam relegationis vel remotionis ab ordine, in quam reum judex damnavit, ipsa lex indixerit nominatim: quod est etiam proprium legis. Damnatio est judicis: pœna est legis solius jure ordinario, cum rite & ordine agitur. Etiam notatur infamia is, cui lex graviorem pœnam inflixit, si ei judex extra ordinem hanc tanquam mitiorem pœnam indixerit: ut si cui lex indixerit deportationem, quæ capite minuit, judex indixerit relegationem ad tempus, vel in perpetuum, quæ pœna non minuit statum: nec enim ideo minus, imo, ideo magis damnatum sequitur infamia, quia boni consulere debet humanitatem sententiæ, quæ eum relevat pœna legitima, quæ est acerbior, nec desiderare etiam potest contra legem præterque sententiam, ut etiam liberatur infamia, quod proponitur in *l.3. tit. seq.* At non notatur infamia is, cui judex duriorem pœnam inflixit, quam lex permittit, ut si quem lex mulctat parte bonorum, eum judex ordine moveat vel releget ad tempus, quæ pœna utique gravior est. Nam graviore pœna videtur cum reo transactum de fama, ut scilicet, urbe vel curia abiret illæsa existimatione, *l. quid ergo, §. pœna de his qui notant. infam. l. in servorum, §. ult. de pœn. l.5. tit. seq.* Et hoc est, quod ait Papinian. in hac lege: *Veluti transacto negotio*, h. e. *quia severitas sententiæ cum ceteris damnis transigere videtur*, ut ait *l.4. C. ex quibus caus. infamia irrog.* In qua ut hoc obiter admoneam, manifestum est, ubi est, *relegatum*, legendum esse *relegandum*: ubi *damnandum*, legendum esse *damnatum*: quæ commutatio est frequens in auctoribus: nam species hæc est: Proconsulem Possidonium in annum relegandum tantum, damnasse in quinquennium, & damnatum paruisse sententiæ, id est, quinquennium fuisse in exilio, non fuisse refugam pœnæ: nam refugæ pœnæ augeretur pœna: fuisse igitur Possidonium duriorem sententiam passum, quod sit damnatus in quinquennium, eum damnari tantum debuerit in annum: & ideo reversum, ait, inter infames non haberi: licet actio, ex qua damnatus fuerit, famosa sit: *quia severitas sententiæ cum ceteris damnis transigere videtur*. Ergo ille, qui graviorem sententiam patitur, ob hoc quod relegatur summovetur ad tempus, non fit infamis, aut certo ex-

pleto

pleto tempore videtur liberari infamia, & consequenter decurionatum adipisci vel recuperare, potest relegatus reversus adipisci, si quis locus vacet, non etiam recuperare pristinum decurionatum: ordine autem motus recuperare potest, nisi quis in ejus locum interim sublectus sit: & hæc est alia differentia inter relegatum ad tempus, & ordine motum ad tempus, quæ notatur in *l.2.tit.seq.* notatur etiam in *l.3.* illo loco: *non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus sit ordine motus*. Quod ita ponit, quia hac in re inter hunc & illum differentia est. Et hoc etiam satis evidenter ostendit *l.falsi,§.1.ad leg.Corn.de fals.* dum ait: *Exulem post reditum decurionem recte creari*: decurionem, inquam, creari, non decurionem esse, *ordine motum ad tempus post reditum in curiam confestim decurionem esse*, quod est confestim decurionatum recuperare pristinum. At uterque novos honores decurionatus adepto, vel recepto capere potest; tanto tempore post reditum, ut dixi, in curia transacto, quanto pœna functus est & curia abfuit. Secundum hæc quæ certissima sunt multum interest, ex causa famosa judex extra ordinem minorem an majorem pœnam inferat quam lex ferat. Si minorem, non potest efficere, ut damnatum non sequatur infamia, si majorem, damnatum non sequitur infamia, licet causa criminis sit turpis & famosa, videlicet si judex reum oneraverit pœna non pecuniaria, ut si relegaverit vel ordine moverit, quem lex pecunia tantum mulctabat: nam si eum oneraverit pœna pecuniaria tantum, ut si furem nec manifestum, quem lex 12. tabul. duplo subjicit, damnaverit in quadruplum, damnatum proculdubio sequitur infamia, *d.l.quid ergo, §. pœna*. Et hoc est quod ait *l.non poterit, de furt.* non posse præsidem provinciæ efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia, non posse ejus, quem furti damnat, servare existimationem. Quod est generaliter verum: sive furi infligat pœnam legitimam, sive majorem, sive minorem. Rationem autem differentiæ Papinian. proponit elegantissime hoc loco inter minorem & majorem pœnam, non pecuniariam, quam judex infligit, ut non majorem, sed minorem sequatur infamia, quam rationem ex hoc ipso loco alias retulit Marcianus. *Quia facti quidem*, inquit, Papinian. *quæstio est in potestate judicantium: juris autem auctoritas non est.* Retulit, inquam, hanc rationem Marcianus in *l.1. §. sed non utique, ad SC. Turp.* & sensus hic est: juris auctoritatem non esse in potestate judicis, hoc est, pœnam criminibus non imponi arbitrio judicis, sed constitui lege: judicem pœnam legitimam minuere vel augere non posse: corruptam videri sententiam si sit legibus mitior aut durior. M. Tullius in prætura urbana: *lex est, pœna est*, inquit, *Quid hoc ad eum, qui jus dicit? in pœnis ferendis nullæ sunt partes judicis*. Et ideo quem pronuntiavit judex calumniam, aut furtum fecisse videri, quæ causæ turpes sunt, etiam si ei legis pœnam non indicat nominatim, aut si indicat minorem, nihilominus pœna legis statim reum apprehendit, id est, infamia quæ ipso jure infligitur. Relegatio autem vel ordine motio, quia facti est, ipso jure non infligitur sine executione judicis. Et punitur judex, quod minorem pœnam inflixerit, quodve majorem, ut *l.servos 8. in fi. C. ad leg.Jul. de vi, l.8. C. Theod.de appellation.* Quod si judex majorem pœnam infligat reo, quam lex permittat, cessat pœna legis, hoc est, infamia, quia non tali pœna adfecto lex irrogat infamiam, sed multo minori. Et plane recessit judex a legis pœna, qui minorem inflixit. At contra non omnino recessit a pœna legis, qui majorem inflixit: nam in majori minor inest, in minori non inest major. Denique pœnam infamiæ sola lex exequitur. Pœnam relegationis vel remotionis ab ordine solus judex exequitur, quia facti res est, &, ut ait facti quæstio, hoc est, ut Græci interpretes notant, ἐπεξέλευσις est, in arbitrio judicis, eaque res propterea sæpe judici præbet materiam gratiæ vel ambitionis, *l.eum, qui, in fine, de judic.* non tantum infamia, sed & quælibet alia pœna legis est, sed infamia solius legis infamia juris est.

A Alia pœna facti, hæc desiderat executionem judicis, infamiæ pœna nullam desiderat executionem judicis. Et hæc est hujus quæstionis sive responsi interpretatio & definitio, cui hoc unum tantum opponitur, quod est in *l. 1. C. de iis, qui in exil. dati & ordine moti sunt, & l.3. C.ex quibus caus. infam. irrog.* etiam ordine motum ad tempus mitiore pœna, expleto tempore recipere pristinum decurionatum, addita ratione: *ne pœna, sententia determinata contra fidem sententiæ ulterius porrigatur*: quod etiam idem traditum de relegato ad tempus mitiore sententia, *l. Imperator, §. 10. de postli.* At ut respondeamus utendum est eadem separatione, qua ante usi sumus ad *l. ob pecuniam, de furt.* In qua Papinianus ait, *eum qui subripuit pecuniam civitatis cujusdam, non teneri crimine peculatus*: & tamen
B men lex 4. §. *ult. sup. ad leg. Juliam peculat. ait, eum teneri crimine peculatus*, sed addit, *ex constitutionibus Trajani & Adriani*. Pap. non respicit ad constitutiones, sed ad jus ipsum, quod semper separatur a constitutionibus, ut *l.falsa, de cond. & demon. l.4. §. deinde; ff. de doli exc.* Plane apud Capitolinum Macrinus Imperator jus separabat a Constitutionibus, cum id se acturum testabatur, ut jure non rescriptis ageretur. Et ita quod ante maxime ex Pap. proposuimus, jure ipso verum est: at ex constitutione Antonini aliud est receptum & constitutum; imo ex edicto Antonini, quod est gravius rescripto, ut ait *l.3.h.t.* Cujus edicti pars est in *d.l.1.C.de iis qui in exil.dati sunt: ne posthac*, id est, ne in posterum (quibus verbis abrogat jus vetus quod sequitur Pap.) *pœna temporaria post impletum pœ-*
C *næ tempus ulterius porrigatur, & impediat quo minus quis, vel recipiat pristinos honores, vel novos adipiscatur*.

Ad §. In eum, qui successorem.

In eum, qui successorem suo periculo nominavit, si finito magistratu successor idoneus fuit, actionem dari non oportet.

IN hoc §. ostenditur, non aliter dari actionem in nominatorem magistratus, quam si magistratus, quem nominavit, non fuerit idoneus eo tempore, quo conveniri potest, id est, tempore depositi magistratus. Responsum est de magistratibus municipalibus sive duumviris, qui annui erant magistratus, & sibi sub finem anni successores nominabant, qui sequenti an-
D no duumviratu fungerentur, & nominabant suo periculo: neque tamen si quid successores male gessissent, ipsi, qui nominaverant, statim conveniri poterant, quia prius sunt excutiendi rei principales, hoc est, duumviri, qui Rempub. administraverunt, & ita demum agi potest cum nominatorib. si principales rei solvendo non fuerint, si ab eis respub. suum servare non possit, aut consequi. Denique prius respublica convenire & excutere debet reum principalem, qui remp. gessit, quam nominatorem vel fidejussorem, ut *l.17.§.filium, hoc tit.l.3.§.ult.de adm.rer.ad civit.pertinent. l.1.C.de decur.* Et alia est ratio privati creditoris, alia reipublicæ. Plus sæpe datur privatis, quam fisco vel reipub. quoniam sunt acerbiores exactores, quam privati creditores. In privati creditoris arbitrio est, aut
E fuit sane in electione, quem prius conveniat, debitorem ipsum principalem, an fidejussorem vel nominatorem, puta, nominatorem tutoris, *l.1.C.de fid.tut. l.3. C. de fidej.* Quod tandem ad extremum Justiniani Novella mutavit, adempta privato creditori potestate electionis, & restituto jure vetustissimo, quo non licebat fidejussores appellare, cum reus principalis erat locuples & idoneus; aut sane, ut Marc. Tul. ait, hoc habuit quandam δυσωπίαν, fidejussorem appellare, cum reus est idoneus. Est igitur hodie hac in re idem jus privati creditoris & reipublicæ vel fisci, ut excutiantur prius vires rei principalis, quam inquietetur vel fidejussor, vel nominator, aut affirmator, sive laudator, qui veluti fidejussor tenebatur, vel collega.

Ad §. In fraudem.

In fraudem civilium munerum per tacitam fidem prædia translata, fisco vindicantur: tantumque alterum interdictæ rei minister de suis bonis cogitur solvere.

UT intelligatur hic §. sciendum est, munerum civilium quædam esse patrimonialia, quæ prædiis & possessionibus indicuntur; alia esse *corporalia*, sive personalia, quæ personis indicuntur, nec sumptum aut impensam ullam requirunt, sed laborem corporis tantum. Personalia obsequia solvunt tam opulenti quam inopes. Patrimonialia fortunati tantum; quia ipsa non habendi necessitas, ut ait *l.4. §. pen. de mun. & honorib.* inopes satis excusat, etiamsi aliquando locupletes fuerint, ut in *l.4. de iis, qui num.lib. vel paupert.excus.mer. lib.* 10. C. Inopes sunt, qui non habent prædia: nam opum nomine proprie continentur prædia tantum, quæ solo continentur, ut in *l.11.§.si filio, ad l.Falcid.l.2.C. quando & quib. quart. pars debeatur, lib.* 10. Quibus ita præmissis, finge aliquem in fraudem reipub.ut se subtraheret, liberaretve muneribus patrimonialibus,prædia, quæ possidebat, alienasse senatori populi Rom. qui ea munera non agnoscit, & alienasse per imaginariam venditionem, vel, ut Pap.ait, per tacitam fidem, id est, interposita fide servandi sibi ea bona, eorumque bonorum reditus omnes, interposita tacita conventione. Hoc vero genere fraus manifesta facta est reip. cui debentur munera civilia. Et hæc fraus etiam ex Constitutione aliqua plectitur, ut opinor, plectitur videlicet prædiis fisco vendicatis ab emptore, qui tacitam fidem interposuit servandarum possessionum venditori, & quasi rei illicitæ minister fuerit, eo emptore inferente fisco eorumdem prædiorum æstimationem: uterque punitur venditor & emptor, quia communis est fraus, ut *l. 1. ad leg.Fab.de plagiar.l.circumcidere* §.1.*ad l. Cornel.de sicar.l.19.C.de cursu pub.*Plin.2.Epist.ep.11. *Æquissimum est commune crimen emptoris & venditoris, ab utroque defendi, & si dilui non possit, in utroque puniri.* Et placet elegans sententia Cypriani Epist.68. *Qui junguntur in culpa, in pœna non separentur*: ut similiter in *l. si quenquam, in fi. C. de episcop. & clericis.* Quos par facinus coinquinat & æquat, utrosque similis pœna comitetur.

Ad §. Ultimum.

Jus originis in honoribus obeundis, ac muneribus suscipiendis, adoptione non mutatur. Sed novis quoque munerib. filius per adoptivum patrem adstringitur.

EX responso ultimo hujus legis notandum est, per adoptionem non mutari civitatem, in qua is, qui adoptatur vitam accepit, sed augeri cum alia civitate, ut si te, verbi gratia, Lugdunensem Massiliensis adoptaverit, duæ tibi sunt civitates, quasi bis genito: civem non tantum origo facit, sed etiam adoptio, *l.1.h.t.l.cives, C. de incolis, lib.*10. *l. in adoptionem C.de adopt.* Idcirco non tantum in ea civitate, unde originem ducis, munera civilia facere debes, sed etiam in civitate & patria adoptatoris, quandiu durat adoptio, ut additur in *l.seq.* Si adoptio emancipatione solvatur, & filius esse desinis adoptatoris: desinis etiam civis esse ejus civitatis, in quam per adoptionem transieras. Denique adoptatus & jus civitatis suæ retinet, & patriam adoptivi patris adsequitur. Patria a patre dicitur, *l.1.C.ubi petant.tut.* ut alius est pater naturalis, alius civilis ei, qui adoptatus est, ita duplex est patria, naturalis, & civilis, nec enim adoptio naturalem patriam perimit. Civilis ratio non potest corrumpere jus naturale, originis & sanguinis.

Ad L. XVII. eod.

Libertus propter patronum a civilib. muneribus non excusatur: nec ad rem pertinet, an operas patrono, vel A *ministerium capto luminibus exhibeat. Liberti vero senatorum, qui negotia patronorum gerunt, a tutela decreto patrum excusantur.*

LIbertum non excusari a muneribus personalib. reipublicæ, patriæ suæ, propter operas, propter obsequia, vel ministeria, quæ patrono suo debet & præstat, etiamsi, ut ait Pap. quod notandum, patrono, cui Deus cœlum abstulerat, ducatum exhibeat; si ductarius sit patroni luminibus orbi. Utrique servire debet patriæ & patrono, ut *l.1. C.de libert. l.1. C.ad l. Visell.* Patria vero liberto non alia est, quam quæ patrono, ut constat ex *l. filii, §. municipes, & l. ejus, l.assumptio §.ult.h.t.* Manumissio quasi natalis dies municipem sive civem facit, *l.1. h.t.* Ælius Gallus apud B Festum, *Municeps est*, inquit, *qui in municipio a servitute se liberavit a municipe.* Et hoc quidem, ubi Pap. proposuit initio hujus legis, addit mox veluti exceptionem quandam in §.1. ut libertus tamen senatoris, qui senatoris negotia omnia procurat, excusetur a tutelis, licet tutelæ etiam sint munera civilia, quod ait esse ex Senatusconsulto. Sed hoc Senatusconsultum juris interpretes strictius acceperunt, puta, ut hanc immunitatem a tutelis habeat unus libertus tantum senatoris, qui ejus negotiis instat, non plures liberti, & ut libertus senatoris maris non feminæ, *h. e.* libertus clarissimi viri, non clarissimæ feminæ, *l.15. §.libertus, de excus.tut.l.13.C.eod.tit.* & ut immunitatem habeat a tutelis tantum, non a ceteris muneribus civilibus: & rursus libertus, qui, ut dictum est, patroni senatoris C negotia procurat, non etiam, qui tutelam filiorum ejus administret, *l.libertus, eod.tit.* non etiam libertus, qui jus annuli aurei impetravit, qui habetur pro ingenuo, non pro libertino, & ita est proditum in *l.1. & l.cum ex oratione, §.ult. eod. t. de excus. tut.* Itaque apparet SC. quod proponitur in hoc §.1. accipi restricte.

Ad §. Filium.

Filium pater decurionem esse voluit. Ante filium ex persona sua respublica debet convenire, quam pater ex persona filii. Nec ad rem pertinebit, an filius castrense peculium tantum possideat, cum ante militasset, vel postea.

D NOtandum est, patrem, cujus voluntate filiusf.decurio factus est, qua in re sufficit tacita voluntas, id est, taciturnitas patris, quæ consensum imitatur, eum, inquam, patrem, cujus voluntate filiusfamilias decurio factus est pro filio reipub. obligari ex nuda voluntate atque tacita quasi fidejussione, videl. eorum nomine, quæ filius gesserit in rep.ut *l.2.h.t.& l.1. C.de filiisfam.& quemadmod.pater pro iis teneat.lib.*10. Sed uti proponitur in hoc §. filium prius conveniri debere ex sua persona ob rem male gestam, quam patrem ex persona filii *l.1.C.de decurion.* sicut ante diximus in *l.15.* prius esse conveniendum nominatum ad magistratum vel munus publicum, quam nominatorem; prius esse excutiendum reum principalem. Ergo in hoc proposito pater non tenetur reip. aliter, quam si filius solvendo non sit; ut si nihil habeat filius in E bonis proprium, nihil habeat: sed si eo tempore, quo factus est decurio, habuerit castrense, vel quasi castrense peculium, vel acquisierit post decurionatum, nihil refert, ut ait Pap. quo quidem peculio periculum & damnum pecuniæ reip.sarciatur; & si sufficit, omnimodo liberatur pater, quia reus principalis est idoneus.

Ad §. Præscriptio.

Præscriptio temporum, quæ in honoribus reputandis, vel aliis suscipiendis data est, apud eosdem servatur, non apud alios. Sed eodem tempore non sunt honores in duab. civitatib. ab eodem gerendi. Cum simul igitur utrobique deferuntur, potior est originis causa.

No-

NOtandum est legibus esse præscripta tempora certa post depositum honorem municipalem, intervalla certa temporum, ut ait, quibus is, qui perfunctus est honore aliquo municipali, neque repetere cogitur eundem honorem, neque capere novum: hæc sunt tempora quinquennii in repetendo eodem honore. Nam qui eo functus est semel, non cogitur eundem repetere ante quinquennium. In honore autem novo adipiscendo est præscriptum triennium, ut ostenditur in *l.2.C. de munerib. & honor. non continuandis*, hæc obtinent in municipiis vel provinciis. In urbe autem post depositum honorem consulatus, vel præturæ ex Senatusconsulto servabatur quinquennium, puta, ne quis ante quinquennium sortiretur provincias, ut scribit *Dio* 40. & 53. & 58. Ac ne volens quidem ante quinquennium potest post Consulatum, vel præturam obtinere provinciam. At in municipiis etiam intra illa tempora, quæ dixi, quinquennii vel triennii volentes ad eosdem, vel alios honores accedere possunt, modo non eosdem junctim percurrant atque continuent, nec omni quidem spatio intermisso saltem, & hoc est, quod ait l.18. quæ sequitur. *Intervalla temporum, de quibus agimus in continuandis honoribus, invitis non etiam volentibus concessa, dum ne quis continuet honorem sine intermissione ulla.* Ergo qui perfuncti sunt honore aut munere publico, intra ea tempora inviti si vocentur ad eadem vel alia munera publica, ii possunt se tueri præscriptione legibus constituti temporis, cujus immunitate uti licet. Item (ut Papinianus ait in hoc §.) *præscriptio hæc temporum servatur apud eosdem.* Quod male initio Accursius interpretatur de familia ejus, qui semel munere publico, semel honore functus est, cùm hoc potius velit, hæc tempora servari apud eosdem, id est, in eadem civitate, ut & in Basil. ἐν τῇ αὐτῇ πόλει, non in alia civitate. Nam si duarum civitatum civis sum, & in una functus sim hoc anno duumviratu vel curatione quadam publica, mox sequenti anno in alia idem honos, idemve munus mihi invito deferri potest. Præscriptio igitur illa temporum pertinet tantum ad eandem civitatem, non ad aliam civitatem. At non omittit Papinianus, quod etiam non potuit omittere, non posse nos eodem tempore, eodem honore in duabus civitatibus fungi. Ut ecce non possum duumvir esse in duabus civitatibus. At cum forte in utraque civitate, quæ me civem habet, simul mihi idem honos defertur, quid fiet? Potior erit causa civitatis, ex qua ortus sum, potior erit causa originis: plus debemus patriæ originali & naturali, quam adscititiæ aut civili. In vindicando cive duarum civitatum potiorem causam habet civitas quæ genuit. Et hæc est sententia hujus §.

Ad §. Sola ratio.

Sola ratio possessionis, civilibus possessori muneribus injungendis, circa privilegium specialiter civitati datum, idonea non est.

IN hoc §. Papinian. ait, Solam rationem possessionis muneribus civilibus injungendis idoneam non esse, citra speciale privilegium, quod civitati dedit Princeps. Hanc sententiam Papiniani male Accursius accipit de personalibus muneribus, cum nominatim loquatur de muneribus possessori injungendis, hoc est, de muneribus quæ possessoribus injunguntur, quæ constat esse patrimonialia, non personalia *l.6. §. ult. & l. ult. §. patrimoniorum, de mun. & honor.* nominatim ergo loquitur de muneribus, quæ possessori ratione possessionis, tanquam possessori injunguntur, quæ munera patrimonii sunt. Munus patrimonii & munus possessionis idem est. Nec est quod Accursius moveatur *l. form. §. is vero, de censib.* quæ, si hæc Papiniani sententia accipiatur de patrimonialibus muneribus cum ea pugnare videtur, dum ait: Eum, qui in territorio alienæ provinciæ vel civitatis agrum possidet, in ea civitate, in qua ager est, tributum soli pendere debere: quod æquum sit agri tributum eam

A civitatem levare, in cujus territorio possidetur: & tamen Papin. ait: Solam rationem possessionis agri non sufficere, ut possessori indigantur munera, quæ possessionibus, possessoribusve indicuntur. Sciendum enim est, munera patrimonialia esse duplicia. Quædam possessoribus prædiorum indicuntur, tam exteris quam civibus & incolis; ut tributiones functionesque solemnes, ut tributa solemnia, quæ debentur fisco, *d. l. forma, §. is vero, & d. l. 6. §. ult. l. ult. §. patrimoniorum, de muner. & hon.* Eadem etiam munera, quæ dixi, omnibus possessoribus injungi, injunguntur & fœneratorib. licet nullum prædium possideant, quod maxime notandum est ex *l. filii, §. ult. hoc t.* etsi possessionem non habeant. Plerumque fœneratores omne patrimonium in pecunia habent. Ideoque ab iis videntur esse muneribus immunes, quæ

B possessoribus indicuntur: quia ipsi possessores non sunt: Nam possessores cum dicimus, prædiorum possessores dicimus. Et eam ob rem etiam veteri Senatusconsulto fœneratores jubentur duas partes patrimonii in solo collocare, apud Sueto. in Tib. ne fraus fiat solemnibus intributionibus, vel tributis soli. At postea placuit ut fœneratores, tametsi rem soli nullam habeant, perinde atque possessores solemnibus intributionibus fungerentur, *d. l. filii, §. ult.* Quædam alia sunt munera, quæ & possessoribus indicuntur, sed debentur civitati, non fisco; ut munus exigendi tributi, quod non penditur fisco. Munus exigendi tributi patrimoniale est, quia exactio fit periculo ejus, quem civitas exactorem creavit atque constituit; itemq; munus hospitis (quod metatum dicitur) in domum recipiendi, quo etiam non fungi-

C mur sine sumptu aliquo & erogatione: hæc munera, quæ civitas indicit: hæc civitatis onera non indicuntur omnibus possessoribus, sed iis tantum, qui cives sunt, vel incolæ, *d. l. 6. §. ult.* Et hoc est quod ait Papin. in h. §. solam rationem possessionis prædii, cui scilicet non est adjuncta causa originis, vel domicilii, seu incolatus, nudam rationem possessionis non obstringere nos iis muneribus, quæ civitas possessoribus indicere potest, quia sola possessio per se neque civem facit, neque incolam; & hoc est quod repetit idem Papin. in §. *sola domus, inf. Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit*, id est, ejus civitatis incolam eum, qui domicilium in ea possidet, non facit, & consequenter non obligat eum sola domus possessio civilibus muneribus, ne iis quidem, quæ patrimonio injunguntur, quod est proditum in *l. 4. C. de incol. & l. 52. C. Theod. de Decur.* Sedium positio & certa larium collocatio domicilium facit, non sola fundi aut domus

D possessio: & hoc est etiam, quod ait lex 35. hoc tit. Sententia legis hæc est, eum, qui in agro demoratur, vel diversatur tantum ad tempus ruris colendi gratia, non esse ejus loci vel civitatis, sub qua ager est, incolam. Qui moratur ad tempus in agro suo in aliena civitate, aut territorio alieno civitatis, non ideo est ejus civitatis incola, quia non utitur, ut ait ἐξαιρέτοις, id est, ejus civitatis muneribus non utitur præcipuis, veluti foro, curia, balneo, spectaculo, honoribusque publicis, qui iis utuntur, vel cives sunt, vel incolæ, ut *l. ejus qui, §. 1. hoc tit.* At iis hic non utitur. Ergo neque civis est ejus civitatis, neque incola; & ita etiam explicanda est *l. pupillus 239. §. incola, de verb. sign.* eum non esse incolam, qui ut-

E cunque in oppido moratur, sed qui se in oppidum quasi in sedem suam recepit, qui in eo oppido sedes suas habet, & constitutionem rerum suarum fecit. Et ita etiam explicanda est *l. 3. C. de incol.* si legatur negative ut vulgo. Verum huic sententiæ Papin. additur hæc exceptio; *Citra privilegium specialiter civitati datum*, quibus verbis significatur, ex speciali privilegio civitati dato etiam eos obligari omnibus patrimonialibus muneribus, qui neque cives sunt, neque incolæ, si vel unum prædium in ea civitate vel territorio possideant: jure communi non obligari, jure singulari, id est, privilegio obligari, ut in *l. 6. C. de incol. l. ult. §. præterea, de mun. & honor.*

Ad §. Postliminio.

Postliminio regressi, patriæ muneribus obtemperare coguntur, quamvis in alienæ civitatis finibus consistant.

SEntentia hæc est: Captivitate amissam patriam postliminio recuperari: omnia jura recuperari postliminio; ergo & jus patriæ. Sed ait, postliminio recuperari jus patriæ, etiamsi nondum ingressi simus civitatem ipsam, ex qua pater ortus est, sed in finibus consistamus, & in territorio alienæ civitatis in eadem provincia tamen, ut in *l. postliminio, §. postlim. de cap. & postlim. reverſ.* Ideoque statim atque postliminio regressi patriam attigimus, patriæ muneribus obtemperare cogimur, id est, inviti vocamur ad munera civilia: proprie patria, sive, ut Cic. loquitur, germana patria est ea, ex qua pater naturalis naturalem originem suam duxit, ut *l. assumptio, §. si filius, h.t.* non ea, ex qua originem nostram duximus. quod aperte est proditum in *l. 3. C. de munic. & orig. lib.* 10. Denique non ea, in qua nati sumus, sed in qua pater naturalis natus est. Itaque natus Lutetiæ, si pater sit oriundus a Roma, non Lutetiam, sed Romam habet patriam, Romanus nuncupatur, nisi & ipse pater Lutetiæ natus sit. Patria igitur non est omne natale solum, sed natale solum patris: hoc est jure civili certissimum.

Ad §. Exigendi.

Exigendi tributi munus inter sordida munera non habetur, & ideo decurionibus quoque mandatur.

MUnus exigendi tributi, quod est patrimoniale munus (quoniam exactio fit exactoris periculo, *l. 1. §. 1. l. 3. §. exactionem, de mun. & honor.*) hoc inquam munus recte decurionibus mandatur, quia non habetur inter sordida & viliora munera. Decurionibus sordida munera non mandantur, veluti obsequium pistrini, vel coquendæ calcis, vel etiam panis civilis, *l. pen. C. de subscriptorib. & arcar. lib.* 10. at munus exigendi tributi, redigendi tributi quod debetur fisco, injungi potest etiam decurionibus. Ergo non est sordidum munus.

Ad §. Ex causa.

Ex causa fideicommissi manumissus in muneribus civilibus manumissoris originem sequitur, non ejus, qui libertatem relinquit.

DUbitabatur cujus originem sequatur is, qui ex causa fideicommissi manumissus est, an testatoris, qui reliquit fideicommissariam libertatem, qui rogavit manumitti: an heredis vel legatarii, qui manumisit? nam in plerisque causis is, qui manumisit ex causa fideicommissi, pro patrono non habetur, tametsi revera sit patronus. Ideo autem in plerisq; causis pro patrono non habetur, & jus patroni non habet, quia libertatem non dedit, sed solvit debitam. Is tantum jure civili videtur esse patronus, qui gratuitam libertatem dedit, non debitam. Hic quia libertatem debitam coactus dedit, in plerisq; causis jus patroni non habet, *l. nequaquam, de excuſ. tut. l. qui ex causa, de bon. liber. l. 1. C. de lib. & eorum lib.* Attamen in quæstione proposita placet manumissum ex causa fideicommissi, sequi potius patriam heredis vel legatarii, qui manumisit, & in ea fungi muneribus civilibus, quam patriam testatoris: quia ea fuit mens testatoris, ut manumissoris patriam sequeretur, utque eum solum patronum haberet, nec esset libertus orcinus.

Ad §. In adoptiva.

In adoptiva familia susceptum, exemplo dati muneribus civilibus apud originem avi quoque naturalis, respondere Divo Pio placuit: quamvis in isto fraudis nec suspicio quidem interveniret.

JAm diximus in *l. 15. §. ult. h.t.* filium adoptivum etiam patris naturalis naturalem originem sequi, nedum patriam patris adoptivi, denique utriusque patris originem sequi. Cur etiam patris naturalis? ratio, quam ibi non exposuimus, hæc est: nam si dicamus patriam patris naturalis amitti per adoptionem, per hanc causam, in fraudem reip. se quisq; dabit in adoptionem, ut se subtrahat munerib. patriæ suæ originariæ. Fraude carere adoptio debet, *l. cum ratio, de bon. damn. l. fideicommissum, de cond. & demon.* & Cic. pro domo sua: *Ne qua in adoptione calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibetur.* Et huic adoptioni, aut omni adoptioni videtur inesse fraus, aut suspicio fraudis justa: ut mutet quis familiam suam, ne patriæ suæ naturalis munerib. fungatur, sperans aut existimans per adoptionem mutari etiam civitatem: quod jus non patitur, ne commento adoptionis etiam fraus admittatur. Unde dubitatur cum fraudis suspicio faciat, ut qui se dat in adoptionem, non ideo minus sequatur originem patriæ patris sui naturalis, an nepos ex filio adoptivo natus, susceptus in adoptiva familia, aut naturalis originem sequatur, quia in nepote nato in adoptiva familia ex adoptivo filio cessat suspicio fraudis, cum non sit datus, non adscitus in adoptivam familiam, sed natus. Et eadem ratione mulier per matrimonium longe aliter, quam per adoptionem desinit sequi originem patris sui naturalis, *l. ult. §. item rescripserunt, h. tit. l. uni, C. de mulierib. in quo loco mun. sexui congr. & conv. exequi debent.* Quia scilicet nulla potest intervenire suspicio fraudis in votorum festinatione, in nuptiis contrahendis: nec videtur de fraudanda sua civitate potissimum cogitare, quæ per nuptias in aliam civitatem transit. Ideoque per matrimonium mulier amittit naturalem originem sui patris: quia necessario eligit nuptias, & in rem etiam publicam. At in nepote suscepto in adoptiva familia, licet datus non sit, sed natus in ea, quoniam hoc res ipsa attulit, natura perfecit, non opera nostra, non commentum nostrum, aut fraus excogitata a nobis, videtur æquum, ut desinat sequi patriam avi naturalis. Sed ut proponitur in hoc §. Divus Pius idem constituit in nepote edito in adoptiva familia, ut sc. sequatur utramque patriam patris sui, id est, filii adoptivi. Nam ita jus est, ut conditionem patris sequatur filius ex justis nuptiis procreatus. Pater est duarum civitatum civis in hac specie. Ergo & duarum civitatum civis erit nepos ex eo susceptus.

Ad §. Error ejus.

Error ejus, qui se municipem aut colonum existimans, munera civilia suscepturum promisit, defensorem juris non excludit.

QUidam cum falso existimaret, se esse municipem vel incolam certæ civitatis, vel colonum, per errorem ei civitati promisit, se facturum munera civilia, respublica in eo laboraret, & quæreret idoneum, qui ea obiret munera civilia. Deniq; per errorem promisit, se ea suscepturum munera, ac si deberet his muneribus fungi, tanquam civis vel incola. Ex hac promissione in eum reipublicæ competit actio, sed tueri se potest exceptione doli mali, qui rem indebitam promisit per errorem, quam Papinianus vocat juris defensionem, ut *l. sufficit, de cond. indeb.* Exceptio quid est? defensio juris: poterit ergo se tueri exceptione doli mali: & addatur, ei quoq; competere condictionem liberationis, condictionem incerti, ut scilicet eum liberet respublica, & absolvat promissione sua, argumento *l. 2. §. aliud juris, ff. de donationib.*

Ad §. Patris domicilium.

Patris domicilium filium aliorum incolam civilibus muneri-

neribus alienæ civitatis non adftringit: cum in patris quoque perfona domicilii ratio temporaria fit.

HOc loco neceffario repetendum eft, quod fupra attigi, filium fequi originem patris naturalis, non originem propriam, *l.adfumptio, §.filius, h.t. l.3. C.de municip.& orig. lib.*10. pro qua heri male adduxi *l.3. C.de incolis*, quoniam eft *l. 3. C. de municip. & orig.* quæ aperte demonftrat, filium fequi originem patris naturalis, non propriam, nifi in ea retineatur jure domicilii, non etiam originem matris. Patria dicitur a patre, ut oftendit *l.1. C. ubi petant. tut.* Patriam a patre dicimus, non a matre, quod etiam oftendit *l. nullus, C. de decurionib.* Præter quam fi fpeciale privilegium datum fit civitati, ut eam civitatem fequantur, quibus matres fint ejus civitatis cives, *l.eos qui C. eod. tit.* Alias patrem patriæ non ducimus a matre, fed patriam a patre totam. Et inde notum, quod Virgilius lib.8. ait:

Gnatum exhortarer, ni miftus matre Sabella
Hinc partem patriæ traheret.

Non eft fecundum jus, fed poetice dictum, ut & Sidonius Apollinaris docet 4. Epiftol.cum ex eo loco Virgilii tentat, & originem matris computari in partem patriæ. Sequitur etiam filius originem patris adoptivi, ut dixi in *§.in adoptiva, & l.15. §. ult.* Domicilium autem patris filius non fequitur, & ita eft expreffum in *d.l.adfumptio, §.filius*: filius civitatem, ex qua pater ejus originem ducit, non domicilium fequitur: hoc Papinian. in h. §. ita verum effe declarat, ut filius non fequatur domicilium patris, fi ipfe filius non in ea civitate, in qua pater domicilium habet, fed in alia civitate fibi domicilium fecit. De filiof. loquitur: filiusf. poteft domicilium proprium habere ubicunque voluerit, *l. 3. & 4.hoc tit.* ergo non cogitur fequi domicilium patris, fed quodcunque vult fequitur, & addit rationem Papinian. quia in patris quoque perfona domicilii ratio temporaria eft, non perpetua; hoc eft, incolatus patris non eft certus, non eft certum domicilium. Filius non fequitur incertam & temporariam fedem patris, fed eam, quam ipfe fibi fedem delegerit. Cœli & domicilii libera cuique electio eft, patrifamilias vel filiofamilias, *l.miles, hoc tit.*& ita five etiam ingenuo five liberto: nam & libertus fi alterius civitatis fit incola, *h.e.* fi in alia civitate domicilium fixerit, non fequitur domicilium patroni, originem fequitur. Originis ratio eft perpetua, originem patroni fequitur, non domicilium, qui fibi aliud domicilium fecit, *l.ejus qui manumifit, h. t.* At filius vel libertus, fi alterius civitatis fit incola, tum fane fequitur domicilium patris vel patroni, ut *l.adfumptio, §.ult.l.filii in pr.hic.*Et hæc fententia hujus §. Quod dixi initio, originem patris naturalis patriam facere, non originem propriam: ex eo jure noftro, quod eft certiffimum, non jure quo utimur, velim vos annotare, quoties in jure noftro fit mentio loci, ex quo quis oriundus eft (fit autem mentio innumeris locis, *l.adfumptio, in pr.l.pen.hujus tit.l.pen. de fenat. l.7. §.interdicere, & §.feq. de interd. & releg. l. Divus, de tut.& cur.datis*) in his omnibus locis oriundi, originis appellationem effe accipiendam proprie pro origine paterna, ut fcil. notetur ea appellatione locus originis paternæ, non natale folum, in quo quis natus eft. In his omnibus locis retenta propria eft fignificatio verborum aliter, quam fentiat Ant. Auguftin. & ut fentit Alciatus fignificatur locus originis paternæ, non natale folum in quo quis natus eft. Nec obftat *l.provinciales, de verb.fignif.* quæ prima facie videtur effe difficilis, imo falfa, quia & generaliter facta eft, & vera tamen fpecialiter, *h.e.* non pertinet ea lex ad omnes partes juris, ficut nec ulla lex tituli illius, vel tituli de reg. jur. Et ait, *provinciales effe eos, quin in provincia domicilium habent*: hoc eft veriffimum, fed fubjicit, *eos non effe provinciales, qui ex provincia oriundi funt*, id eft, *qui patrem habent provincialem*; quod generaliter eft falfum, ut patet ex fuperioribus. Specialiter eft verum: nam pertinere videtur tantum ea fententia ad eas conftitutiones principum, quibus Præ-
A fes provinciæ, vel Procurator Cæfaris, vel Præfectus cohortis, vel tribunus militum, vel etiam quicumque in provincia meret, & officium aliquod adminiftrat, prohibetur mulierem provincialem uxorem ducere, quia per impreffionem fæpe, & poteftatem invitas plerumque ducerent uxores nobiliores in ea provincia, ideoque qui officium aliquod adminiftrat in provincia, provincialem ducere non poteft, *l.3. §.1. de don. inter vir. & uxor.* In his Conftit. provincialis non æftimatur ex fola origine patris naturalis fine domicilio. Nam ea, quæ oriunda eft ex provincia Narbonenfi, nec tamen eam provinciam incolit, id eft, in ea domicilium non habet; jure ducitur uxor a Præfide provinciæ Narbonenfis, vel ab eo, qui ibi meret, quia ceffat ratio potentatus, qui hujufmodi nuptias prohibuit *l.præfectus, de rit. nupt.* neque enim Præfes pro-
B vinciæ, vel qui aliud officium in provincia adminiftrat, quidquam poteft in eam, quæ ibi domicilium non habet. Igitur quod ait *l.fi quis officium, de ritu nupt.* eum, qui officium adminiftrat in provincia non poffe ducere ibi oriundam, vel ibi domicilium habentem, pugnare videtur cum *d.l.provinciales*, quæ pro provinciali non habet eam, quæ provincia oriunda eft. Sed brevis diftinctio rem expediet. Non poteft ducere ex ea provincia oriundam, fi in ea habeat domicilium, fed alibi domicilium habentem, licet inde oriunda fit, quafi non habeatur pro provinciali, jure ducere poteft. Denique provincialis non eft in hac quæftione, quæ ex provincia oriunda eft, fi in ea domicilium non habeat, fi in ea larem non habeat, fed quæ in ea domicilium habeat, licet aliunde oriunda fit: & ita explicanda *d. l. provinciales.*
C

Ad §. In quæftionibus.

In quæftionibus nominatos capitalium criminum ad novos honores ante caufam finitam admitti non oportet. Ceterum dignitatem priftinam interim retinent.

HIs verbis non fignificat fimpliciter nominatos ab indice, fed etiam accufatos capitalium criminum. Nam qui tantum nominatus fuit ab indice, necdum reus poftulatus eft judicio publico, non prohibetur aut arcetur novis honoribus, *l.6. §.fi quis accuf. de munerib.& honor.* At quia accufatus eft, qui factus ab accufatore reus capitalis criminis, novos honores, quamdiu eft in reatu, petere non poteft ante caufam finitam, antequam pur-
D gaverit innocentiam fuam, ante fententiam, *l.3. §.quod pater in reatu, & l.reus, de munerib. & hon.& l.1. C.de reis poft. lib.*11. cum qua puto effe conjungendam *l.reum, C. de proc.* quæ etiam reo poftulato in caufis agendis interdicit procuratoris officio. Tantum igitur abeft, ut reus delatus, honore novo fungi poffit, ut non poffit in litibus ut procurator pro alio intervenire. Recte ait, *Novos honores*, nam priftinum retinet, ut fi fit decurio, qui in crimen vocatur, decurionatus honorem retinet, ideoq; tormentis & pœnis plebejorum fubjici non poteft. Et hæc eft fententia Papin. Ut prifcos honores in crimen vocatus retineat, non novos adipifcatur ante abfolutionem, ante finitam litem. Quod jus ex urbe videtur manaffe ad municipia; nam apud Salluftium legimus, Catilinam fuiffe prohibitum confulatum petere, quod reus effet repe-
E tundarum. Et M.Tullius contra Rullum; cum recenferet juftas caufas repulfarum, quæ tamen non erant exceptæ lege Agraria: *Hac lege*, inquit, *non excipitur adolefcentia, non legitimum aliquod impedimentum, non magiftratus, non poteftas ulla aliis negotiis & legibus impedita, non reus denique, quominus decemvir fieri poffit.*

Ad §. penult.

Sola domus poffeffio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. Nominati fucceffioris periculum fidejufforem nominantis non tenet.

SEntentia hæc eft: fidejufforem magiftratus five duumviri municipalis, qui cavit rempublicam falvam fore, tene-

teneri pro iis, quæ geſſit magiſtratus in magiſtratu ipſo: non teneri autem eum fidejuſſorem pro eo, quem honore depoſito magiſtratus ſibi ſucceſſorem nominavit: quia ſc. in cauſam adminiſtrationis fidejuſſit, non in cauſam nominationis, ut *l.2. C.de per. tut.* Tenetur ergo de adminiſtratione magiſtratus tantum, non ex nominatione, ſed ipſe ſolus, qui nominavit tenetur, ſi res ſervare non poſſit ab eo, quem nominavit, ut *l.15. §.in eum, ſup.* At notandum, aliud eſſe in patre, cujus voluntate filius decurio factus eſt, nam & hic reip. obligatur pro eo, quem filius ſibi ſucceſſorem nominavit in magiſtratu, *l.2. h.t.* Plenior eſt obligatio patris quam fidejuſſoris, quoniam pro eo tenetur pater generaliter, quod geſſit filius in rep. & in eo jure Gesti appellatio latiſſime manat. Pars geſti eſt nominatio. Ergo cum filius patris voluntate decurio factus ſibi ſucceſſorem nominaverit, eo nomine tenetur etiam pater, quia plus eſt quam fidejuſſor, & quaſi reus ipſe, cum pater & filiusf. pro uno homine habeantur. Et hac diſtinctione inter fidejuſſorem & patrem etiam utimur in ſpecie §.ult. ad quem venio.

Ad §. ult.

Fidejuſſores, qui ſalvam rempublicam fore reſponderunt, & qui magiſtratus ſuo periculo nominant, pœnalibus actionibus adſtringuntur, in quas inciderunt hi, pro quibus intervenerunt. Eos enim damnum Reipublicæ præſtare ſatis eſt.

Fidejuſſores magiſtratus cavent, ſive ut loquitur Papin. in hoc §.ult. ſpondent rempub. ſalvam fore, *h.e.* damnum præſtare, quod re per magiſtratum male geſta reip. contigerit. Itemq; reſpondiſſe .i. reſpondiſſe intelliguntur nominatores magiſtratuum, qui ſuo periculo ſucceſſores nominant: utitur Papin. ut dixi, *reſpondendi* verbo; cum etiam in idiotiſmo noſtro utimur aptiſſime, *Ie reſpons, ie fay bon pour toy*, quia omnis fidejuſſor aut quicunq; pro fidejuſſore habetur, tenetur ex reſponſo, aut velut ex reſponſo, quod interroganti reſponderit, ſe daturum vel facturum id, de quo interrogatus eſt. Eodem ſenſu etiam Græci dicunt ἀντιφωνεῖν, & ἀντιφωνητὴν, *reſpondentem*: ſed noſtri auctores eo verbo tantum utuntur in conſtituta pecunia, non fidejuſſione, quamquam, & fidejuſſioni conveniret non minus, quam conſtitutæ pecuniæ reſpondendi verbum. Ergo fidejuſſores & nominatores magiſtratuum cavent de re pecuniaria, cum caveant remp. ſalvam fore, non etiam cavent de pœna aut mulcta, in quam inciderit magiſtratus, qui male adminiſtraverit, quia pœna ea eſt extra remp. & conſequenter tenentur tantum reipublicæ iis actionibus, quæ rei perſecutionem habent, non actionibus pœnalibus: ut ſi magiſtratus pœnæ ſit obnoxius, ob interverſam pecuniam publicam: eo nomine reip. non tenentur, *l.fidejuſſores, de fidejuſſ. l.un. C.de per. eorum, qui pro magiſtr. interven. lib.*11. Ut autem diximus in §. *penult.* aliud eſſe in patre, ita jure videmus nos poſſe dicere, & in hoc §.*ult.* aliud eſſe in patre, quoniam latior eſt obligatio patris, cujus voluntate filius decurio factus eſt: ergo tenebitur pater in pœnam quam incurrit filiusf. culpa ſua, qui præſtat omne factum filii. Verum trahi velim, quod ait Papin. in hoc §. ult. de fidejuſſoribus magiſtratuum, etiam ad fidejuſſores tutorum: nam & tutela munus civile eſt, & ſtipulationis eadem eſt formula: rem pupilli ſalvam fore, in qua etiam nominatim dicitur in *l. cum pupillus, rem pupil. ſal. fore*, id venire tantum, quod venit in actionem tutelæ, quæ rem familiarem pupilli perſequitur, ut ſalva ſit pupillo, non pœnam. Ideoque fidejuſſor tutoris tenetur in ea, quæ veniunt in actionem tutelæ, quæ rem perſequitur, non etiam in ea, quæ veniunt in actionem rationibus diſtrahendis, quæ eſt pœnalis in duplum, quoniam non in cauſam pœnalem ſe obligavit, ſed in cauſam tantum ſervandæ rei pupillaris.

Ad L. VI. de Decurion. & eor. fil.

Spurii decuriones fiunt: & ideo fieri poterit ex inceſto quoque natus: non enim impedienda eſt dignitas ejus, qui nihil admiſit.

In hac l. 6. reſpondet Papin. ſpurios, hoc eſt, natos ex ſtupro, ordine decurionum non prohiberi, quia, inquit, *impedienda non eſt dignitas ejus, qui nihil admiſit*, qui innocens eſt, qui patris, non ſuo vitio laborat, ut *l.legem, C. de natur. lib. l.2. §. pen. hoc tit.* quia nec in poteſtate cujuſquam eſt, quemadmodum naſcatur: eademque ratione, nec qui nati ſunt ex inceſto prohibentur, decuriones fieri. Naſcendi conditio infamem non facit, ſed vitæ inſtitutique tantum ratio turpis & nocens. Itaque ſpurii inceſti ſi re & vita honeſti ſunt, non prohibentur decuriones fieri & Senatores municipales, maxime ſi deficiant competitores legitime quæſiti: quia id nec ſordi erit ordini, cum ex ejus utilitate ſit, ſemper ordinem plenum habere, *l.3. §.ſpurios, h.t.* & contra ex inutilitate ejus, & incommodo ordinem paucitate hominum langueſcere, ut in *l.32. C. Theod. eod. tit.* denique propter penuriam maxime competitorum; qui legitime quæſiti ſunt, vulgo quæſiti recipiuntur in civitatem & curiam: ut & ipſe Ariſtot. ait 3. Politic.

Ad §. Minores.

Minores 25. annorum decuriones facti, ſportulas decurionum accipiunt, ſed interim ſuffragium inter ceteros ferre non poſſunt.

In ſecundo autem reſponſo ponit minores 25. annis decuriones creari & Senatores municipales, quod tamen non fit temere, ut oſtendit *l. non tantum, hoc tit. & l.3. C.quando prov. non eſt nec.* ſed ex cauſa, ut ſi ſit inopia civium majorum natu, *l.1.C.qui, & adv. quos reſt. in int. l.1. C. qui ætate ſe excuſ. lib.* 10. vel ſi minor 25. annis liberos jam quæſierit ex juſtis nuptiis: nam ex l. Julia & Papia ſinguli anni per ſingulos liberos remittuntur, *l.2. de minor.* ut ſi tres habeat liberos anno vigeſimo ſecundo decurionatum in patria ſua petere poteſt: nam quot habet liberos, tot etiam legi annuariæ deminuuntur anni. Idem etiam dat hujus ætatis hominibus municipii longa conſuetudo, *l. ult. in fin. hoc tit.* aut princeps, ut *l. pen. §.1. hoc tit.* nonnunquam etiam hoc datur infanti, ut a patre allegatur in ordinem decurionum, ut a patre detur curiæ, quæ datio etiam naturalem filium juſtum & legitimum facit, & quandoque etiam infantes a patre cooptari in curiam oſtendit *l.Lucius, §. Impp. ad municipal. l. 1. C. de mun. & hon. non cont. l.19. C. Theod. de decur.* Verum ut exponamus dictam *l. pen. §.1. h. t.* initio ea lex ait, *Plebejos relegatos ad tempus, & reverſos finito exilii tempore, non poſſe allegi in ordinem decurionum ſine permiſſu & indulgentia principis, quæ proficiſcatur ex aliqua juſta cauſa*, cujus mox exemplum ſubjicit in §. 1. Si reverſus ab exilio minor ſit 25. annis, quamvis eum repelleret a decurionatu, cum exilii cauſa, quod ſuſtinuit, tum ætatis ratio: tamen permotus princeps vultu & dignitate, quæ in ea ætate potiſſimum effloreſcit, hoc ei permiſit, ut decurionatum in patria ſua obtineret, peteret, nec expectaret Princeps progreſſum ætatis ab excellente eximiaque virtute, cujus ſpem faciebat dignitas, id eſt, reverentia oris, vultus, indoles. Dignitas, id eſt, reverentia oris, quæ etiam eo loco definitur certa ſpes ejus honoris, certa ſpes bene gerendi magiſtratus, certa ſpes bonæ frugis, ut a Græcis indoles definitur καλὴ ἐλπὶς ἐν τῷ νεοτέρῳ. Verum in ea *l.pen. §.1.* ſic lego, *niſi ejus ætatis fuerint, ut nondum decuriones creari poſſent, & dignitas*: addita ſubdiſtinctione, *certa ſpes ejus honoris*, & alia addita ſubdiſtinctione, *id faceret, ut princeps id indulgere poſſit*: ſic denique lego, ut non recedam a Florent. niſi quatenus pro *ſpem* lego *ſpes certa*. Certa ſpes ejus honoris, eſt definitio dignitatis, quo verbo etiam in eadem ſignificatione uſus eſt Marcus Tullius pro Cælio: *Quid non tribui poſſit huic ætati?* inquit, *quid dignitati?* Dignitas oris id efficit, ut Princeps

poſſit

possit indulgere decurionem minori 25. annis: & hic sensus est §.1.*l.pen.* elegantissimus: nec in ea lectione quicquam potest demi. At si minores 25. annis ex causis supradictis, aut ex aliqua causa, quæ supradicta est, fiant decuriones, Papinianus docet hoc loco accipere quidem eos sportulas & honoraria decurionum, sportulas, inquam accipere inter ceteros, quas ordini erogant novi decuriones, ut significat *l.6.de donat.int.vir.& ux. Si mulier*, inquit, *pecuniam a marito acceptam in sportulas pro cognato suo ordini erogaverit*. Erogantur pro introitu, sicut Plinius ait in *epist.ad Trajanum lib.10.ep.48.& 115.de ejectione decurionum*, sicuti pro introitu militiæ in *l.pen.* §.*pen. & ult. de leg.* 3. pro introitu sacerdotii apud Suet. in Claud. *Erogantur*, inquit, *sportulæ ordini a novo decurione, nisi gratuito ei decurionatus concessus sit*: ut in antiqua inscriptione, quæ sic habet: *Titio ob merita patriæ honorem decurionatus gratuitum decrevit ordo decurionum & Augustus & plebs universa*. Minor igitur 25. annis si forte factus sit decurio, accipit quidem sportulas & commoda decurionatus inter ceteros, sed in curia interim suffragium inter ceteros non fert, antequam pervenerit ad justam ætatem, id est, ad 25. annum. Et hæc est sententia hujus responsi, quæ proponitur etiam in *l.8.de mun.& honor.* & quod ante notavi ex *l.pen.inf. hoc tit.* constat dignitatem in adolescente nonnunquam efficere, ut ei Princeps decurionatus honorem indulgeat: quod faciat certam spem bene gerendi hujus honoris, congruit cum eo, quod ait Marc.Tull.5.Philippica, *ab eximia ætate non esse expectandum progressum ætatis*. Et Plin. in epist. *ab optima indole non exigi annorum numerum*, & Valerianus apud Vopiscum in Probo: *Non expectari ætatem in eo, qui fulgeat virtutibus & moribus polleat*. Et hoc solum est, quod nos adnotare oportet de minoribus 25. annis.

Ad §. Decurio.

Decurio etiam suæ civitatis vectigalia exercere prohibetur.

Sequitur in §. *decurio*, Decurionem non posse suæ civitatis vectigalia conducere & exercere, quod etiam est proditum in *l.97. C.Theod. eo. tit.* & videtur ab urbe pervenisse ad municipia: nam in urbe Senatoribus non licebat, neque per se, neque per interpositam personam ab ærario vectigalia conducere, ut Asconius scribit ad orationem in Antonium, & Dio in Adriano, μὴ τὶς βουλευτὴς, μήτε λογιστὴς τελώνης ἔστω, ne quis senator ullum vectigal, ne minimum quidem conducat, vel per se, vel per alium, quia res est indigna Senatore & decurione, qui est Senator municipalis. Qua ratione non possunt Senatores vel decuriones conducere publica vel fiscalia prædia, *l.2.*§.*1.de admin.rerum ad civit. pert. l.1. C. quib.ad cond. præd. fisc. acced. non lic.* non licet conducere prædia privatorum, *l.curialis, C.de loc.l.4.hoc tit.* nec suscipere procurationem alienorum negotiorum: & quia indignum est, & ne avocentur aut summoveantur muneribus civilibus, *l. si quis procur. C. de decur.* μηδὲ ἀλλότρια τελωνίζεσθαι. Et conductio est procurationis species, ut eleganter ait Novella Theodosii: ne curia alterius prædium conducat. Conductor est veluti procurator domini.

Ad §. Qui Judicii.

Qui judicii publici quæstionem citra veniam abolitionis deseruerunt, decurionum honore decorari non possunt, cum ex Turpilliano SC. notentur ignominia, veluti calumniæ causa judicio publico damnati.

Ex hoc §. intelligimus, infames fieri decuriones non posse, quia decurionatus honor est, quod habuimus in *l.15. ad municip.* Sed ponit exemplum Papin. in hoc §. in damnatis calumniæ publico judicio legis Rhemmiæ, qui utique famosi sunt: itemque in accusatoribus damnatis desertionis lege Petronia, & SC. Turpilliano, ob desertam judicii publici accusationem non petita venia abolitionis. Et ait Papinianus, *Publici judicii*, quia qui deserit accusationem extraordinariam, non incidit in pœnam SC. Turpilliani, nec si damnetur, notatur infamia, *l.si quis*, §.*1.ad SC.Turpill.*

Ad §. Pater qui.

Pater qui filio decurione creato provocavit, etsi præscriptione temporis exclusus fuerit, si quod gestum est non habuit ratum, muneribus civilibus pro filio non tenebitur.

Ex hoc §. notandum est, Patrem, qui decurionatui filiisf. non consensit, civilibus muneribus non obligari pro filio, in id, quod Reip. abest, ob ea, quæ filiusf. gessit in republica, quia huic honori non consensit, ut *l.3.C.ne fil.pro.pat.* Et non consentire patrem Pap. ait, si filio decurione creato contrariam voluntatem contestatus sit, ut *l.seq.*§.*ult.* vel ut Pap. si, quod gestum est, ratum non habuit, etiamsi appellaverit a nominatione seu creatione filii ad decurionatum, & forte causam vitio suo perdiderit, per præscriptionem lapsis temporibus appellationis, ut in *l.furti*, §.*1. de his qui not. infam. l.Herennius*,§.*ult. de evict.* quia etiam necesse non habuit appellare, *l.ult.C.de filiisf.& quemadm. pater pro iis ten.* Itaque facile potuit omittere appellationem, nec exequi, cui satis erat contradicere civitati nominanti filium, & vocanti ad decurionatum, apud acta Præsidis, vel alio modo. Et hæc est sententia hujus §. cui tamen prima facile videtur obstare *l.2.C.de filiisf.& quem adm. pater.* dum ait, patrem, qui filio creato decurione appellat, ostendere causam ad se pertinere, hoc est, causam suam facere, cum satis habuerit contestari contrariam voluntatem: quod cum non fecit, appellando causam suam fecit, & reip. tenebitur, si pronuntiatum sit, non juste appellatum fuisse. Sed apparet eam l. 2. esse intelligendam de patre, qui appellavit, cum contrariam voluntatem contestatus non esset: hic sive perferat causam appellationis & vincatur, sive non exequatur, acquiescere & consentire creationi videtur, quia appellando rem suam fecit. At in hoc §.Papinian.ponit, patrem, quod gestum est, id est, nominationem filii ratam non habuisse, hoc, contradixisse, ac deinde appellasse, quæ appellatio cum sit supervacua, etiam omittitur impune, ac si non intervenisset.

Ad §. Ultimum.

Privilegiis cessantibus ceteris, eorum causa potior habetur in sententiis ferendis, qui pluribus eodem tempore suffragiis jure decurionis decorati sunt. Sed & qui plures liberos habet, in suo collegio primus sententiam rogatur, ceterosque honoris ordine præcedit.

Papinianus in hoc §.ostendit, quo ordine in curia rogentur sententiæ a decurionibus, & ordo quidem vetus & translatitius, cujus exemplum etiam ab urbe pervenit ad municipalia, hic est, ut antiquiores primi rogentur sententiam, primi proponant arbitrium suum, ut *l.1. tit.seq.* Sed Papinian.ostendit in hoc §. aliquando præferri etiam juniores, aut novos decuriones, puta eos, qui pluribus suffragiis eodem tempore concordibus honore decurionatus decorati sunt tanquam excellentiores & potiores. Et præferri etiam eos, qui numero liberorum subnixi sunt: nam patres & in sententiis ferendis, & in processu, & concessu, & in albo scribendo præferuntur orbis, *l.in albo, C.eod.tit.* Constat etiam omnino eos præferri, qui specialem suffragii prærogativam habent, quam in Senatu plerumque habuit princeps, ut de Tiberio Tertullianus scribit in Apologetico, *retulisse Tiberium ad Senatum de Christo cum prærogativa suffragii sui.* Constat etiam eos præferri, qui privilegium aliquod summæ dignitatis habent, ut *l.1.tit.seq.* Sed his privilegiis cessantibus, ut Papinian. ait hoc loco, quæ sunt po-

potiora, ſane ordine primi rogantur ſententiam, qui plurium conſenſu decurionatum adepti ſunt: & qui liberos habent, hi rogantur poſt privilegia. Qui primus ſententiam rogatur, princeps Senatus dicitur in urbe, & Senator primæ ſententiæ: ſecundus vero ſenator, dicebatur ſecundæ ſententiæ, aut conſularis ſecundæ ſententiæ apud Spartianum in Adriano, & Vopiſcum in Aureliano & Tacito: conſularis primæ ſententiæ.

Ad L. VIII. de Vacant. & excuſ.

In honoribus delatis neque major annis ſeptuaginta, neque pater numero quinque liberorum excuſantur, ſed in Aſia ſacerdotium provinciæ ſuſcipere non coguntur numero liberorum quinque ſubnixi, quod optimus maximuſque Princeps noſter Severus Auguſtus decrevit, ac poſtea in ceteris provinciis ſervandum eſſe conſtituit.

EX primo reſponſo hujus legis intelligimus a muneribus civilibus in provinciis excuſare numerum quinque liberorum, qui modo incolumes ſint, id eſt, vivant, ſive bello amiſſi ſint, quoniam in bello amiſſi pro ſuperſtitibus habentur, *l.ult.hoc tit.l.bello, de excuſ. tut.* quia ut eſt in Inſtit. *per gloriam vivere intelliguntur, qui pro Republica ceciderunt*, qui per virtutem bellicam interierunt. Et additur a muneribus civilibus excuſare ætatem ſeptuaginta annorum, a munerib. civilibus perſonalibus, veluti a cura frumenti comparandi, *l. 3. §. quominus, & §. cura, ſup.tit.prox.* vel a tutelis & curationibus, & aliis muneribus perſonalibus, *l. 3. tit.ſeq.l. ſi ultra, C.de decur.* & jampridem oſtendi in *l.ult. C.qui ætate ſe excuſ. lib.* 10. non eſſe legendum majores LV. annis, ſed majores LXX. annis, invitos ad munera perſonalia non vocari, quia nonniſi hujus ætatis ſenes a muneribus perſonalibus excuſantur: at ab honoribus municipalib. neque ætas LXX. annorum excuſat, neque numerus quinque liberorum, ſed neque a muneribus, quæ honoribus cohærent. Excuſat quidem a muneribus perſonalibus, ſed non etiam ab honoribus vel muneribus quæ honores neceſſario conſequuntur, *l.2.§.1.hoc tit.l.2. §.ult.de decur.l.1.C.qui num.lib.ſe excuſ.* ubi hoc modo legendum eſt: *Numerus liberorum ab honoribus non excuſat*, id eſt, numerus quinque liberorum: & hoc eſt, quod ait Papinianus in hoc primo reſponſo: In honoribus delatis, neque majorem annis LXX. neque patrem numero quinque liberorum excuſari, qui tamen in re decurionatus, quamvis hic quoque honos ſit, multum diſtat a ceteris honoribus: nam a decurionatu excuſat ætas LV. annorum, *l.2.§.ult.l.non tantum, ff. de decur.* ab aliis honoribus nulla ætas excuſat. Diſtat & in aliis pleriſque: nam ab honore ad eundem, vel alium honorem, eſt certi temporis, puta, quinquennii vel triennii vocatio, *l.17.§.præſcriptio, ad munic.* a decurionatu ſuſcepto ad alium honorem nulla intercapedo eſt, nulla vacatio, *l. 5. hoc tit.* item impuberes ex cauſa ad decurionatum admittuntur, *l.Lucius, §.Imperatores ad municip.* non ad alios honores, nec ſi ſit inopia civium, antequam pervenerint ad juſtam ætatem, *l.2.§.ult. tit. ſeq.* item decurio vel plebejus relegatus ad tempus finito tempore beneficio Principis decurio creari, & in ordinem legi poteſt, non etiam adipiſci novos honores, antequam tantum temporis in curia, in quam allectus eſt, fuerit, quantum fuit in exilio, quod habuimus ſupra in *l. 15. ad municip.* At hæc dicere quis poſſet & obloqui? Si a decurionatu excuſatur major LV. annis, & per conſequentiam a ceteris honoribus excuſatur, quia ceteri honores ſolis decurionibus deferuntur, non plebeiis, *l.honores, §.pen.de decur.* Ergo falſum eſt, majores LXX. annis non excuſari ab honorib. Equidem facile concedo, majores ſeptuaginta annis, imo quinquaginta quinque annis per conſequentiam excuſari ab omnibus honoribus ſi ſe excuſarint a decurionatu: at ſi quis ad decurionatum vocatus fuerit, antequam exceſſiſſet LV. annum, vel cum exceſſiſſet, ſi ſua ſponte decurionatum ſuſcepit, ut in *d.l.2.§.ult.de decur.* tum ſane verum eſt, quod proponitur in hoc reſponſo, majores LXX. annis, qui ſcilicet decuriones ſunt, non excuſari honoribus municipalibus: & adde etiam non excuſari munerib. quæ honoribus adhærent, ſicut nulli fere erant honores in Rep. ſine ſumptibus, ſine erogatione aliqua, veluti datione ſportularum, vel editione muneris, aut venatione, ut ſacerdotium provinciæ, honor erat, cui tamen onus in honorem deorum ludorum edendorum adhærebat, ut recte Baſilica in *l.8.C.de mun.patrim.* ſacerdotium interpretantur, τὸ ἐπιτελεῖν τὰς κυνηγεσίας, *edere munus, edere venationem*. Et quamvis ab aliis honoribus & muneribus non excuſet numerus quinque liberorum: tamen hoc loco Papinianus docet, jure ſingulari, & ſpeciali numerum quinque liberorum excuſare a ſacerdotio provinciæ, & hoc primum decreviſſe ait Severum Auguſtum in Aſiæ ſacerdotio, quod proprio nomine dicebatur Ἀσιαρχία, & qui eo munere fungebantur Ἀσιάρχοι, ut in Act. Apoſtolorum, *c. 19.* & Ruffinus *munerarios* interpretatur. Et poſtea, ait idem, Severum conſtituiſſe in omnibus aliis provinciis, ut ſcilicet a ſacerdotio cujuſcunque provinciæ excuſaret numerus quinque liberorum incolumium: & idem conſtituiſſe in omnibus ſacerdotiis provinciarum, ut in Syriarchia, Bithyniarchia, Cappadocarchia, *l.1.C.de naturalib.lib.l.6.§.* ἔθνους ἱερωσύνη, id eſt, *provinciæ ſacerdotium, de excuſ.tut.* pro varietate provinciarum varia ſunt horum ſacerdotiorum nomina, & Alytarchia eſt ſpeciale nomen ſacerdotii, & flaminis civitatis Antiochenæ, *l.1. de offic. Comit. Orient.* ubi hodie, ut arbitror, conſtat pro *Lyciarchiæ* legendum eſſe *Alytarchiæ*, & ſimiliter ex veteribus, & Baſil. in *l.ult.C.de cupreſſis* Ἀλυταρχία. *l.2.C.Theod. de expenſis publicorum ludorum, l. 15. C. Theod.de jure fiſci.*

Ad §. Non alios.

Non alios fiſci vectigalium redemptores a muneribus civilibus, ac tutelis excuſari placuit, quam eos, qui præſentes negotium exercerent. Vacationum privilegia non (vetant) liberos veteranorum.

SEquitur in hoc §. conductores ſive redemptores vectigalium fiſci, id eſt, publicanos excuſari a tutelis & ceteris muneribus civilibus. Hæc eſt Conſtitutio Divorum fratrum, *l.pen.§.conductores, tit.ſeq.* & non honori publicorum hoc privilegium, vel hæc immunitas data eſt, ſed ne in gerendo munere civili minuantur eorum facultates, quæ conductionis nomine tacite fiſco obligatæ & ſubſignatæ ſunt, ut ait in *l.penult.§.conduct.tit.ſequenti*. Idque etiam de iiſdem in antiqua inſcriptione cautum legi his verbis: *Qui publica redemerit, prædes dato, prædiaque ſubſignato, duumvirum arbitratu*. Ne igitur publicani patrimonium ex alia cauſa oneretur, ne minus idoneus fiat exercendis vectigalibus fiſci, ideo hæc ei vacatio & excuſatio munerum civilium datur, ſed iis publicanis tantum, ut ait Papinianus hoc loco, qui præſentes hoc negotium exercent: ac ſi idem non habeant abſentes qui per alios, quibus hoc mandaverint, idem negotium exercent, quod omnino eſt falſum, *l.1.C.de conduct. vect. fiſci.lib.*10. Itaque in Baſilicis pro *præſentes*, recte ſcriptum, *per ſe*, eos, qui per ſe negotium exercent, δι᾽ ἑαυτῶν, quod eſt ſuo nomine officium exercent in *d.l.1.* dum ait, eos tantum a muneribus & honoribus vacationem habere, qui ſuo nomine, hoc eſt, per ſe a fiſco vectigal conduxerunt, non etiam eos habere vacationem ab honoribus & muneribus, qui ab eis publica quædam vectigalia exercenda acceperunt, quoniam ea non exercent ſuo nomine, ſed alieno, puta, publicani nomine, qui ſolus vacationem habet, quia cum eo ſolo contraxit fiſcus, & in ejus tantum bonis habet tacitam hypothecam conductionis nomine, non etiam in bonis eorum, quibus mandavit vectigalium curam, quæ cauſa tacitæ hypothecæ facit, ut excuſetur a muneribus civilibus, ut initio dixi. Neque huic ſententiæ Papiniani quicquam obſtat *l.decimaquinta,*

ta, *§.qui vectigal.de excuſat.tut.* quæ ait: *Conductorem vectigalium civitatis a tutelis non excuſari*, quia, ut breve faciam, non loquitur ea lex de conductoribus vectigalium fiſci, de quibus loquitur Papin. ſed de conductoribus vectigalium civitatis, in quibus ceſſat ratio Papiniani: quia in bonis conductoris fiſcus habet tacitam hypothecam ſuo jure, civitatis autem non habet: hæc eſt differentia inter Rempublic.ſive civitatem, & fiſcum, *l.2.C.de jure Reipubl.l.ſimile ad municip.* quæ differentia inducit aliam; ut conductor vectigalium civitatis non excuſetur a tutela, vel muneribus civilibus; conductor vectigalium fiſci excuſetur: & mox ſubjicit Papinianus, vacationum privilegia non ſpectant ad liberos veteranorum: Veterani habent vacationem a decurionatu, & omnibus honoribus & muneribus perſonalibus, non patrimonialibus, habent vacationem a tutelis & curationibus, a navium fabrica, ab exactione tributorum, quamvis non ſit ſordidum munus, *l.3.hoc tit.l.2.& 5.de veteran.l.ult.§.penul.ſup.tit.prox.* Eſt autem hoc privilegium, quod veteranis conceditur, perſonale privilegium, quia nec ad liberos veteranorum tranſit, & bene ait, *Vacationum privilegia*: nam alia privilegia, quæ veteranis Conſtitutionib.conceduntur, tranſeunt ad liberos eorum, ut privilegium, quod habent in pœnis, ne ſubjiciantur tormentis aut pœnis plebejorum, hoc tranſit etiam ad liberos eorum, *l.3.de veteran.* non privilegium vacationis: & in Pandectis Florentinis ſcriptum eſt hoc modo, *vacationum privilegia non vetant liberos veteranorum*, id eſt, non tranſeunt ad eos, non excuſant filios. Ex auctoribus noſtris ſoli Papiniano amicum eſt abuti verbo priſco; ſolus dixit *inſuperhabere*, pro *negligere*, & ſolus, *vetare*, pro *tranſire*.

Ad §. Qui muneris.

Qui muneris publici vacationem habet per magiſtratus ex improviſo collationes indictas recte recuſat, eas vero, quæ e lege fiunt, recuſare non debet.

OStenditur in hoc §. quid ei, cui Princeps conceſſit vacationem publicorum vel civilium munerum, remiſſum videatur. Et ait Papinian. non videri remiſſas ſolemnes & ordinarias intributiones, quæ legibus, vel Senatuſconſultis, vel Conſtitut. injunguntur, ut *l.1.C.de vacat.pub.mun.* ubi his verbis, *merito reſponſum eſt*, proculdubio ſignificatur reſponſum hoc Papin. ut cui conceſſa eſt ſpecialiter vacatio munerum civilium, non excuſetur a ſolemnibus muneribus, indictionibus, functionibus, quia nec poſſunt remitti reſcripto principis, *l.3.C.de ann.& trib.l.1.C.de immunit.nemini conced.* Itaque reſcripto (*) Principis ſpecialiter certæ perſonæ data vacatione publici & civilis muneris, videntur tantum remiſſa onera extraordinaria, quæ ex improviſo ad tempus indicuntur, ut munus muniendæ vel ſternendæ viæ militaris, *l.qui munerib.ſup.tit.prox.l.6.hoc tit.l.15.§. ὁ λαβών, de excuſ.tut.* Beneficium principis non interpretamur latiſſime in fraudem publicam.

Ad §. Philoſophis.

Philoſophis, qui ſe frequentes atque utiles per eandem ſectam ſtudiorum contendentibus præbent tutelas, item munera ſordida corporalia remitti placuit: non ea, quæ ſumptibus expediuntur. Etenim vere philoſophantes pecuniam contemnunt, cujus retinendæ cupidine fictam adſeverationem detegunt.

DOcet, quod eſt apertiſſimum, Philoſophis dari vacationem a tutelis, & ſordidis muneribus perſonalibus, non a muneribus patrimonialibus, in quibus ſumptus maxime poſtulatur, addita ratione elegantiſſima: quia, qui hæc munera refugiunt, quæ patrimonio imponuntur, jam produnt ſe fictos eſſe, non veros philoſophos, quia veri Philoſophi pecuniæ ſtudioſi non ſunt: idemq;proditum eſt in *l.6.§.Philoſophi, de excuſ.tut.l.6.C.de muner.patrimon.l.8. C.de profeſſor. & medic.* eademq;ratione utitur in Chriſtianis *l.104.C.Theod. de decurionib.* quæ tamen abrogatur in *l.12. C.de epiſc. & cleric.* namque ait *d.l.104.* decuriones, qui clerici fieri malunt, ut Eccleſiæ potius ſerviant, quam curiæ, non aliter liberari curia, quam ſi patrimonio ſuo cedant, & nudi eant in clerum: quia, inquit, animos divina obſervatione devinctos non decet patrimoniorum deſideriis occupari: aut ſane, qui iis deſideriis occupantur, hoc ipſo ſatis produnt, ſimulatam eſſe religionem ſuam. Notandum maxime quod ait, & uſu ſervatur in omnibus profeſſoribus, philoſophiſque, hanc ſcilicet immunitatem dari tantum eis, qui ſe frequentes, atque utiles per eandem ſtudiorum ſectam contendentibus præbent, ut in *d.l.6.§.Philoſophi*, qui juvenibus publice proſunt, non aliis: & ita eleganter in *l.9.C.de ſacroſ. eccleſ.* neminem ſub ſpecie muneris, quod minus exequitur, alterius muneris oneribus relevari debere, quod congruit cum *l.pen.§.licet, tit.ſeq.*

Ad §. Qui maximos.

Qui maximos Principes appellavit, & cauſam propriam acturus Romam profectus eſt; quoad cognitio finem accipiat, ab honoribus & civilibus muneribus apud ſuos excuſatur.

PApinianus in §. *ult.* docet, eum qui Romam profectus eſt, apud Principem exequendæ appellationis cauſa, interim excuſari a muneribus civilibus patriæ ſuæ, qui locus eſt ſingularis: nec enim puto alibi notari eam ipſam ſpeciem vacationis.

Ad L. VII. de Legationibus.

Filius decurio pro patre legationis officium ſuſcepit: ea res filium quo minus ordine ſuo legatus proficiſcatur, non excuſat: pater tamen biennii vacationem vindicare poterit: quia per filium legatione functus videtur.

SCiendum eſt, legationem publicam eſſe perſonale munus non patrimoniale, quia plerumque ſolo miniſterio ejus, quem civitas mittit legatum de certis rebus ad principem, & ſumptu publico peragitur, dato viatico de publico, quod legativum dicitur in *l.ult.§.legati quoque, de muner. & honor. l.ſecunda, §.ult. l.6. h.t. l. Titio, ad municip.* Et hoc quidem munere decuriones funguntur in orbem vice pari, ex περιόδου, & περιδρομῆς in *l.4. §.penult.h.t.* Ordine unumquemque decurionum munere legationis fungi debere, hoc proponitur ſimpliciter initio hujus §.& ita mox explicatur, ut non alias decurio compellatur munere legationis fungi, quam ſi ii, qui priores in curiam lecti ſunt, functi ſint eo munere, ſervandum eſſe ordinem albi in deferenda legatione, quæ pro civitate ſuſcipitur ad principem. Deinde ſubjicit veluti exceptionem in eodem §.ſi legatio deſideret, id eſt, ſi res propter quam legatio ſuſcipitur, deſideret mitti aliquem de primoribus viris civitatis, & ii, quos ordo albi vocat, inferiores ſint, non eſſe ſervandum ordinem albi, & ita reſcripſiſſe Adrianum, hoc eſt, non eſſe mittendum eum, qui ordine prior eſt, ſed eum, qui potior eſt. Ex quo loco omnino explicanda eſt *lex honores, in prin.de decur.* dum ait, *honores & munera non ordinationibus, ſed potioribus potius injungenda eſſe.* Ordinationem vocat χειροτονίαν, & hoc vult, non ſemper ſpectandum eſſe, qui priores in ordinem venerint in deferendis honoribus, ſed qui potiores ſint, quoties ratio poſtulat mitti aliquem de primoribus viris: alioquin ordo albi & allectionis obſervandus eſt. Dixi, plerumque munus legationis decerni ſumptu publico dato legativo de publico, non ſumptu legati, atque ideo corporis munus eſſe non patrimonii. Dixi, inquam, *plerumque*, quia aliquando ſunt, qui gratuitam legationem obeunt, hoc eſt, ſuis ſumptibus, non accepto legativo e Republica, *l.2.in fine, & l.11.* hoc

(*) *Vide Merill.variant.ex Cujac.lib.1.cap.52.*

hoc titulo. Et hi quidem, qui gratuitam operam præbent Reipubl. hac in parte quemlibet alium suscepta legatione vicarium dare possunt, quem in legationem mittant vice sua, *d. l. undecima*. At qui sumptibus Reipublicæ legationis obeunt munus, non suis sumptibus, alium vicarium dare non possunt, qui legatione fungatur, quoniam eorum opera potissimum electa est, & industria cum sumptu publico: alium, inquam, vicarium dare non possunt, nisi filium suum, *l. 4. §. legati, hoc titulo*. Hoc cognito finge: Patrem legatum creatum decreto publico, decreto curiæ, filium suum vicarium dedisse, qui eam legationem obiret, sumptu publico, filium legationem suscepisse jure patris, vice patris, an ideo minus filius suo ordine legatione fungatur, cum scilicet pater & filius decuriones sunt? Et respondet Papin. in hac lege, non ideo filium excusari, quo minus vice sua legatione fungatur, & patri, qui filium vicarium dedit, perinde atque si ipsemet legatione functus fuisset, expleta legatione per filium vice patris dari vacationem biennii, sicut constitutum est a legatione ad aliam legationem, vel ad aliud munus, aliumve honorem publicum esse vacationem biennii, ut constat ex *l. 8. §. 1. l. 3. C. de leg. lib. 10. l. 2. C. de mun. & honor. non cont.* Patri igitur, quia pro eo habetur, ac si ipsemet legatione functus fuisset, qui filium vicarium dedit, qui legationem explevit, a finita legatione dabitur vacatio biennii, ceterum filio non dabitur: nec excusabitur, quo minus suo ordine legatione fungatur, si res exigat. De hac præscriptione biennii agitur hoc titulo, & aliud est responsum Papin. de ea in *l. 13.* quam nunc ordine explicabo.

Ad L. XIII. eod.

Vicarius alieni muneris voluntate sua datus, ordine suo legationem suscipere non admissa biennii præscriptione cogetur.

QUod definivit Papinian. in filio vicario patris *l. 7.* idem statuit in quolibet vicario jure dato, ut si decurio, qui gratuitam legationem suscepit, alium decurionem vicarium dederit: hic enim vicarius, qui vice alterius, verbi gratia, hoc anno legatione perfunctus est, non ideo excusabitur anno sequenti, quo minus legatione fungatur, si hoc exigit albi & ordinis ratio, nec poterit se tueri illa præscriptione biennii, quia non suo nomine legatione functus est, sed alieno: non ipse, sed alius, cui indicta erat legatio, legatione functus videtur quemadmodum diximus in *l. 8. §. 1. de vacat. mun.* vacationem tantum dari publicanis, qui suo nomine vectigalia exercent. In proposito ita recte dico: vacationem tantum dari legatis, qui suo nomine proprio, propria sua legatione perfuncti sunt. Et hoc ita procedit, ut vicario functo legatione indicta, alteri non detur vacatio biennii. Hoc ita procedit, inquam, si vicarius datus sit sua sponte sine decreto Curiæ: nam si invitus datus sit vicarius ex decreto Curiæ, dico ei dandam esse vacationem biennii, perinde ac si ab initio principaliter ei delata legatio fuisset, quia hoc casu non tam alieno, quam suo nomine videtur legatione functus, nimirum, ut obtemperaret Reipub. quæ vicariam istam operam injunxit. Et hoc puto significari in hac *l. 13.* his verbis, *voluntate sua datus*: ac si idem non sit in eo, qui invitus datus est, quoniam is, qui invitus sit vicarius, suo potius nomine videtur rem exequi. Et hæc sunt, quæ continentur in *l. 13.*

Ad L. III. de Administrat. rerum ad civit. pertinent.

Curatores communis officii, divisa pecunia, quam omnibus in solidum publice dari placuit periculo vice mutua non liberantur. (Ulpianus) *Prior tamen exemplo tutorum conveniendus est is, qui gessit.*

IN primo responso hujus legis agitur de duobus Curatoribus communis officii, communis muneris. Finge, ordinatos fuisse duos curatores frumenti parandi, & omnibus publice in solidum datam fuisse pecuniam, qua frumentum reipubl. coemerent: post, eos inter se pecuniam eam & curam divisisse, quæ data & injuncta erat singulis in solidum. Quæritur, si eo munere unus negligenter aut fraudulenter versatus sit, an alter pro eo conveniri possit? Quod videtur, quia commune fuit & individuum officium, & communiter in solidum omnibus data est pecunia ad annonam civitatis comparandam. Ergo commune periculum esse debet, & communis ratio præstandi damni, quod fecit respublica, ut in *l. Imperator, in prin. ad munic.* Denique singuli reipubl. tenentur etiam nomine collegæ in solidum. Nec quicquam mutat divisio illa, quam fecerunt inter se, quia nec potuit illa divisione facta privatim inter eos convelli jus reipublicæ, *l. 2. §. jus reipub. h. t.* & ita Papinianus respondet: quod & notat Ulpianus, quæ nota subjicitur huic primo responso, addito tamen hoc modo, ut prius conveniatur, qui rem male gessit ex sua persona, quam qui non gessit ex persona collegæ, & si res ab eo servari non possit, qui rem male gessit si inveniatur non esse idoneus, tum vult, ut eatur ad collegam, ut in *l. 1. C. quo quisque ord. conven. lib. 11.* Prius esse excutiendas facultates ejus, qui rempublicam gessit & perdidit, ut fit in duobus tutoribus, quum individua tutela est; & ipsi tutores inter se privata conventione administrationem diviserunt, quia alter non convenitur pro altero statim. Tutor non convenitur pro contutore, inexcusso contutore, qui rem pupilli perdidit, qui gessit, & perdidit, sed ita demum, si contutor, qui rem gessit, solvendo non sit, *l. 3. C. de divid. tut. l. 2. C. de hered. tut.* cui definitioni, licet sit certissima, Accursius opponit *l. 2. §. ult. de curat. bon. dando*. Cujus sententia hæc est: cum a defuncto relictis multis creditoribus nondum ullus extat bonorum possessor, nec ullus heres, tum postulatu creditorum bonis defuncti custodiendis curatores dantur, & si res exigat, distrahendis. Finge, plures curatores constitutos bonis: quosdam rem defuncti attigisse, quosdam nihil attigisse; an coguntur creditores prius agere cum iis, qui rem attigerunt, quam cum aliis? minime: sed eorum arbitrio est, quem conveniant: arbitratu suo, illo non servato, quis gesserit, vel non? Sane necessario dicendum est, aliud esse in curatore bonis dato. Et ita est omnino. Ratio enim discriminis hæc est: quia munus civile quale est tutela, injungitur invitis. At ut est expressum in *d. l. 2. §. penul.* curator bonis non constituitur, nisi voluntarius, præterquam, si aliud jubeat Princeps ex magna causa. Regulariter non nisi voluntarius. Cum ergo voluntate sua hoc munus suscipiat non invitus, non est, quod ei quidquam indulgeatur, tribuatur beneficium excussionis, quod datur tantum eis, qui inviti munera civilia suscipiunt. Qua de causa *d. l. 2. §. ult.* ait: *quoties Princeps ex magna causa invitum curatorem bonis fecit, tum non esse prius conveniendum eum, qui nihil attigit*: quod ostendit magnam esse differentiam inter curatorem voluntarium, & coactum. Non omittam quod Papin. proponit in hoc responso, curatoribus rei frumentariæ datam fuisse pecuniam publicam omnibus in solidum. Unde quæret aliquis: an igitur si data sit eis pecunia pro virilibus portionibus & separatis, non sit curæ & administrationis commune periculum? E omnino dicendum est, non esse prorsus hoc casu commune periculum; & multum interesse, an individuum sit officium an dividuum, pro dividuis & virilibus portionibus: nam si sit dividuum ipso jure, singuli tenentur pro portionibus virilibus, pro quibus rempublicam attigerunt, ut *l. 1. C. quo quisque ordine conveniat*, & si forte unus non sit solvendo, non ante conveniri collegam, quam sit excussus fidejussor & nominator ejus, qui solvendo non est, ut *l. 2. C. eod. tit.* At si individuum fuerit officium, ipso jure singuli in solidum tenentur vice mutua, & uno non existente solvendo, statim pro eo alter conveniri potest tanquam correus principalis, etiam inexcusso fidejussore

ac

ac nominatore ejus, qui solvendo non est, *d.l.2.& l.3. C. de conven. fisc. deb.* quod etiam receptum est exemplo tutorum, ut patet ex *l. 4. C. de magistratib. conven.* Et hoc omnino ita se habet in muneribus civilibus: Nam in magistratibus municipalibus, ut in duumviris hac distinctione non utimur, sed sive divisum sit eis injunctum officium, sive pro indiviso; prius sunt excutiendæ facultates rei principalis, & fidejussoris, & nominatoris, quam veniatur ad collegam, ut omnium novissimus collega conveniatur *l. 3. & 4. C. quo quisque ordine conveniat. l. Imperator, ad municip.* Et ratio differentiæ hæc est: quia in muneribus civilibus, duo collegæ correi sunt debendi, in magistratibus non usque adeo. Quod patet, quia si ambo magistratus sint solvendo tempore depositi officii, non nisi pro parte conveniri possunt, qui tamen si omnino essent correi, possent conveniri in solidum, *l. si pupillus, de admin. tut.*

Ad §. Prædium publicum.

Prædium publicum, in 5. annos idonea cautione non exacta, curator reipublicæ locavit: ceteris annis colonus, si reliqua traxerit, & de fructibus prædii mercedes, quæ servari non potuerint, successor, qui locavit, tenebitur. Idem in vectigalibus non ita pridem constitutum est, scilicet ut sui temporis periculum singuli præstarent.

EX secundo responso videtur posse colligi: Curatorem reipublicæ, de cujus magistratu memini me ante dicere, hoc ipso libro in *l. ult. de offic. adsess.* fuisse quinquennalem magistratum, quemadmodum in hoc secundo responso Papinianus ponit; eum locasse fundum reipub. in quinquennium: nam & ita in urbe censor, a quo etiam prædia publica locari solebant in quinquennium, olim fuit magistratus quinquennalis auctore T. Liv. lib. 4. Proponit autem Papinianus Curatorem reipub. locasse fundum reipub. in quinquennium, ut solebat fieri, non exacta, ut debuit, a conductore idonea cautione, mercedes recte solvi, exacta quidem cautione, sed non idonea non locuplete. Ceterum eo quinquennio nihil ex ea causa reip. attulit damni, nihil reipub. abfuit, conductor mercedes persolvit quinquennii: at cum successor Curatoris reipub. in sequens quinquennium eidem eundem fundum locasset iisdem mercedibus, conductor reliqua traxit plurima, debita plurima, nec solvit reip. & de fructibus fundi, qui tacite pro mercedibus pignori obligati sunt, *l. in prædiis, sup. ex quib. caus. pign. tac. contr.* ex iis fructibus, inquam, & hypothecis tacitis mercedes, quas conductor reliquatus est, servari non possunt, denique versatur in damno resp. Quæritur, in id, quod reipub. abest, quis reip. teneatur? Prior ne curator reip. qui auctor est conductionis, & qui a conductore non exegit idoneam cautionem, an posterior curator reip. qui probavit eam conductionem, probavit cautionem alteri præstitam, nec aliam exegit? Et recte respondet Papinianus posteriorem tantum curatorem teneri, quia æquum est sui quemque temporis periculum præstare reipub. Idemque est in duobus conductoribus vectigalium, si unus vectigalia conduxerit in quinquennium, deinde alius successor ejus vectigalia in aliud quinquennium conduxerit, posita eadem specie, quod summe notandum.

Ad §. In eum qui.

In eum qui administrationis tempore creditoribus reipublicæ, novatione facta, pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diversa causa est ejus, qui solvi constituit. Similis etenim videtur ei, qui publice vendidit aut locavit.

PRoponitur hæc species: Curator reip. creditoribus reip. cavit novatione facta; quo genere liberavit

A rempublicam creditoribus, & in se transfudit omnem obligationem. Quæritur, an teneatur creditorib. etiam post depositum officium? Et respondet teneri, quia obligationem suam fecit, alioquin creditores versarentur in damno, quia jam non possent experiri cum republica, quæ novatione liberata est. Verum addit, diversum esse si Curator reip. creditoribus reip. constituerit, se pecuniam debitam soluturum, qua ratione obligatio non novatur. Non novat constitutum sive constituta pecunia, sicut fidejussio non novat priorem obligationem, *l. item illa, §. ult. & l. ubi quis, de constit. pecun. l. si filiusf. de in rem vers.* Et hic quidem deposito officio liberatur, & potest dici audacter eum quidem deposito officio liberari citra captionem creditorum, cum eis sit salva actio in remp. quia constitutio non fuit novata obligatio, & quidquid hic constituit se soluturum, constituit

B tantum reip. id est publico nomine. Idem etiam erit si quid curator reip. vendat publico nomine, vel locet publico nomine, & emptori vel conductori caveat, conductori habere licere, emptori de evictione publico nomine, quia deposito officio emptori vel conductori est salva actio in remp. & æquum est eum liberari, qui invitus munus publicum obiit, nec propriam suam obligationem fecit novationis genere. Huic responso Papin. opponitur *l. procurator, de proc.* ubi ponit lex procuratorem privati hominis vendidisse rem domini, & cavisse de evictione, tum negotia ejus domini gerere desiisse. Quem tamen lex ait deposito officio procuratoris, non relevari onere obligationis contractæ, ex causa venditionis & evictionis postea secutæ.

C Dico aliud esse dicendum in procuratore privati hominis, aliud in procuratore reipub. quod probat eadem *lex procurator*, Quæ in Florentinis est ex lib. 2. Resp. Pap. In aliis libris omnibus est ex lib. 1. quod magis placet: vindico ergo legem illam *lib. 1.* & consequenter eam conjungo cum hoc §. qui est ex lib. 1. respons. hæc conjunctio cum fit, apparet hanc certe esse differentiam constituendam hac in re inter procuratorem privati hominis & procuratorem reip. nam & ratio differentiæ est evidens: Quia curator reip. invitus creatur, & ideo æquum est ne ultra tempus suæ administrationis teneatur his, quibus publice cavit; at ille procurator negotiorum privati hominis est amicus voluntarius: qua ratione etiam tenetur post depositum officium, quod ultro suscepit: nam cur se huic obligationi immiscuit

D ultro, & qua ratione curator reip. qui publice constituit se soluturum, vendidit vel locavit non facta novatione post depositum officium liberatur, ita etiam tutor quoniam gerit munus publicum quod defertur invito, deposito officio tutelæ solvitur obligationibus, quas contraxit nomine pupilli, *l. 1. C. quan. ex fac. tut. l. cum quidam C. de admin. tut.* nisi tutor, ut diximus, in curatore Reipub. fecerit novationem transfusa in se obligatione, ut est in *l. post mortem, quan. ex fac. tut. & curat.*

Ad §. Filium.

Filium pro patre curatore Reipublicæ creato cavere cogi non oportet. Nec mutat, quod in eum pater emancipatum, prius quam curator constitueretur, partem bonorum

E *suorum donationis causa contulit.*

IN §. pen. ostenditur filium emancipatum non cogi cavere pro patre curatore Reip. Remp. salvam fore, licet in eum pater tempore emancipationis donationis causa partem suorum bonorum contulerit, ut in emancipando moris erat, semper patrem donare aliquid filio, *l. ut liberis, in fi. C. de collat.* donare aliquid quo vitam toleraret, *l. 2. & ult. C. de eman. lib. l. 8. de bonis proscrip.* & in *l. ult. Cod. Theod. de revoc. donat. & Novella Leonis 25.* Et hujus rei legimus vestigia apud Spartianum in Adriano: *Filiam*, inquit, *dato patrimonio emancipaverat*. Alioquin abdicatio potius esset, quam emancipatio. At ut sæpe fit, licet in emancipatum filium multa pater contule-

rit donationis causa, tamen filius pro eo facto curatore Reipub. fidejubere non cogitur, quia scilicet inter volentes tantum stipulatio contrahitur, & fidejussor obligatur tantum per stipulationem : & sic est in *l. æstimationem §. invitus, de munerib. & hon.*

Ad §. Ultimum.

Pro Magistratu fidejussor interrogatus pignora quoque specialiter dedit : in eum casum pignora videntur data, quo recte convenitur : videlicet postquam res ab eo servari non potuerit.

IN hoc §. ult. ostenditur eum, qui pro magistratu fidejussit, & pignora certa dedit, non aliter posse conveniri actione in personam. Itemque non aliter posse excuti pignora quæ supposuit, & non aliter posse distrahi, quam si res ab ipso magistratu servari non possit, ut ait *l.15.§.1.& l.17. §. filium, ad municip.* Prius esse excutiendum reum principalem, prius magistratum, quam fidejussorem aut nominatorem, aut pignora, quæ Reip. fidejussor opposuit nomine magistratus.

JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIA
In lib. II. Responsorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXI. de Negot. gest.

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam cujus literas creditor secutus contraxit : & fidejussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori, vel fidejussori scilicet ad exemplum institoriæ actionis.

HUIC libro hanc legem vindico, qui *l. 67. de procurat. libro* 1. vindicavi. Sunt autem in hac *l.* 31. septem octove responsa, brevia admodum, si verba numeres, sed comprehensione rerum longa atque obscura. Primi responsi species hæc est : liberto vel amico meo mandavi per literas, ut negotia quædam mea gereret, puta, creditoris mei, vel pignoris mei liberandi causa, pecuniam mutuam acciperet a L. Titio, non ab homine incerto, ut Glossa ponit, sed ab homine certo, puta, a L. Titio, ut ponit *l.pen. C. de instit. act.* quæ congruit omnino cum hoc responso Pap. Procurator meus libertus ille vel amicus, quem in hanc rem procuratorem feci, literas meas ostendit L. Titio, & mox L. Titius meas literas secutus, amicitia & contemplatione mei, negotiorumque meorum, procuratori meo pecuniam credidit. Intervenit etiam quidam amicus meus, qui inspectis literis meis, eas literas secutus pro L. Titio eo nomine fidejussit, me absente & ignorante. At postea ea pecunia non est versa in rem meam, in negotia mea. Finge, periisse pecuniam illam: quæritur, an in me Luc. Titius creditor, vel fidejussor, si ei solverit, negotiorum gestorum agere possit, quod uterque habuerit animum gerendi negotii mei, & me obligandi si non procuratorem meum, uterque intuebatur meas literas, non procuratorem meum? Et creditor quidem videtur in me agere non posse negotiorum gestorum, quia pecunia non est conversa in mea negotia: quod si verum est, creditorem in me agere non posse: sequitur ergo nec fidejussorem, si forte creditori solverit, ea actione uti adversum me posse, quia negotium meum gessisse non videtur; negotium meum non gessit, qui ei solvit, cui obligatus non sum. Et tamen respondet hoc loco Papinianus, utrique competere utilem actionem negotiorum gestorum ad exemplum institoriæ actionis, *h. e.* quasi institoriam actionem, licet pecunia non sit consumpta in rem meam. Omnis actio utilis dicitur dari

A ad exemplum & ad similitudinem directæ actionis, quia in casu tantum adsimili datur, non prorsus eodem; & dicitur quasi illa esse actio, cujus exemplo datur, ut quasi Serviana, & quasi institoria in hoc proposito, *l.actori, C. de reb. cred. l. is cui, §. patri, ut in possess. legat.* At institoria actio vel quasi institoria quæ dicitur, adjectio sive appellatio est, quæ accommodatur cuilibet actioni legitimæ vel honorariæ : ut institoria actio mandati, institoria actio ex empto ; & in hoc proposito institoria negotiorum gestorum, vel quasi institoria negotiorum gestorum. Creditori igitur in me competit actio negotiorum gestorum ; quia negotiorum meorum contemplatione pecuniam credidit procuratori meo. Nec quicquam obstat, quod pecunia illa perierit, nec versa sit in rem meam, quia quantum in eo fuit, rem meam gessit,
B & animo meo obtemperavit ; & teneor negotiorum gestorum actione, ad exemplum institoriæ actionis, ut quemadmodum, qui institori meo, quem præposui tabernæ, vel negotiationi, ejus rei contemplatione pecuniam credidit, habet in me actionem institoriam negotiorum gestorum : ita qui procuratori meo constituto mutuæ pecuniæ accipiendæ, credidit pecuniam mei contemplatione, habeat in me utilem actionem, quasi institoriam negot. gestorum, quod eum procuratorem veluti institorem videar præposuisse mutuæ pecuniæ accipiendæ. Denique, ut ex contractu institoris teneor, quem habuit cum aliquo ejus negotiationis causa, cui erat præpositus: sic etiam ex contractu procuratoris, veluti institoris teneor, quasi actione institoria, quod etiam Pap. non tantum hoc loco tradit, sed etiam in *l.pen.in prin. de inst.act.*
C & confirmat *l. pen. C. eod. l.6. §.1. h.t.* utilem, *inquam*, actionem, h. e. quasi institoriam, non directam, quia eum non præposui ut institorem propter quæstum, sed ut procuratorem propter necessitatem negotii mei, *l. 5. §. sed & eum, de inst.act. l. Julianus, §. si procurator, de act. emp.* Qua ratione & ex contractu villici, quem etiam præposui mercibus distrahendis, quasi institoria teneor, non institoria directa, quia eum habui principaliter ut villicum propter fructus percipiendos, non ut institorem, *l. si cum villico, de inst.act.* Non datur etiam in hac specie creditori in me actio mandati, quia nihil ei mandavi, sed procuratori tantum meo per epistolam mandavi, ut ab eo pecuniam mutuam acciperet : ceterum ei nihil mandavi. Non potuit igitur inter me & eum contrahi obligatio mandati ; eademque ratione nec fidejussori, qui
D me absente & ignorante fidejussit, in me potest competere actio mandati, sed neg. gest. tantum, ut in fidejussore infra explicabitur *l. ex mandato §. 1. inf. mand.* Alia est species *l. si literas, C. mand.* quam hic adduxit Accursius, quoniam proponitur in ea, mandasse me L. Titio, ut tibi pecuniam numeraret in rem tuam, quo casu Titio in te est condictio creditæ pecuniæ, in me est actio mandati, quia auctor fui L. Titio, ut tibi pecuniam numeraret, & ita est explicanda *d. l. si literas*. At in specie proposita hoc loco nihil ponitur me mandasse Luc. Titio : non datur ergo creditori in me actio mandati, neq; actio institoria directa, sed quasi institoria sive utilis neg. gest. Quod verum est, etiamsi procurator meus, qui pecuniam mutuam accepit, sit solvendo, qui stipulanti creditori Luc. Titio promiserit, se soluturum eam pecuniam.
E Nam hoc casu non tantum procuratorem L. Titius ex stipulatione obligatum habet : sed etiam quasi negotiis meis gestis me obligatum habet, ut *l.pen. de inst. act. l.6. §. 1. h.t.* Addita hac ratione, quia creditor ex abundanti, *inquit*, hanc stipulationem interposuit, id est, quo magis sibi cautum esset, non ut me liberaret, non novandi animo. Quæ ex abundanti cautio interponitur, non novat priorem obligationem, *l. pen. §. ult. de in rem verso*. Prior autem & principalis fuit obligatio gesti negotii mei, quæ permanet etiamsi procuratorem quoque meum creditor sibi obligaverit per stipulationem. Igitur interposita hujusmodi stipulatione, obligatione hujusmodi, utrumque creditor obligatum habet, me judicio neg. gest. exemplo institoriæ actionis ; procuratorem autem meum

actio-

actione ex ſtipulatu: at non interpoſita hujuſmodi ſtipulatione, me ſolum habet obligatum judicio negotiorum geſtorum utili, exemplo inſtitoriæ actionis: procuratorem autem meum non habet obligatum mutuæ pecuniæ nomine, vel alio nomine, quia non procuratorem meum, ſed me ſolum creditor obligare voluit, quas literas meas ſecutus, quas ſcripſeram procuratori meo, cognita mea voluntate, mox, cognito meo deſiderio, pecuniam procuratori meo credidit in negotia mea, contemplatione mei, neque a meo procuratore quidquam ſtipulatus eſt. Me igitur ſolum obligatum habet, quaſi negotiis meis geſtis: nulla autem mutui obligatio contrahitur; mutua pecunia datur procuratori meo, & nemo ex cauſa mutui obligatur ea actione, quæ ex mutuo naſcitur, h.e. actione ſi certum petatur, ſed propter mutuum quod mei contemplatione intervenit, in me ſolum datur actio quaſi inſtitoria, cum procuratori meo mei contemplatione pecunia data eſt; nam ſi non mei contemplatione procuratori meo mutua pecunia data ſit, ſive ei mandaverim, ut eam ſumeret mutuam, ſive non: hoc caſu ſolus procurator tenetur ex cauſa mutui, & vere contrahitur obligatio creditæ pecuniæ, *l. eum qui*, *C. ſi cert. pet.* Quod autem dixi de creditore, idem obtinet in fidejuſſore, quem poſui fuiſſe adhibitum huic obligationi, ſi fidejuſſor creditori ſolverit, & me ab eo liberaverit, cum ſcilicet fidejuſſiſſet mei contemplatione, ut quemadmodum creditori eſt quaſi inſtitoria actio in me, ſi ei non ſolverit fidejuſſor, ita etiam fidejuſſori ſi ei ſolverit, in me competat quaſi inſtitoria actio neg. geſt. perinde atque ſi pro inſtitore meo tabernæ præpoſito fidejuſſiſſet, quod & idem Pap. reſpondet *lib. 3. l. idemque*, §. *idem Pap. mand.* Sed hoc plus eſt in hoc reſponſo, quam in illo reſponſo libri tertii, quod in hoc reſponſo libri ſecundi, non tantum fidejuſſori, ſed etiam creditori datur quaſi inſtitoria actio: item quod in hoc reſponſo datur indiſtincte, ſive pecunia ſit verſa in rem meam, ſive non: quoniam ſatis eſt, quod mihi uterque rem cœpit gerere bono animo & utiliter, etiam ſi eventus non ſit ſecutus, ut in *l. ſed an ultro* §. *ult. l. ſucceſſori* §. *ult.* & *l. ſive hereditaria*, *h. t.*

Ad §. Inter negotia.

Inter negotia Sempronii quæ gerebat ignorans Titii negotia geſſit: ob eam quoque ſpeciem Sempronio tenebitur: ſed ei cautionem indemnitatis officio judicis præberi neceſſe eſt adverſus Titium, cui datur actio. Idem in tutore juris eſt.

Species hæc eſt: In gerendis negotiis Sempronii etiam Titii negotium geſſi ignorans, quod forte permiſtum erat negotiis Sempronii, ſed putavi me tantum gerere negotium Sempronii, cum partim eſſet Titii. Quæritur: An Sempronio tenear negotiorum geſtorum actione, non tantum Sempronii, ſed etiam Titii negotii nomine? Titio ſane teneor, quamvis non ejus contemplatione negotium geſſi, quia reipſa & in rei veritate negotium ejus geſſi, & teneor Titio utili actione, ne in damno verſetur Titius. At vice verſa mihi etiam Titius tenetur utili actione neg. geſt. quia æquum eſt ne verſer in damno, quia reipſa Titii negotium geſſi: & ex hoc contractu eſt actio ultro citroque, actio mutua, directa & contraria. Et ſi Titio teneor, conſequens eſt & viciſſim, ubi cauſa ſubeſt, Titium mihi teneri eadem actione; atque ita proditum eſt in *l. 6. §. ſi Titii ſervum*, *h. t.* Curavi, ne Titii ſervus occideretur, cum putarem eſſe ſervum Sempronii. Reipſa ſervavi rem Titii, quamvis animus mihi fuerit ſervandæ rei Sempronii, non Titii, & mihi Titius eo nomine tenetur, ut in *d. §. ſi Titii ſervum*. Idemque confirmat §. *quid ergo d. l. 6.* & *l. 15. in fi.* & *l. quæ utiliter* §. *ult. h. t.* & *l. in hoc judicium 14. §. diverſum*, *comm. divid.* & *l. ſi mandavero 2. §. ſi curator*, *mand.* quæ, dum ait, ei, cujus negotia geſſi ignorans, dari actionem in factum, non aliam ſignificat actionem, quam utilem negotiorum geſtorum: Nam in factum appellatio non eſt nomen actionis, ſed appellatio, quæ aptatur cuilibet actioni utili, com-

A paratæ ad exemplum actionis in factum. Omnis actio utilis eſt in factum, & retro omnis actio in factum eſt actio utilis. Ergo cum inter negotia Sempronii, geſſi etiam negotium Titii, & ego Titio teneor, & viciſſim Titius mihi utili geſtorum negotiorum, etiamſi ignoraverim negotium eſſe Titii. Quamobrem quod additur in *l. 6. §. ſi quis*, *h. t.* in eadem ſpecie, ſcientem me geſſiſſe negotium Titii, hoc abundat, ut Accur. ſenſit recte: nam ſubintelligitur maxime: nam idem etiam eſt in ignorante; ſed in ignorante Pap. ponit ſpeciem augendæ dubitationis gratia. At idem Pap. in hoc reſponſo oſtendit, me non tantum teneri Titio, cujus reipſa negotium geſſi, ſed etiam Sempronio, cujus contemplatione negotium geſſi. Æquum eſt, me non idem bis præ-

B ſtare, me non utrique reſpondere in judicio. Ideoque ſubjicit Pap. quod ſi mecum agat Sempronius Titiani negotii nomine, non aliter ei me condemnabit judex, quam ſi mihi caverit, indemnem damno ſervari me adverſus Titium, cui etiam in me eſt actio negotiorum geſtorum. Sic fit, ut idem bis non ſolvam, remedio cautionis de indemnitate, quam officio judicis mihi præſtabit Sempronius, ſi prior mecum agat neg. geſt. At quod dicitur, etiam Sempronio in me eſſe actionem Titiani negotii nomine, pugnare videtur cum *l. 5. in fi.* & *l. 6. §. quid ergo*, *h. t.* quæ negat, eum negotiorum geſtorum agere vel conveniri poſſe, cujus negotium putavi me gerere, cum eſſet negotium alterius: in hac ſpecie putavi, me gerere negotium Sempronii, cum eſſet Titii, ergo Sempronio in me nulla competit actio, ſed Titio ſoli in me compe-

C tit actio, quod utique verum eſt, ſi Sempronii nihil interſit: nam omnes actiones nunquam dantur niſi eis, quorum intereſt, hoc eſt, quod Marcus Tullius ait: *Dari actionem ex damno & injuria cujuſque*. Ei cujus nihil intereſt non datur actio. At ſi Sempronii interſit, bene geſtum eſſe negotium Titii, finge, Sempronium fuiſſe procuratorem negotiorum Titii, atque ita me in rebus Sempronii inveniſſe etiam res Titii, eaſque attigiſſe errantem, tanquam Sempronii, non Titii, æquum eſt hoc caſu Sempronio, cujus contemplatione negotium Titii geſſi, ignorans eſſe Titii, me dari actionem negotiorum geſtorum oblata cautione indemnitatis. Et ita hic locus accipiendus eſt, ut ſuadet, quod ſubjicit Pap. idem in tutore juris eſſe, puta, ut ſi Titius inter negotia Sempronii geſſerit etiam negotia pupilli, cujus Sempronius erat tu-

D tor, Sempronio teneatur, cujus intereſt propter officium tutelæ, ita tamen, ut officio judicis Sempronius Titio præbeat cautionem indemnitatis adverſus pupillum, cui etiam in Titium competit actio: ſicuti vice verſa non tantum competit actio Titio in Sempronium, ſed etiam in pupillum, ſi pupillus ex geſto locupletior factus ſit, *l. 6. in princ. hoc tit.*

Ad §. Litem.

Litem in judicium deductam, & a reo deſertam fruſtratoris amicus ultro egit, cauſas abſentiæ ejus allegans judici: culpam contraxiſſe non videbitur, quod ſententia contra abſentem dicta ipſe non provocavit. Ulpianus notat. Hoc verum eſt: quia fruſtrator condemnatus eſt. Ceterum ſi amicus

E *cum abſentem defenderet, condemnatus negotiorum geſtorum aget: poterit ei imputari, ſi, cum poſſet, non appellaſſet.*

Quæſtio quæ proponitur in §. *litem*, eſt de defenſore abſentis voluntario, cujus duas partes facio. Prima eſt de defenſore ejus, qui litem conteſtatus eſt. Secunda de defenſore ejus, qui litem conteſtatus non eſt. De prima parte primum dicamus. Si reus litem conteſtatam deſerat nec edictis, aut literis judicis evocatus ad judicium adſit, peracto iſto ordine edictorum vel literarum, vel denuntiationum, quibus denuntiatus & evocatus ſit, ſi non pareat, ſi non adſit judicio, contumax eſt, quia contemnit judicis auctoritatem, quem adierat ſemel, & apud quem litem inchoaverat: ut Juriſconſultus in *l. contumacia 53. §. 1. de re jud.* ait; contumacem eſſe eum, qui con-

contemnit: & Nonius, hoc nomen venire a contemnendo. Frustrator dicitur hoc loco a Papiniano contumax, quia frustrandi tantum actoris causa judicio abest, ne possit actor litem ad exitum perducere, *l.ult.de procur.* dum scilicet putat litem non posse ad exitum perduci, nisi præsente utraque parte, ut cavetur lege XII.tabularum, *Ne cuiquam lis addicatur, nisi utraque parte præsente*. Qua tamen in re longe opinione fallitur, quia ea lex non sequatur in contumace tergiversatore, frustratore. Nam contra absentem per contumaciam ex eremodicio d.sententia valet. At frustratoris hujus sive contumacis, si extiterit defensor aliquis, qui amicitia ductus, litem, quam ille deseruerat, ultro sine mandato redditis judici causis, cur ille abesset, suscepit, & nihilominus absens quasi ex eremodicio peracto ordine edictorum condemnatus sit; Quæritur: an si ab ea sententia defensor non appellaverit, tanquam culpæ reus & quasi re gesta negligenter, teneatur absenti judicio negotiorum gestorum: quia negotiorum gestor, non tantum dolum præstat, sed etiam culpam sive negligentiam, ut *l.si negotia h.t. l.tutori, C.eod.tit.* Et Papinianus respondet, eum defensorem voluntarium nullam culpam fecisse, & contraxisse videri, quia non appellaverit a sententia dicta contra amicum absentem, cujus ille defensionem susceperat. Et ratio statim apponitur ex nota Ulpiani (qui scripsit notas ad libros responsorum Papiniani) *quia frustrator condemnatus est*. Legamus totam hanc partem legis: *litem in judicium deductam, &c.* Et deinde: *Ulpianus notat, hoc verum est, quia frustrator condemnatus est*: quam rationem, quæ vim & proprietatem omnem hujus responsi continet, Interpretes nostri nullo modo interpretantur, qui omittunt per conniventiam rationem legis non sine scelere: cum ratio sit, ut quidam Rhetor ait: anima, medullaque legum, quæ æquum & bonum tuetur. Ratio est elegantissima: qui ultro suscepit defensionem contumacis absentis, eo condemnato, si non appellaverit, nullam culpam contraxit, quia condemnatus est reus, cujus ille, qui non appellavit, susceperat defensionem, ex eremodicio, ex frustratione, ex contumacia, ex desertione litis, hæc omnia idem possunt. Et condemnato ex contumacia jus appellandi non est, *l.& post edictum, §.ult.de judic. l.properandum, §.cum autem, C. eod. tit. l.1. quorum appellat. non recip. l. ex consensu, §. 1. de appell. & Nov.*82. Est juris certissima regula, & hoc est, quod ait *l.contumacia, de regul.jur.* Contumaciam litis damno coerceri, quia scil. ad eam litem contumax nullum regressum habet, si condemnatus sit, neque per appellationem, ut fit plerumque neque per restitutionem eremodicii, nisi sit minor XXV. annis, *l.7.§.ult. de minor.* Itaque non culpatur defensor, qui non appellavit, cum non posset appellare. Non potuit appellare, quia reus contumax condemnatus est; & vero reus ipse, non defensor condemnandus fuit, quia cum reo fuit lis contestata, non cum defensore. Defensor supervenit liti contestatæ; & æquum est, ut cujus quisque litis initium fecit, ejus etiam eventum excipiat, nec unquam accidit, ut alius damnetur, quam qui litem contestatus est. Merito ergo fuit condemnatus reus principalis, non defensor, qui supervenit liti contestatæ, & quia condemnatus est ex eremodicio, ex contumacia, ideo, neque per se, neque per alium appellare potest, quia quod quis non potest per se suo nomine, neque per alium, *l.2. de adm. rerum ad civit. pert. l. quæritur, de Carbon. edict.* Et hæc est sententia evidentissima hujus partis prioris. Sequitur altera pars, quæ est de defensore absentis, qui litem contestatus non erat. Finge: cum moveret quidam controversiam hominibus L.Titii absentis de proprietate fundi, quem Titius possidebat, quidam absentis possessoris amicus se rei defensioni obtulit ultro, & inter eum & actorem lis contestata est. Si secundum actorem judici videatur danda esse lis, condemnandus est defensor, non possessor, qui abest; quia defensor litem contestatus est tanquam alieni juris vicarius: absens enim nunquam huic judicio adfuit. Et ita ostenditur in *l. 1. C.de sent. & interloc. omn. judic.* lite inchoata & contesta-
A ta inter actorem & procuratorem, vel gestorem sive defensorem voluntarium, non esse condemnandum eum, qui judicio abfuit, sed procuratorem vel gestorem tantum. Idem ostenditur in *l.minor, & l.Plautius, de procurat.l.alia causa, sol. matrim.* Hoc autem casu si defensor, qui condemnatus est sententia non appellaverit, culpam contrahere videtur, quod cum possit, non appellavit: hæc, inquam, culpa vel ei imputabitur vel repensabitur, si agat judicio directo negotiorum gestorum: vel objicietur ei si cum eo agatur directo judicio negotiorum gestorum. Et hoc est, quod subjicit Ulpian. in hac eadem nota, quam facio secundam partem hujus *§.Ceterum, &c.* directo judicio negotiorum gestorum aget voluntarius amicus, & bonæ fidei defensor, licet condem-
B natus sit, ut recipiat, quod ob rem judicatam solvit, veluti litis æstimationem, quam solvit, sed non etiam, ut recipiat sumptus in eam litem factos, quia apparuit non fuisse ei rationem litigandi. Et ita est proditum in *l.5. §.in hac stipulatione, jud. sol.* Et hoc quum condemnatus sit. Nam si vicerit, si causam tenuerit, etiam sumptus litis recipiet, perinde ac si rem defendisset ex mandato rei, si litem, ex mandato suscepisset. Quo casu, sive vicerit, sive non, recuperat sumptus ad eam litem factos, sumptus litis: quia quidquid fecit, ex mandato fecit. Et ita hic §. explicandus est. Male autem Joannes & Accursius statuunt contra ea, quæ diximus, defensorem ultro interveniente post litem cum reo contestatam, esse condemnandum. Quod est contra manifestissima verba prioris partis, quæ condemnat reum principalem, qui litem contestatus est. Neque quidquam mutat, quod
C defensor in hac priore parte tantum allegavit causas absentiæ; quia hoc tantum supererat defensioni, quoniam se reus in litis contestatione satis defenderat, vel rem, de qua agebatur: nec si quid superfuisset amplius, id defensor omisisset: denique hoc tantum supererat, ut allegaret causas absentiæ; idque efficeret, ne judex gravem sententiam dare festinaret adversus absentem. Quod cum non obtinuerit, æquum est, ut condemnatio recurrat ad eum, qui litem fecit, & contestatus est. Contra, male Doctores omnes Accursium reprehendunt, scribentem hoc loco, etiam actorem invitum agere compelli cum eo, qui ultro se liti offert & defensioni rei absentis, absente reo paratus satisdare judicatum solvi, ut fit, alioquin non admittetur, non erit defensor idoneus, itemque paratus novare obligationem, & in se transferre liberato absen-
D te, pro quo intercedit. Hæc est sententia Accursii, ut actor compellatur cum eo agere, qui se offert defensioni litis, reo absente, & satisdationem offert & novationem: quæ verissima sententia est. Quia justius est ejusmodi defensorem admitti, etiam invito actore, quam absentem quasi contumacem & indefensum gravi condemnatione percelli, a qua non possit appellare, quæ sunt verba *l. exigendi, in fi. C.de procur.* Æquissima est sententia, a qua non debuit dimovere Doctores, *l.si mandatu 1.§.1. mand.* qua utuntur, quæ nihil huic sententiæ adversatur. Nam hoc tantum vult, non cogi creditorem novatione facta mutare obligationem restituendo eam in pristinum statum, sive reponendo in priorem personam, a qua obligatio erravit ad defensorem, qui intercessit novandi causa; non dicit creditorem non cogi novare
E obligationem, puta, judicio accepto cum defensore voluntario satisdante judicatum solvi, & in se transferente principalem obligationem, hoc est expromittente: sed dicit ita forte semel mutatam obligationem rursus mutare creditorem non compelli. Remaneamus igitur in sententia Accursii.

Ad §. Qui aliena.

Qui aliena negotia gerit, usuras præstare cogitur: ejus scilicet pecuniæ, quæ purgatis necessariis sumptibus superest.

EX hoc §.hoc tantum intelligimus, negotiorum gestorem debere usuras pecuniæ debitæ ob causam administrationis, quam percepit vel percipere potuit. Eam

Eam autem duntaxat pecuniam debere,ac proinde ejus tantum pecuniæ uſuras præſtari, quæ ſupereſt deductis neceſſariis ſumptibus, quos negotiorum geſtor fecit in rem alienam. Quod eſt Papiniani hoc loco, *purgatis ſumptibus neceſſariis*,ut purgatis rationibus in *l.* 12. *C.de bon.proſcript.* Apud Suetonium in Caligula: *Decimo quoque die apud judicem rationes ſuas purgabat*. Sed adde etiam purgari debere ſumptuum uſuras,quia & veniunt in contrarium judicium negotiorum geſtorum *l. ob negotium, C. eod. tit.*

Ad §. Libertos.

Libertos certam pecuniam accipere teſtator ad ſumptum monumenti voluit, ſi quid amplius fuerit erogatum, judicio negotiorum geſtorum ab herede non recte petetur de jure fideicommiſſi, cum voluntas finem erogationis fecerit.

POnit teſtatorem per fideicommiſſum rogaſſe heredem,ut daret ducenta libertis ſuis,ad ſumptum extruendi monumenti, libertos autem expendiſſe trecenta, quod forte minore ſumma non poſſet extrui monumentum pro dignitate patroni. Quæritur: an quod amplius expenderunt,ab herede recuperare poſſint actione negotiorum geſtorum, veluti hereditario negotio geſto? ut *l.hereditas,de petit.hered.*Et ait, libertos, neque judicio negotiorum geſtorum petere poſſe,quod amplius erogarunt in extructionem monumenti, *nec jure fideicommiſſi.* Ita enim habent omnes alii libri: male Florentini, *de jure fideicommiſſi.* Et addit rationem, quæ eſt communis, hoc eſt, quæ utramque actionem excludit, negotiorum geſtorum, & fideicommiſſi; quia *voluntas teſtatoris finem erogationis fecit*: noluit amplius expendi, dixitque, ut expenderentur ducenta. Quod confirmatur arg. *l.ult. C.eod.tit.*Et inde Joannes recte putat; quod ſi mandavi tibi,ut mihi fundum emeres octo,& emeris decem,ejus quod ſupereſt, tibi repetitionem non eſſe. Quid tamen fiet,ſi libertus minus expenderit in extructionem monumenti?Id quod reſtat hoc caſu, conſtat heredis commodo proficere, *l.Lucius,§.1. de leg.2.* Atqui dicitur, non minus erogari poſſe, quam juſſit teſtator,*l.cum in teſtamento, de verb. ſignif.* Sed ut reſpondeam illi loco, heredem juſſit in monumentum,vel funus certam duntaxat ſummam expendere, uſus hoc articulo *duntaxat*, & heredem, ait,non videri facere contra voluntatem teſtatoris,ſi plus expendat, ſed ſi minus expendat, quia articulus *duntaxat*, qui abeſt ab hoc §.modum facit in *d.l.cum in teſtamento.*Non tantum quoad erogare liceat, ſed etiam quoad neceſſarium ſit. Et ita hoc mihi explicandum videbatur.

Ad §. Tutoris.

Tutoris heres impubes filius, ob ea, quæ tutor ejus in rebus pupillæ paternæ geſſit, non tenetur: ſed tutor proprio nomine judicio negotiorum geſtorum convenitur.

HUjus §.quæſtio eſt:Tutor pupilli & heredis patris, id eſt,qui heres extiterat patri, qui quidem pater tutelam cujuſdam pupilli, cum moreretur adminiſtrabat, hic, inquam, tutor non tantum negotia pupilli ſui geſſit,ſed etiam negotia ejus,cujus tutelam pater pupilli ſui, cum moreretur, adminiſtrabat. Quæritur,an ex hoc facto tutoris, pupillus paterno pupillo teneatur? Et reſpondet Papinianus, non teneri, ſed ſolum tutorem,qui geſſit, ſub nomine ei teneri judicio negotiorum geſtorum,non pupilli ſui nomine,quia pupillus ipſe nihil geſſit in rebus pupilli paterni,nec gerere quicquam potuit aut debuit;atque adeo nec explicare potuit, aut debuit ea,quæ pater inchoaverat in rebus pupilli ſui,*l.1.de fidejuſſ. tut.* Quod pupillus ipſe explicare non debuit, ergo nec tutor ejus nomine, ut eum,non ſe obligaret.Quamobrem pupillo paterno ſolus tutor obligatur judicio negotiorum geſtorum, quod negotium ejus geſſit ſuo nomine, vel ſi pupilli nomine,quod non debuerit pupil-

A li nomine,quod non debuit nec potuit pupillus ipſe:Pupillus non eſt legitimus adminiſtrator reum alienarum, quia nihil ſcire intelligitur,*l.ult.de jur.et fac.ign.*Et valde ſane corrupta eſt *l.3.h.t.in §. pupillus*, quo ſcriptum eſt, pupillum ſi negotia aliena geſſerit, teneri judicio negotiorum geſtorum in id,quo locupletior factus eſt ex ea adminiſtratione. Quia cum pupillus non ſit legitimus adminiſtrator rerum alienarum, conſequens eſt, & ex adminiſtratione ſive negotio,quod geſſerit, eum non teneri,quaſi nihil egiſſe videatur,qui quod gerit,neſcit. Et ſane illo loco pro *pupillis*, eſſe legendum *pupilli*, manifeſte quod præcedit, quodque ſequitur, indicat. Quod præcedit:quia cum in edicto prætoris de neg.geſtis ſcriptum eſſet hoc modo,*Si quis negotia geſſerit alterius*,ante eum paragraphum, *Pupillus*, interpretatur hanc vo-
B cem, *Alterius*, etiam pertinere ad feminam, ut ſit, *Si quis negotia geſſerit alterius*,id eſt,*maris*, vel *feminæ*. Idem oſtendit etiam, quod ſequitur,quia *Alterius* interpretatur pertinere ad furioſum, ut ſit *alterius*, ſani vel furioſi. Ex quo ſequitur in intermedio,id eſt,in §.*pupillus*, eum interpretari, *alterius*, etiam ad pupillum referri, ut ſit *Alterius* pupilli vel puberis, ut ſcilicet ſi pupilli negotia geſſerim ultro, in eum agere poſſim,id eſt,contrario judicio negotiorum geſtorum,in id,quo locupletiorem eum feci bene gerendo ejus negotium. Aut viciſſim ſi is agat directo judicio negotiorum geſtorum, me poſſe ei imputare quod geſſi, quoque locupletiorem eum feci. Mutemus ſpeciem hujus §. Si patri tutori pupilli cujuſdam filius non impubes, id eſt, juſtæ ætatis, heres inſtitutus,heres extiterit,& aliquid geſſerit in rebus pupilli pa-
C terni poſt mortem patris, quamvis ipſe filius non ſit tutor,quia tutela non ſequitur heredem tutoris: morte finitur:tamen ob ea,quæ geſſit in rebus pupilli paterni non dicemus eum teneri negotiorum geſtorum, ſed tutelæ actione, qua defunctus tenebatur, cujus heres negotia pupillaria geſſit, aut gerere perſeveravit, *l. 4. de fidejuſſ. tut.*etiam finita tutela in heredem tutoris.Nam non tantum ob ea, quæ geſſit defunctus, ſed ob ea, quæ ipſemet gerere perſeveravit, datur actio tutelæ.

Ad §. Quanquam.

Quanquam mater filii negotia ſecundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat; tamen jus actoris periculo ſuo litium cauſa conſtituendi non habebit, quia nec ipſa filii
D *nomine recte agit, aut res bonorum ejus alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.*

FEmina nec filii ſui impuberis tutrix aut curatrix eſſe poteſt,niſi hoc ſpecialiter a principe impetraverit,*l.ult.inf. de tut.* vel niſi certis conditionibus hodie ex conſtitutione Valentiniani, *l.2.C.quan.mat.tut.off. fungi poſſ.*at regulariter nec filii ſui mater tutrix eſſe poteſt:at negotia ejus adminiſtrare non prohibetur:non tamen temere aut paſſim, ſed ſi forte pater teſtamento ea commendaverit & commiſerit matri, ut plerumque,pietatis maternæ fiducia pater libentius committit matri negotia filii communis,quam extero,& hanc fiduciam habuerit pater de ipſa, cum injunxit matri adminiſtrationem negotiorum filii communis quem relinquebat impuberem. Tutorem vel curatorem matrem dare teſtamento
E pater non poteſt:at negotia filii communis ei committere & injungere potuit. Alioquin mater non habet jus adminiſtrationis in rebus filii ſui impuberis,*l.filie,in fin. de ſolut.*ſed ex ſuprema voluntate patris habet jus adminiſtrationis. Nec enim abs re poſuit Papin. matrem geſſiſſe negotia filii ſui patris voluntate:nam citra voluntatem patris non habet jus adminiſtrationis rerum filii vel filiæ.Deniq;inter matrem & filium non poteſt eſſe judicium tutelæ, vel curationis judicium, negotiorum geſtorum ex hac cauſa poteſt eſſe ultro citroq;Et conſequenter,licet commiſſa ſint matri negotia filii impuberis teſtamento patris,tamen non poteſt ea agere omnia, quæ tutoribus permittuntur vel incumbunt. Quod Papin. breviter hoc loco demonſtrat exemplis quatuor, aliam ſcil.

eſſe

esse causam tutoris, aliam matris, cui pater testamento commendavit negotia filii communis. Primum non potest mater filio impuberi suo periculo litium causa actorem constituere, quod permittitur soli tutori vel curatori, ut litium pupillarium causa actorem constituat, qui eas lites agat, quoties diffusa sunt negotia pupilli, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat: quod multis locis ostenditur, *l. tutor, quan. ex fac. tut. l. decreto, de adm. tut. §. ult. Inst. de cur. l. 10. C. de appell. l. 10. C. qui dare tut. vel cur. poss.* & in *tit. C. de act. a tut. sive cur. dan.* Et aliquando hic actor a tutore necessario constituitur, ut puta, si pupillus procuratorem ad lites facere non possit tutore auctore, quod absens sit pupillus, vel quod infans sit *d. l. decreto*: nam ipse tutor sine pupillo, non potest facere procuratorem ad lites, nisi ad eas lites, quas ipse tutor jam contestatus est. Ceterum ante litem contestatam, tutor non potest facere procuratorem litis, quia ipse non est dominus litis, sed pupillus, *l. neque, C. de proc.* Sed decreto Prætoris vel Præsidis, si litibus sufficere non possit contestandis pupilli nomine, ei permittitur, ut causæ actorem constituat ad lites, adjutorem ad cetera negotia si id postulat negotiorum multitudo, *l. solet, de tut.* Hoc soli tutori vel curatori permittitur specialiter ex decreto judicis, non permittitur procuratori vel gestori negotiorum alienorum. Ac ne matri quidem ex voluntate patris gerenti negotia filii. Hoc igitur primum ostendit Pap. maxime distare matrem, cui permissa est administratio rerum filii testamento patris, a tutoribus & curatoribus. Sequitur alia differentia. Tutor pupilli nomine recte agit in judicio: recte rem pupilli deducit in judicium. At mater, quæ negotia pupilli gerit, rem pupilli in judicium deducere non potest. Aliæ igitur sunt partes tutoris, aliæ matris, cui hoc commissum est a patre. Aliud officium tutoris aut curatoris, aliud matris, cui hoc permissum est a patre. Neque vero mirum, si mater non possit negotium pupilli in judicium deducere, quia nec ullam rem alienam potest ultro, nisi parentis nomine ex causa, si non sit alius, qui agat parentis sui nomine, *l. feminas de proc.* filii autem sui impuberis nomine idem non potest, quia tutorem ei petere potest, qui agat, *l. alienam C. de proc.* Non potest etiam mulier ex mandato, ut procurator agere litem alienam, nisi in rem suam, *l. 4. C. de proc. l. 2. de reg. jur.* Et hac ratione Pap. probat matrem sane actorem pupillo constituere non posse: quia, inquit, nec ipsa filii pupilli nomine recte agit. Actorem non facit, qui ipse agere non potest: judicem non facit, qui ipse judicare non potest. Adducuntur & aliæ differentiæ inter tutorem & curatorem, & inter neg. gest. Tutor rem pupilli legitime alienare potest, si hoc exigat utilitas pupilli, *l. si cum plures §. 1. de adm. tut.* at gestor voluntarius jus alienandi nullum habet. Item tutor debitorem pupilli liberare potest, pecuniam debitam accipiendo, vel rem novando, quod gestor non potest, qui mandatum non habet, aut voluntatem creditoris, *l. vero, §. quod si forte, de sol. l. 22. de adm. tut.* Ergo in specie proposita mater, cui in testamento pater mandavit administrationem negot. filii communis impuberis, non potest debitorem filii, hereditarium puta, liberare accipiendo pecuniam debitam; & debitor filii solvendo matri, non recte solvit; hoc est, solutione matri facta non liberatur. Huic sententiæ obstat vehementer *l. filiæ de sol.* Species est elegantissima. Mater negotia filiæ suæ pupillæ gessit ultro, non ex voluntate, aut præcepto patris, sed ipsa se immiscuit negotiis filiæ pupillæ suæ, & res ejus vendendas argentariis dedit, quod tamen jure non poterat, quia nec jus ullum administrandi habebat, ut eadem *l. filiæ* nominatim ait, quæ voluntatem patris, aut mandatum non habebat: Argentarii vero ex mandato matris eas res vendiderunt, & pretium persolverunt, ac pertulerunt ad matrem: quæritur: an recte solverint matri? an jure sint liberati? Et Scævola illo loco respondet, jure liberatos esse. Ergo mater, quæ negotium gerit pupillæ, pecuniam accipiendo debitam pupillo, jure liberat debitores pupilli. Jure, hoc est, jure ipso, quod est contra hunc §. Jure, inquam, quia ut ad Scævolam notat Claudius illo loco, superest illa quæstio, quæ pendet ex jurisdictione, hoc est, quæ officio judicis dirimenda est, ac si diceret: Bene ait Scævola, jure liberatos, hoc est, ipso jure, summo jure, quoniam subest adhuc quæstio, quæ pendet ex officio judicis: an scil. nihilominus argentarii pupillæ condemnandi sint, si scil. ignoraverint negotia pupillæ fuisse, si existimaverint matris fuisse, quæ mandabat res vendi, & mater non sit solvendo; denique si ignoraverint matrem administrare rem pupillæ, nec habuisse jus administrationis, & falso existimaverint fuisse matris res illas: Nam hoc casu melius est, ut dicamus non esse liberatos, nec liberandos officio judicis, cum mater solvendo non sit, hoc est, cum a matre filia rerum suarum pretia recuperare non possit atque servare. Et Scævolæ responso ita demum locus non est, si sciebant argentarii negotia pupillæ fuisse, & matrem non habuisse jus administrationis, & mater solvendo non sit: quia non liberantur, nec enim scientes debuerunt solvere matri inopi & egenæ. At hujus casus inspectio pertinet ad officium judicis, ut eum excipiat a responso. Ergo responso ita demum locus est, si argentarii nescierunt pupillæ fuisse negotium, vel si sciebant, & mater sit solvendo. Unde res omnis, adhibita hujusmodi distinctione, facile expedietur. Aut debitores pupillæ solverunt, quod debent ex causa negotii, quod gesserunt cum matre pupillæ idonea aut locuplete, & recte ei solverunt, & liberati sunt. Aut solverunt ex causa hereditaria, quia debitores erant patris, cui pupilla ab intestato heres extiterat, & tunc non recte solverunt matri, cum qua nihil contraxerunt, nec liberati sunt solvendo matri. Hæc distinctio totam rem expediet. In summa autem hoc ait Pap. in hoc §. ut ostendat quantum intersit: an tutela pupillæ permittetur matri, an negotiorum administratio, quantumque intervallum sit interjectum inter hæc duo genera administrationis, inter tutelam & negotiorum gestionem.

Ad §. Ult.

Uno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur: sed qui sumptus necessarios probabiles in communi lite facit, negotiorum gestorum actionem habet.

Species §. ultimi hæc est. Lis est de servitute ducendæ aquæ, vel hauriendæ, quæ est communis mihi & tibi, hoc est, quæ debetur fundo communi meo & tuo: Tu eam litem defendisti solus adversus vicinum, qui negabat eam servitutem deberi, & eam obtinuisti: tu igitur commune negotium gessisti. Quæritur, an sumptus in litem factos necessarios ac probabiles a me repetere possis pro parte judicio negotiorum gestorum? In hanc actionem veniunt tantum sumptus necessarii, & probabiles §. *qui aliena*, §. *libertos*, *sup.* hac lege, *l. 25. hoc tit.* At videntur in hac specie non venire sumptus, quos tu in eam litem fecisti, quia sententia dicta est tibi, qui eam litem defendisti, non mihi qui cessavi. Ergo non videris gessisse rem communem. Sed hoc Papinianus negat, quia non tibi sententia dicta est, sed dicta est fundo communi, cui debebatur servitus aquæ, non tibi, vel mihi. Et ratione fundi vicisti non minus mihi quam tibi, vicisti etiam mihi, *l. loci, §. si fundus, si servit. vind.* Ergo æquum est, litis sumptus esse communes, quia victoria est communis. At quod ait Pap. eos repeti actione negotiorum gestorum, id valde pugnat cum *l. 6. §. hoc autem, comm. divid.* quæ generaliter dat actionem communi dividundo, denegat negotiorum gestorum: ideoque eam opponit Accursius ibid. Illa lex dat actionem communi dividundo, cum quid necessario actum est in solidum, quod pro parte commode explicari non possit, & ita impensa facta ab uno in rivum aquæ communem, vel in viæ communis eundem locum, Cassius & Pomponius, qui fuit ex Cassii amicis, dabat actionem communi dividundo impensæ pro parte recuperandæ gratia, vel pro socio, non negotiorum gestorum, *l. cum duobus, §. item si in commun.*

mun.pro soc.l.arbor, §.si eundem, comm.divid. quia servitutis causa individua est, & qui diviserit servitutem, eam corruperit: non potuit in causam servitutis fieri ullus sumptus pro parte: quicunq; igitur factus est, in solidum necessario factus est. Ergo venit in judicium communi dividundo: nam in judicium negotiorum gestorum id tantum venit, quod gestum est in solidum cum possit experiri pro parte, ut definitur in *d.§.hoc autem.* Et ita in proposito casu, cum communis servitutis causa fuerit individua, & necessario fuerit defensa in solidum ab uno, nec potuerit defendi pro parte, videtur sumptus in litem factus esse repetendus judicio communi dividundo, non judicio negotiorum gestorum. Sed hæc opinio Cassii refellitur in *d.l.arbor*, *§.si per eundem*: elegantissima ratione, quia proprie communis nulla servitus est. Duorum proprie non est communis aqua, aut via, quæ ad duos pertinet, sive ad fundum communem. Commune est, quod pro parte indivisa meum est, pro parte tuum: at aqua, vel via, vel quæ alia servitus, unicuique nostrum in solidum competit, non pro parte. Et hoc est, quod ait lex *si duorum*, *ff.de oper. libert.* individuorum nullam esse juris communionem. Servitus, jus est individuum: jus commune dividuum esse nequit, neç cogitatione quidem scindi in partes. Et ait *l.arbor*, *§.si per eundem*, *quæ communio juris separatim intelligi potest*. Sensus hic est: Servitus uniuscujusque separatim est in solidum: Ergo inter eos nulla potest esse servitutis communio. Communio & separatio sunt contraria. Atque ubi una est, alia esse non potest: & ideo impensa facta servitutis communis tuendæ gratia, quæ debetur prædio communi, & facta ab uno ex sociis non venit in judicium communi dividundo, quia licet prædium sit commune, cui servitus debetur, ipsa tamen servitus non est communis: at venit ea impensa in actionem neg.gestorum; quia cum possem rem defendere, quasi mihi in solidum competente jure aquæ, malui defendere communi nomine meo & tuo, te cessante. Quæ species in hoc §.necessario ponenda est, alioquin difficile esset hanc rem expedire.

Ad L. XLIII. de Recept. arb.

Arbiter intra certum diem servos restitui jussit: quibus non restitutis, pœnæ causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: ob eam sententiam fisco nihil adquiritur, sed nihilominus stipulationis pœna committitur, quod ab arbitrio statuto non sit obtemperatum.

INter duos orta est controversia de quibusdam servis, quos unus eorum possidebat, alter dicebat, sibi deberi ex causa depositi, vel commodati, vel mandati. Et ex compromisso sumptus est arbiter, qui eam litem, eam controversiam dirimeret, qui statueret, an servi essent restituendi petitori. Utrinque ut fit (alioquin inanis & inutilis esset sumptio arbitri) promissa pœna aureorum quinquaginta, si quis arbitri sententiæ non staret; & in compromisso præterea cautum est, ut eum qui arbitri sententiæ non staret, arbiter condemnaret centum pœnæ nomine fisco inferre. Post arbiter jussit servos restitui petitori intra Calendas proximas, & iis non restitutis intra Calendas proximas, jussit, ut compromisso promissum erat, non obtemperantem præstare fisco pœnæ nomine aureos centum. Quæritur, an ex ea sententia fisco pœnæ petitio sit? Et ait Pap.non esse, quod verum est: quia nec ipse fiscus eum arbitrum elegit, quoniam ad fiscum ea res non pertinebat: nec si eum elegisset, ulla actio esset ex sententia arbitri, quia sententia arbitri rem judicatam non facit, *l.1. C.de rec.arb.* & servatur tantum metu pœnæ compromissæ; qua de causa sine vinculo pœnæ, nihil valet electio arbitri compromissarii: imo nec compromissarius est judex, nisi utrinque pœna compromissa. Sed pœna quinquaginta inter eos promissa, qui compromiserunt in eum arbitrum, ex stipulatu peti & exigi potest ab eo, qui arbitro non paret, qui arbitri sententiæ non stat: pœna fiscalis non fuerat in stipulationem deducta, nec si fuisset de-

A ducta, fisco adquireretur actio, quia per liberam personam non adquiritur actio, *l.1.C.per quas pers.l.solutum.§. per liberam de pign.act.* Neque obstat *l.1.de jure fisc.* quæ ait, fisco deberi pœnam ex contractu privati: quia, ut breve faciam, quod est facillimum, in ea lege non intelligit pœnam, de qua convenerit inter contrahentes, ut fisco inferretur, sed pœnam legitimam, & jure irrogatam iis, qui contraxerunt illicite, & adjudicatam fisco, ut in *l.Senatus,de contr.em.* Ita Græci hoc loco ad eam legem respondent, & ita eam ipsam suo loco accipit Accurs. Bartolus aliter, & male.

Ad L. XLIV. de Judiciis.

Non idcirco judicis officium impeditur, quod quidam
B *ex tutoribus post litem adversus omnes inchoatam, reipublicæ causa abesse cœperunt: cum præsentium & eorum, qui non defenduntur administratio discerni, & æstimari possit. Cum postea servus apparuit, cujus nomine per procuratorem fuit actum, absolvi debitorem oportet, quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.*

SUnt duo responsa in hac lege. Ad primum sciendum est in primis, Regulariter non valere sententiam, quæ dicta est non præsente utraq; parte, non præsentibus omnibus, quos causa contingit, ut ait *l.de unoquoque, de re judic. De unoquoque negotio præsentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet*: quod obtinet non tantum in sententia judicis, sed & in arbitri compromissarii, *l.diem, §.si quis, l.inter, de recep. arb.* Et manat ex XII.tab.in qui-
C bus ita est, *Præsente ambobus litem addicito*. Hoc cognito finge: Plures fuisse tutores pupilli, plures contutores, cum quibus finita tutela pupillus egit actione tutelæ, ut reddant rationes, & litem cum iis omnibus contestatus est. Post litem contestatam judicio tutelæ (ut ponunt Basilica) quidam ex tutoribus Reipub.causa abesse cœperunt, nec ullum defensorem reliquerunt, quæritur, an iis absentibus ceteris præsentibus, judex suo officio fungi & sententiam dicere possit? Dubitationis causa hæc est, quod omnes litigatores præsentes non sunt, & exigat rite judicatum præsentiam omnium, ad quos res pertinet. Et tamen Pap. respondet, judicem suo officio fungi posse, & sententiam dicere, non quidem de re absentium, sed de re præsentium tutorum tantum: quia administratio ab-
D sentium, & præsentium a judice dividi & discerni potest. Ergo & judicari separatim, & sic administratio præsentium recte separatim æstimabitur sententia judicis, pupillo præsente: non prohibetur judex litem dividere, si ita res exigat, idque constitutio Græca Justiniani definit in *l.pen.C.de sent.& interl.* & confirmat *l.cum in una*, *in princ. de ap.* Nec obstat, quod ait *l.nulli*, *C.de jud.* causæ continentiam, id est, περιοχὴν non posse dividi. Quia non loquitur de judice, sed de litigatore, qui dividit continentiam aut consequentiam causæ: puta qui apud unum judicem agit de proprietate, apud alterum de possessione ejusdem rei, cum apud eundem de utroque agere debeat, *l. ordinarii*, *C. de rei vindicat.*

Ad secundum responsum hujus legis hæc pertinent. Certissimum est cum servo nullum consistere judicium,
E nullam litem: ac proinde servum non posse habere procuratorem litis, *l. servum quoque*, *de procur.* Unde si eum, qui per procuratorem egit de pecunia debita, tanquam de pecunia sibi debita, aut suo nomine, celans tamen, se esse servum (quoniam si palam fuisset in ingressu judicii, eum esse servum, repulsus statim fuisset a judice) eum, inquam, qui per procuratorem de pecunia debita egit, si postea servus appareat, facere, ut debitor absolvatur, cum quo egerat. Creditori autem suo obligatus manet, id est, domino servi, quia absolutus tantum ab observatione judicii, quod nullum est cum servo; non ab obligatione principali qua tenetur creditori suo. Et hæc est sententia hujus secundi responsi. Nullum igitur est judicium, quod postea apparuit fuisse habitum cum servo, vel procuratore servi: sicut etiam nulla est libertas, quam dedit is, qui postea servus apparuit, *l. nulla competit*, *qui & a quib.ma-*

nu. lib. non fiant. item nullum est testamentum, quod obsignavit is, qui postea servus apparuit, ut ex contrario sensu demonstrat *l.* 1. *C. de testam.*

At contra non est nulla sententia, quam dixit ut judex legitimus is, qui postea servus apparuit, *l. Barbarius, de offic. Præt. l.* 2. *C. de sentent. & interloc.* Nihil est, quod tam facile explicari possit. Respondeo separanda esse, quæ quis sua auctoritate privata constituit, ab iis, quæ publica auctoritate. Si sua auctoritate, ut si manumisit, si testamentum obsignavit, litigavit, nihil egisse videtur, qui postea servus apparuit. Si publica auctoritate, ut si judex creatus a Principe judicavit, rata sunt ea, quæ judicavit, licet postea servus appareat: quia ut judicium infantis suppletur auctoritate tutoris, *l. quamvis pupillus*, §. *infans, de adquir. poss.* ita, quod ejus judicio deest, suppletur auctoritate Principis, qui etiamsi sciens servum judicem fecit, utique & liberum fecisse videbitur: sed si ignorans, non etiam videbitur fecisse liberum. Ceterum, quia quidquid fecit judex, jure publico fecit: humanius est, ut ait *d. l. Barbarius*, conservari ea, quæ judicavit, vel propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, & quietis causa finisque litium: ut Cicero suadet, conservari acta Cæsaris, vel otii & quietis causa, quantumvis ipso jure nulla fuerint. Sensus hujus responsi hic est: quod cum eum, qui per procuratorem ejus de debita pecunia, ex suo contractu, postea servum esse apparuit, debitor absolvitur; domino autem servi obligatus manet, quia ab observatione tantum judicii, quod nullum est, debitor absolvitur, & ab obligatione *παραστάσεως*, id est, judicio sistendi, quod nullum est, sed non etiam absolvitur ab obligatione principali, qua tenetur domino ejus servi. Et hanc interpretationem omnino exigit verbum *domino*, quod est in eo responso: nam intelligit dominum ejus servi, qui procuratorem dederat ad petendam pecuniam debitam ex suo contractu.

Ad L. XVI. de Inoffic. testam.

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit, & obtinuit, filia quæ non egit, aut non obtinuit in hereditate legitima, fratri non concurrit.

HUjus legis duo sunt responsa. In primo proponitur casus, quo per querelam inofficiosi testamenti (quæ liberis aut parentibus exheredatis datur) testamentum rescinditur pro parte tantum, hoc est, testator fit intestatus pro parte tantum, & pro alia parte manet testatus: quod videtur esse *παράδοξον*; nec enim ab initio fieri potest, ut si quis partim testatus, partim intestatus, nisi sit miles testator; sed ex post facto fieri potest, veluti per querelam inofficiosi testamenti, ut in casu hujus responsi: Tres sunt fratres, duo præteriti testamento matris, cujus præteritio pro exheredatione habetur, unius heres institutus: Contra heredem institutum egerunt querela inofficiosi testamenti fratres præteriti a matre separatim de parte hereditatis singuli, & unus obtinuit, alter non: Testamentum pro parte rescinditur, ita ut habeat heres testamentarius semissem, alterum semissem præteritus, qui obtinuit in querela tanquam legitimus heres ab intestato, prorsus excluso fratre, qui non obtinuit. Idem est; si unus ex eis egit querela, alter non egit, repudiandi animo scilicet, ut in *l. seq. & l. si ponas*, §. *ult. h. t.* Denique qui repudiantis animo non agit, vel qui agit & non obtinet, partem non facit fratribus, hoc est, non numeratur in partibus faciendis & pro nullo habetur. Et hoc Papinianus respondet initio hujus legis, qui tamen alio loco, hoc est in *l. Papinianus*, §. *quoniam, hoc tit.* dicitur respondisse, diversum esse, si quis non repudiandi animo taceat, & non queratur de inofficioso testamento, in quo est exheredatus, quoniam hic partem facit fratri: idque forte huic primo responso etiam subjecerat Papinianus.

A

Ad §. Contra tabulas.

Contra tabulas filii possessionem jure manumissionis pater accepit, & bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quæstionem inofficiosi testamenti recte pertulit. Possessio quam pater accepit, ad irritum recidit: nam priore judicio de jure patris, non de jure testamenti quæsitum est. Et ideo universam hereditatem filiæ cum fructibus restitui necesse est.

AD secundum responsum hujus legis sciendum est: patri præterito testamento filii emancipati, id est, instituto, nec exheredato, quia ea præteritio pro exheredatione habetur, competere querelam inofficiosi testamenti, ut patri: ut manumissori autem, si filium in emanB cipatione manumiserit; quod non faciebat semper pater, qui emancipabat nisi contraxisset fiduciam, ut ipse manumitteret mancipatum alii filium, ut manumissori, inquam, si in emancipatione filii manumissor extiterit, exemplo patroni competit bonorum possessio contra tabulas, *l.* 1. §. *ult. si a paren. quis man. l.* 14. *h. t. l. si a milite*, §. *ult. de testament. milit.* Multum autem interest, quo jure pater præteritus veniat ad hereditatem filii emancipati: Nam per querelam inofficiosi testamenti aufert totam hereditatem: per bonorum possessionem contra tabulas, semissem tantum, vel hodie trientem debitum verecundiæ manumissoris. Item si filius emancipatus, qui patrem prætermisit, quod pro exheredatione habetur, etiam filium suum exheredaverit, & prior pater egit querela inofficiosi testamenti & obtinuerit, victoria ejus C proficit filio exheredato, patri non proficit, *l.* 6. §. *si quis, h. t.* quod non fit quidem directo, quia res inter alios judicata aliis non proficit, sed per consequentiam: propterea quod re judicata, secundum eum, qui egit querela inofficiosi testamenti, testator factus est intestatus hoc est, rescissum est testamentum. Patet igitur via filio vindicandæ hereditatis ab intestato, qui in causa intestati præfertur patri: sic fit, ut victoria patris prosit filio, hoc est, nepoti ejus patris, non ipsi patri. At alio casu, si pater prius acceperit bonorum possessionem contra tabulas certæ partis, nihil hoc proficit filio exheredato, nepoti suo, imo nec patri, si postea filius exheredatus agat querela inofficiosi testamenti, & obtineat contra heredem scriptum, aut contra patrem, sive avum suum, qui jure bonorum possessionis contra tabulas partem boD norum filii emancipati occupavit. Victoria filii exheredati in querela inofficiosi testamenti excludit heredem scriptum, atque etiam patrem, qui antevertat accipere possessionem bonorum contra tabulas, & uterque filio tenetur in hoc, ut filius habeat assem, hoc est, universam hereditatem cum fructibus, nisi sint consumpti jam bona fide: & ratio differentiæ redditur a Papiniano, quia in quæstione accipiendæ bonorum possessionis contra tabulas, de jure tantum patris quæritur, pater jus manumissoris habeat, nec ne? non de jure testamenti. Et si rem obtineat pater, jus suum obtinet, id est, legitimam portionem datam patrono pro beneficio libertatis, non etiam rescindit testamentum, non repellit heredem scriptum. At in querela inofficiosi testamenti quæritur de jure testamenti, an in ea causa sit testamentum ut reE scindi debeat: quod etiam in *l. si impubes* §. 1. *de Carb. edict.* declaratur: qui in querela obtinet, testamentum rescindit, testatorem intestatum facit, & consequenter filius, qui postea in querela obtinet, patrem excludit commodo bonorum possessionis ante acceptæ: quia locum habere non potest hæc possessio bonorum contra tabulas, quæ patrono datur, aut quasi patrono debetur: locum, inquam, habere non potest ab intestato, in hereditatem legitimam vocato defuncti filio beneficio querelæ inofficiosi testamenti,

Ad.

Ad L.LI. de Petit. hered.

Heres furioſi ſubſtituto, vel ſequentis gradus cognato fructus medii temporis, quibus per curatorem locupletior furioſus factus videtur, præſtabit: exceptis videlicet impenſis, quæ circa eandem ſubſtantiam tam neceſſario, quam utiliter factæ ſunt. Sed & ſi quid circa furioſum neceſſario fuerit expenſum, & hoc excipiatur, niſi alia ſufficiens ſubſtantia eſt furioſo, ex qua ſuſtentari poteſt.

SCiendum eſt homini tantum ſanæ mentis, non etiam furioſo, aut mente capto hereditatem, aut bonorum poſſeſſionem ex teſtamento, vel ab inteſtato, legibus aut edictis deferri, *l.1. §.furioſi, de ſucceſſ.edic. l.1.de bon.poſſeſſ.fur.comp.l.1.C.de ſuc.ed.* quia deferri dicitur ea hereditas, vel bonorum poſſeſſio, quæ poteſt adquiri, vel repudiari: atqui adquiri poteſt, & tantum repudiari utiliter ab homine ſano; igitur inſano non defertur. Ideoque certum eſt, hereditatem neque furioſum adquirere, neque bonorum poſſeſſionem accipere jure & ex edicto, neque per ſe, neque per procuratorem ſuum. Excipitur unus caſus, ſi ſuus heres patri, vel ſi neceſſarius heres domino furioſus exiſtat: Exiſtit enim heres ipſo jure etiam ignorans, & ſine curatoris auctoritate, *§.ſui autem, Inſt.de her.quæ ab inteſt. l.ult.§.ſin vero perpetuo, C.de cur.fur.l.63. de acqui. her.* ubi additur alius caſus, ſi per eum, quem habet in poteſtate furioſo obvenerat hereditas, adeuntem juſſu curatoris. Iis duobus caſibus exceptis, furioſus, neque per ſe, neque per curatorem ſuum hereditatem adquirere poteſt, neque accipere bonorum poſſeſſionem edictalem, & ordinariam. At decretalem bonorum poſſeſſionem, quæ ſcilicet extra ordinem datur decreto Prætoris vel Præſidis ex cauſa, non ipſo jure, non edicto promittitur, curator furioſi nomine accipere poteſt, ut interim furioſus fruatur bonis, & inde ſe alat atque exhibeat, *l.2.§.ſi quis ex liberis, Senatuſ.Tertul. l.pen. §.nos itaque, C.de cur.fur.* Quæ tamen decretalis bonorum poſſeſſio datur temporis cauſa, quandiu furioſus in ea conditione fuerit, *par proviſion*: neque enim ideo bona habiturus eſt, de quibus agitur, perpetuo & directo jure, antequam reſipuerit, & præterea mox acceperit edictalem poſſeſſionem, vel hereditatem adierit. Ideoque petita a curatore furioſi bonorum poſſeſſione decretali, curator cavere vel ſatiſdare debet hoc modo: *Si furioſus in eodem ſtatu deceſſerit*, hoc eſt non reſipuerit, *& ex eo aut in eo morbo diem ſuum obierit, neque adita hereditate, neque adquiſita poſſeſſione bonorum edictali; ſe bona reſtituturum eis, ad quos ea res pertinet*, veluti ſubſtituto furioſi, ad quem, furioſo herede inſtituto non acquirente hereditatem ex teſtamento, hereditas defertur jure ſubſtitutionis vulgaris, quia in hunc caſum ſubſtitutus eſt: *Si inſtitutus heres non erit*, quæ eſt cauſa ſubſtitutionis vulgaris. Et verum eſt eum heredem non eſſe, qui in eo ſtatu deceſſit, licet interim nomine ejus curator bonorum poſſeſſionem adeptus ſit, qui non jure & ex edicto eam adeptus, ſed ex decreto temporis cauſa, quandiu inſtitutus fureret. Non pono igitur, furioſo heredi inſtituto datum fuiſſe ſubſtitutum in ſecundum caſum, ut Accurſius ponit, ad exemplum & ſimilitudinem pupillaris ſubſtitutionis, hoc modo: *Si inſtitutus heres erit, & in eo furore deceſſerit, ille heres eſto*; non ſic pono, datum ſubſtitutum in hunc caſum, qui dicitur ſecundus caſus ſubſtitutionis, *l.precibus, C. de impub.& al. ſubſtit.* ideo autem non ſic pono ut ponit Gloſſa, quia ante Juſtinianum hoc jure in eum caſum furioſo ſubſtitui non potuit ſine ſpeciali venia principis, *l. ex facto, de vulg.ſubſt.* ſed pono ei datum fuiſſe ſubſtitutum vulgari modo, hoc eſt, in primum caſum; *ſi heres non eſſet*, ut in *l.1. de bon. poſſ. fur. comp.* Et Albericus, & Angelus Peruſinus ponunt rectiſſime reprehenſo Ac. Et hujus poſitionis fortiſſimum argumentum eſt in hac lege, quia in lege ponit; *Ab extero quolibet furioſo heredi inſtituto ſubſtitutum datum, non a patre*; ergo in primum caſum, *Si heres non erit*, quæ eſt vulgaris, non in ſecundum caſum, id eſt, *ſi heres erit, & in eo ſtatu deceſſerit*, nec ex conſtitutione Juſtiniani hodie, id eſt, ex *l. humanitatis C.de imp.& ali. ſubſt. l. ult. §. ſui autem parentis, C. de cur. fur.* poteſt a quolibet furioſo ſubſtitui in ſecundum caſum, ſed a patre tantum vel avo, qui furioſum habet in poteſtate. Aliud etiam hujus rei argumentum rectiſſime ducitur ex hoc reſponſo Pap. quoniam Pap. in eo alium facit heredem furioſi, quam ſubſtitutum, legitimum heredem ſcilicet ab inteſtato, qui ſubſtituto furioſi reſtituat hereditatem tantum eam, ex qua furioſus teſtamento extranei heres fuit inſtitutus: ergo ſubſtituto in primum caſum: nam ad ſubſtitutum in ſecundum caſum, ſi is datus fuiſset furioſo, non tantum ea hereditas pertineret, ſed etiam cetera omnia bona furioſi undecumque quæſita, *l.ſed ſi plures, §.ad ſubſtitutum, de vulg. ſubſt.* nec alium haberet heredem furioſus quam ſubſtitutum, quia ſubſtitutio facta in ſecundum caſum nihil aliud eſt, quam teſtamentum, ſive datio heredis, *l.Papin.§.ſed neque impuberi, de inoff. teſtam.* Ergo his argumentis freti dicamus, curatorem, qui accepit bonorum poſſeſſionem furioſi nomine, vel agnoſcit, ut fit hodie nuda voluntate ſine ſolemnitate decreti, exemplo tamen decreti Conſtitutione Juſtiniani, hoc eſt, *ex l.ult.C.de cur.fur.* debere cavere in hunc modum: bona reſtituturum furioſo ſubſtituto in primum caſum: vel ut hodie obtinet ex eadem Conſtitutione, ipſo jure ea bona pertinent ad ſubſtitutum in primum caſum, id eſt, ad ſubſtitutionem vulgarem, mortuo ſcilicet furioſo in eadem conditione. Et addamus, vel ſi non ſit furioſus heres inſtitutus, eiq; datus ſubſtitutus vulgaris, ſed cum defuncto eſſet proximior cognatus, nomine ejus curator decretalem bonorum poſſeſſionem accepit, curatorem cavere debere bona reſtitutum iri cognato ſequentis gradus, ad quem ea bona perveniſſent, ſi furioſus defuncto proximior non fuiſſet; videlicet furioſo moriente ante ſanitatem receptam, & petitam bonorum poſſeſſionem edictalem: nam decretalis finitur ſanitate & reſipiſcentia, eaque finita ſuo nomine petere debet bonorum poſſeſſionem edictalem, aut jure civili hereditatem adire: aut ſane locum faciet ſubſtituto vulgari, vel ſequentis gradus cognato, *d.l.2.§.ſi quis ex liberis, ad Senatuſ.Tertullia.* His cognitis res erit facilior, quæ iis incognitis vix poterat intelligi. Finge: furioſus teſtamento Lucii Titii heres inſtitutus eſt, eique datus eſt ſubſtitutus vulgari modo, ut ſi is heres non eſſet, ille heres eſſet: vel L.Titio mortuo ab inteſtato, furioſus ei proximior cognatus eſt: deinde ex teſtamento, vel ab inteſtato bonorum poſſeſſionem curator furioſi agnovit ejus nomine; interim temporis cauſa, & ex illis bonis fructus percepit: poſtea mortuus eſt furioſus in eodem ſtatu, & furioſo Cajus ab inteſtato heres extitit, nunc a Cajo legitimo herede furioſi, ſubſtitutus furioſi vel ſequentis gradus cognatus (qui ſcilicet eum, quem furioſus contigebat primo gradu, contingit ſecundo) petit hereditatem L.Titii, quam poſſidet pro herede. Juſta petitio eſt, eamque hereditatem Papinianus ait, Cajum heredem legitimum furioſi debere reſtituere ſubſtituto vulgari, vel ſequentis gradus cognato, cum fructibus medio tempore a curatore perceptis, quibus per curatorem furioſus locupletior eſt factus. Et recte; *quibus locupletior eſt factus*, quia bonæ fidei poſſeſſor (qualis fuit furioſus, cum ex decreto vel ex Conſtitutione Juſtiniani per curatorem bona poſſideret) eos tantum fructus petitori hereditatis reſtituere tenetur, quibus locupletior factus eſt, *l.illud, §.in bonæ fidei, hoc tit.* Et hoc eſt, quod ait Pap. initio hujus *l. Heres furioſi*, &c. quæ verba agnoſco eſſe Pap. At quæ ſequuntur ſtylus prodit eſſe Triboniani, nempe hæc: *Exceptis videlicet impenſis, quæ circa eandem ſubſtantiam tam neceſſario, quam utiliter factæ ſunt.* Quibus verbis adjecit Papiniano Tribonianus, fructus, qui in reſtitutionem veniunt, ut dixit Papin. eſſe intelligendos deductis ſumptibus, non tantum factis fructuum quærendorum, cogendorum, conſervandorumque gratia, quod eſt certiſſimum, & obtinet in omni parte ju-

te juris, etiam deductis sumptibus factis in res & corpora hereditaria, si necessarii vel utiles illi sumptus fuerint, ut in *l. plane, h.t.* Quid si voluptuarii fuerint, ut si in prædiis hereditariis curator furiosi medio tempore fecerit picturas, vel incrustationes? nihil scribitur de voluptuariis. Unde apparet, eum non dare deductionem sumptuum voluptuariorum, quæ tamen datur bonæ fidei possessori, *l. utiles, h. t.* Et ratio hæc est, quia non debuit curator supervacaneos sumptus facere, supervacuas facere impensas in bona, quæ possedit furiosus temporis tantum causa, in bona restitutioni forte subjecta: dat tamen heredi legitimo furiosi deductionem sumptuum factorum, furiosi ex eis bonis alendi & exhibendi causa, si eum curator aliunde tueri non potuit & alere. Quoniam & ii sumptus minuunt hereditatem, nec repeti possunt aut reputari heredi legitimo furiosi a substituto, vel a sequentis gradus cognato, ut fit in bonorum possessione Carboniana; quæ etiam est decretalis & temporaria: nam finitur pubertate, & datur impuberi, cui fit controversia status & bonorum paternorum, ut interim fruatur bonis, & ex iis toleret vitam suam, qui sumptus, si factus pubes excedat bonis (quod probatum forte fuerit filium eum non esse defuncti) non repetuntur. Interim igitur de alieno alitur, *l. ult. C. de Carbon. edic.*

Ad §. Fructuum.

Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usuræ non præstantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.

IN hoc responso facit differentiam inter fructus perceptos ante petitam hereditatem, ante illatam actionem hereditatis, id est, ante litem contestatam, quorum fructuum usuras præstari ait: & fructus percepto post petitam hereditatem, quorum usuras præstari negat. Et hoc intellige de fructibus venditis, & in sortem redactis, ut in *l. 4. de pact. dotal. l. eum qui, de iis quib. ut indig.* nam corpora ipsa fructuum in judiciis usuras non recipiunt, sed pretia tantum & sortes. Rationem autem hujus differentiæ Papinianus non explicat aperte, sed subindicat & innuit eam, dum ait, *fructus perceptos ante petitam hereditatem, ipsam auxisse hereditatem*: non igitur etiam eos auxisse hereditatem, qui percepti sunt post petitam hereditatem. Nam si fructus percepti post petitam hereditatem non auxerunt hereditatem, sequitur eos non fuisse deductos in petitionem hereditatis, non fuisse petitos, sed venisse in judicium officio judicis, ut etiam ait, *l. neque, de usur.* Ejus autem, quod officio judicis accedit, alia accessio nulla esse potest: accessionis accessio non est, ne sint infinitæ præstationes, *d. l. neque.* Denique usura usuræ, compendium compendii, commodum commodi non est, ut ait *l. 5. §. si indemnitas, de admin. re. ad civit. pert.* & constat ex multis aliis. Ita fructuum, qui vice accessionis officio judicis veniunt, non deductorum in judicium, non petitorum, alia accessio veluti usura, & quasi fructuum fructus esse non potest. At fructus percepti ante petitam hereditatem, quia hereditatem auxerunt, actione hereditatis petiti intelliguntur, & in judicium veniunt actionis jure & potestate, non officio judicis. Nam hæc verba petitionis hereditatis, *si paret hereditatem meam esse*, etiam fructus continent, quibus aucta est hereditas, tanquam partes hereditatis, *l. item veniunt, §. fructus, h. t.* Denique fructus percepti ante petitam hereditatem, petita hereditate petiti intelliguntur tanquam pars hereditatis, & rei principalis; & ideo facile accipiunt accessionem usurarum. At fructus percepti post petitam hereditatem non intelliguntur petiti actione hereditatis: itaque accedunt hereditati officio judicis: ex quo sequitur, hujus accessionis aliam accessionem esse non posse. Et hanc quidem rationem differentiæ etiam Irnerius probavit, & Græcus interpres: & quis non probaret Papiniano ipso eam innuente, dum ait, *fructus perceptos ante aditam hereditatem auxisse hereditatem*, quod non ait de fructibus perceptis post petitam hereditatem? Ex hoc discrimine & illius potissimum, quod ponit, sumenda est ratio: nec hanc differentiam quicquam infirmat, quod Accursius objicit ex regula juris: non fieri deteriorem conditionem ejus qui litem contestatus est, quod litem contestatus sit, sed plerumque meliorem, *l. non solet, de reg. jur.* Atqui deteriorem fieri conditionem petitoris, si non præstentur ei usuræ fructuum perceptorum post litem contestatam. Quæ assumptio perneganda est: nam fieret quidem deterior conditio actoris, si usuræ, quæ ceperint ante litem contestatam, eædem post litem contestatam non currerent, quod etiam non fit; nam lite contestata usuræ non consistunt, sed porro currunt semper, *l. lite, de usuris*: At si post litem contestatam usuræ non incipiunt, deterior non est conditio actoris: quia ejus res vel jus non minuitur. Quod autem ait Papinianus, fructuum perceptorum post litem contestatam usuras non præstari, in utroque possessore verum est, non tantum bonæ fidei, sed etiam malæ fidei, quia & post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, etiam qui ab initio bona fide possederunt, *l. sed etsi lege, §. si ante, h.t.* Omnes igitur præstant fructus perceptos post petitam hereditatem, etiam ii, qui ab initio bona fide possederunt, ignorantes rem alienam esse: sed eorum fructuum usuras, qui percepti sunt post litem contestatam, nec malæ fidei possessor præstat, *d.l.neque.* Quod item ait de fructibus perceptis ante litem contestatam, ut usuræ eorum præstentur, etiam aliquatenus in utroque possessore verum est, non per omnia: quoniam id tantum in eo plurimum locum habet, & indistincte sive omnimodo, qui malæ fidei possessor fuerit, nam bonæ fidei possessor non præstat fructus perceptos ante litem contestatam, nisi quatenus ex iis locupletior factus est, ut dixi in primo responso. Et horum quoque fructuum, quibus locupletior factus est ante litem contestatam, usuras non præstat, nisi a die litis contestatæ, quo primum scivit rem esse alienam, *l. 1. C. de petit. hered.* Et eatenus quidem, quod ait de fructibus perceptis ante litem contestatam, etiam dici potest in utroque possessore verum esse. Nec abs re Papinianus nullam fecit mentionem possessionis aut fidei possessoris, quoniam quod ait de omni possessore, aliquatenus verum est, vel etiam per omnia: ut quod ait de fructibus perceptis post litem contestatam, per omnia verum est in utroque. Quod de perceptis ante litem contestatam, aliquatenus tantum, sive ad aliquid, quoniam magis id convenit soli malæ fidei possessori, qui fructus perceptos ante litem contestatam omni modo restituit cum usuris legitimis: & ita scriptum hoc est nominatim in malæ fidei possessore in *l. heredem, & l. eum qui, de his quibus ut indign. l. illud, §. prædo, h.t.* ubi ait, Prædonem, id est, malæ fidei possessorem, fructuum, qui hereditatem auxerunt (ii sunt fructus præteriti, qui sunt percepti ante litem motam) fructus præstare, hoc est, usuras fructuum eorum, pretii usuras prædonem præstare. Usura est fructus pretii pecuniæ. Usura est fructus pecuniæ. Idem ait *d.l.neque.* Verum eadem *lex neque* pugnat valde cum eo, quod ait Papin. hoc loco, fructuum perceptorum ante litem contestatam usuras præstari, quoniam ait *l.neque*, nec eorum fructuum usuras præstari, qui ante litem contestatam percepti sunt, qui quasi a malæ fidei possessore ante litem contestatam percepti condicuntur. Non loquitur ea lex de petitione hereditatis, in qua, si cum malæ fidei possessore agatur, omnimodo veniunt fructus percepti ante litem contestatam actionis jure tanquam rei hereditariæ: & quia de hereditatis petitione non loquitur, ideo utitur verbo condicuntur: sed loquitur de condictione fructuum, de condictione sine causa, vel ex injusta, quam scil. intendit is, qui vicit actione proprietatis, id est, actione in rem speciali, ut *l. 3. C. de cond. ex lege.* Quoniam in actionem in rem specialem veniunt quidem fructus percepti post litem contestatam officio judicis, sed non etiam ante percepti, nisi nominatim petiti sint, *l. 2. C. de pet. her.* sed finito judicio proprietatis, in quo fructuum ratio habita non sit, vel de-

deducta a petitore, qui vicit rem suam esse, deinde extantes fructus vindicantur, consumpti condicuntur a malæ fidei possessore, fructus enim rem certam, hoc est, corpus certum augere non intelliguntur, ut eo corpore petito & ipsi petiti intelligantur. At hereditatem fructus augere intelliguntur, quia hereditas est nomen juris, quod scilicet intellectu tantum abstrahitur & percipitur, non sensu. Hereditas est jus successionis, & hoc jus, augmentum & diminutionem recipit, & sic fit, ut petita hereditate, quæ ei augmenta accesserunt, etiam petita intelliguntur. Differentia autem est maxima inter petitionem hereditatis & condictionem, de qua loquitur *l.neque*, quia condictio sine causa est actio stricta: petitio hereditatis est actio bonæ fidei; & in strictam actionem non veniunt usuræ, nisi sint deductæ in stipulationem, *l.Titius de præscr.verb.* Et ideo in condictionem fructuum præteritorum, quæ intenditur adversus malæ fidei possessorem, qui de proprietate victus est, usuræ non veniunt, quia non sunt deductæ in stipulationem, nec possunt deberi, nisi ex contractu. At in bonæ fidei judiciis usuræ veniunt officio judicis citra obligationem ex tempore moræ, ex sola mora, *l.mora*, *§.in bonæ fidei*, *de usur.* Est tamen notandus unus casus, quo etiam in petitionem hereditatis non veniunt usuræ fructuum ante litem contestatam perceptorum a malæ fidei possessore, puta si fiscus petat hereditatem ex causa taciti fideicommissi ab herede, qui tacitam fidem interposuit incapaci restituendi fideicommissi, qui quidem heres est loco prædonis, *l.prædonis h.t.* nobis prædo est, quicunque malæ fidei possessor, non invasor tantum: hoc vero casu benigne decrevit, ut ait Papinianus, Severus Imperator, non admissa superiore distinctione temporis, nec post litem motam, id est, post petitam hereditatem, nec ante, ex hac causa taciti fideicommissi perceptorum fructuum usuras præstari, *l.eum qui*, *de his*, *quæ ut indign.* Benigne hoc decrevit in hoc casu: Ergo regulariter aliud esse sequitur, sed in hoc casu noluit nimium favere fisco suo: & cum ea lege *eum qui*, nihil pugnat *l.cum quidam*, *§. in tacito*, *de usur.* quam objiciunt: quæ non dicit heredem, qui tacitam fidem interposuit, præstare usuras fructuum, sed præstare usurarum emolumentum, quod scil. ipse percepit a debitoribus: nam usuræ ab eo collectæ omnimodo restituendæ sunt: fructuum autem collectorum usuræ nequaquam. At rursus, quod ait *d.l.eum qui*, excepto illo casu taciti fideicommissi, malæ fidei possessorem post litem contestatam, hoc est, a die tantum litis contestatæ, præstare usuras fructuum ante litem contestatam perceptorum, hoc congruit cum *l.1.C.de his*, *quæ ut indig.* sed non tamen bene congruit cum Senatusconsulto de petitione hereditatis, quo bonæ fidei possessori hoc tantum datur ut fructuum ante litem contestatam perceptorum, quibus scil. locupletior factus est, usuras præstet a die litis contestatæ tantum, *l.1.C.de petit. hered.* Quamobrem Ulpian. in *l.item veniunt*, *§.ceterum*, *hoc tit.* mirum in modum coarctat eam *l.1. C. de his*, *quæ ut indig.* quæ idem videtur statuere hac in re in malæ fidei possessoribus, quod præcipue Senatusconsultum dedit bonæ fidei possessori. Et eum modum igitur, quem imponit Ulpian. *d.l.1.* quæ est etiam Severi constitutio ad Celerem, nos oportet addere *d.l.eum qui*, quæ congruit cum eo rescripto Severi. Modus hic est, quem ponit Ulpianus *d.l.1.* ut locum habeat *d.l.1.* & quod ex ea tradit Papinianus in *d.l.eum qui*, in iis tantum fructibus, aut rebus, quas malæ fidei possessor vendidit ante litem contestatam, quæ onerarent magis hereditatem, quam fructui essent, veluti, quod essent res steriles aut tempore perituræ. Harum rerum sive fructuum, quos ex justa causa vendidit malæ fidei possessor non præstat usuras, nisi ex die litis contestatæ. Et ita auctore Ulpiano accipienda est *l.1.* Aliarum autem rerum vel fructuum, qui usui & fructui esse poterant, qui servari poterant, si eos distraxerit ante litem contestatam malæ fidei possessor, eum usuras præstare statim a die petitionis, nec petitionis tantum, sed a die venditionis hoc actor malit, aut res ipsas, vel fructus debere præstare, quoniam eas, eosve possidere intelligitur, qui dolo malo desiit possidere. Dolus pro possessione est, ergo districte in eum agi potest, ut eas res, eosve fructus, quos distraxisset, præstet, quasi possessor, ut redimat ab emptore, & præstet, aut si non possit præstare, ut damnetur, quanti in litem jurarit actor, hoc est, quanti eas res juratus actor, eosve fructus æstimarit: quod plerunque est immensum pretium, vel infinitum; & hinc apparet, quam distent hac in re bonæ fidei possessores a malæ fidei possessoribus, quamque non sit in utrisque in omnibus, & per omnia, idem jus in hac quæstione.

Ad L. XLVIII. de Rei vindic.

Sumptus in prædium, quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, neque a domino peti possunt: verum exceptione doli opposita per officium judicis, æquitatis ratione servantur: si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione, superfluum sumptuum meliore prædio facto, dominus restituere cogitur.

QUæstio in hac l. est de ratione sumptuum a possessore rei, de qua agitur, factorum ante litem contestatam: in qua quæstione arbitror non esse admodum separandum justum possessorem a prædone, hoc est, malæ fidei possessore, neq; petitionem hereditatis a speciali in rem actione: nam in utroque judicio uterque possessor actori sumptus necessarios & utiles, quos fecit in eam rem, qua de agitur reputat: vel opposita exceptione doli mali, vel per officium judicis, etiam omissa exceptione doli mali, quia utriq; judicio hæc exceptio tacite inest, & si sit omissa, huic rei consulitur aut subvenitur per officium judicis, *l.plane*, & *l.ult.de pet.her.l.bonæ fidei*, *de nox. act.l.sin autem*, *§.in rem*, *h.t.* & hoc est, quod ait Papin. in hac lege, *Bonæ fidei possessorem sumptus necessarios & utiles, quos fecit in prædium alienum, quod possidebat bona fide, repetere quidem non posse a domino, qui prædium vindicat, neq; ab auctore suo*, id est, ab eo, a quo rem habuit: non posse, inquam, per actionem fructus repetere a domino, vel ab eo, a quo rem habuit, ut puta, ab eo, qui prædium ei donavit. Et caute Papinian. custoditeque loquitur de donatore tantum, quia donator de evictione non tenetur donatario, ideoq; nec ei sumptuum nomine tenetur donator, quib. rem donatam meliorem fecit. Donator immunis est omni obligatione, atq; liber, post perfectam donationem, ab obligatione evictionis, & obligatione ædilitii edicti ob redhibitionis causam. Caute igitur de donatore tantum loquitur, a quo dicit bonæ fidei possessorem petere non posse: nam a venditore prædio evicto proculdubio eos sumptus consequeretur judicio evictionis, in quod venit id omne quod interest, omnes etiam sumptus, quib. res evicta melior facta est, *l.9.C.de eviction.* donator non tenetur de evictione in id, quod interest, *l.2. C.eod.tit.* at venditor tenetur in id omne, quod interest: ergo & in sumptus factos in rem venditam si evicta sit, & si eos bonæ fidei emptor jam sibi non servaverit a domino, qui prædium vindicavit & evicit: nam si eos sumptus a domino repetere non possit, ut Papin. ait per actionem, eos tamen sibi servare potest per exceptionem doli mali, vel per officium judicis: qui judicat de proprietate prædii: repetere igitur eos fructus non potest, reputare potest per exceptionem doli, vel per officium judicis. Et quod ait in hac lege: *Exceptione doli opposita per officium judicis*, est ἀσύνδετον. Servat, inquit, sumptus a domino, qui vindicat rem proposita exceptione doli vel per officium judicis, sunt enim duo remedia, non unum. Et hoc deinde Papinianus ita declarat procedere, si minus sit in fructibus ante litem contestatam perceptis quam in sumptib. Fit enim compensatio concurrentis quantitatis fructuum, & sumptuum, & quod plus est in sumptibus in rem alienam bona fide factis servatur possessori, qui fecit, per exceptionem doli mali, vel per Officium judicis, ut dictum est. Et hæc est sententia legis. Ceterum lex

hæc,

hæc, hoc tantum tradit in bonæ fidei possessore de A quo loquitur. Ergo aliud videtur esse in malæ fidei possessore; neque frustra, aut otiosum quicquam unquam Papin. scribit. Et ut aliud sit in malæ fidei possessore, ratio juris stricta suadet, quia prædo de se queri, & sibi non petitori imputare debet, qui sciens in rem alienam impendit, *§. certe, Instit. de rer. divis.* Ideoque in *l. domum, C. de rei vind.* etiam prædoni tantum datur deductio sive reputatio sumptuum necessariorum, non etiam utilium: sed si utiles sumptus fuerint, hoc tantum ei permittitur, ut asportet & tollat ex eo, quod fecit, quod sine detrimento rei principalis tolli potest, sine læsione prioris status rei. Ergo aliud jus est prædonis, aliud justi possessoris. At initio hujus recitationis, idem constitui esse jus utriusq; Et vero ita est: nam etsi prædonem a deductione sive reputatione expensarum utilium repellat B stricta ratio juris, qui sciens prudensq; in rem alienam impendit, *d. §. certe, & d. l. domum*; tamen benignius est, ut ait *d. l. plane, de petit. her.* & prædonem, hoc est, malæ fidei possessorem beneficio exceptionis doli mali, vel officio judicis recipere sumptus, quibus rem meliorem fecit, ne scilicet actor ex aliena jactura lucrum faciat, ne ex alio incommodo suum augeat commodum. Quod ad strictam illam rationem, quæ etiam proponitur in *d. l. plane*, addit eadem lex, atque etiam *l. Julianus, h. t.* illo loco, *Nisi forte quis dicat exceptionem malæ fidei possessori prodesse de damno sollicito*, id est, de jactura, qua locupletior actor fiat. Ita vero idem addi potest *d. l. domum, & d. §. certe*, quibus auctor spectat solam rationem strictam juris. Strictæ scripturæ auctoris licet addere benignam interpretationem ex aliis legibus: ita tamen hoc addamus, ut si domi- C nus non habeat unde sumptus utiles possessori refundat, tunc necessario dicamus, quod est in *l. domum*, hoc tantum permitti possessori, ut tollat quæ salva re tolli possunt, qui aliter, quod impendit, servare non potest: sed possessori non tantum malæ fidei, ut *d. l. domum*, sed etiam bonæ fidei, quando dominus aliunde solvere non potest, *l. sin autem, §. in rem petitam, & l. in fundo, h. t.* nunc huic legi omnino recte conjungenda est *l. 65. hoc tit.* quæ est Papiniani, ex eodem libro.

Ad L. Emptor Prædium LXV. eod.

Emptor prædium, quod a non domino emit, exceptione doli mali posita, non aliter domino restituere cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, quia pignori datum prædium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperave- D *rit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis duntaxat compensari, sumptuum in prædium factorum exemplo æquum est.*

QUod dixit Papinianus in *l. 48.* quam modo exposui, de sumptibus factis in prædium alienum a domino recuperandis, idem in primo responso h. l. 65. statuit de pecunia, quam creditori domini, qui prædium illud habuit pignori obligatum in sortem, & usuras solvit possessor, si modo ea pecunia & usuræ medii temporis (quod uno verbo a nostris solet appellari *Interusurium*) excedant summam fructuum ante litem contestatam perceptorum. Nam fructuum & usurarum admissa & facta compensatione, quod plus erit in usuris, dominus, qui prædium vindicat, possessori restituere cogetur; quia in E rem & utilitatem ejus reipsa possessor eam pecuniam expendit, ut in *l. si creditor, de pign. actio.* Denique quod dixit *d. l. 48.* de sumptibus, idem in primo responso hujus tit. statuit de usuris, *ad exemplum sumptuum*, ut ait, *in prædium factorum*. Quibus verbis Papin. plane se refert ad *d. l. 48.* Sed nondum est satis: necesse est etiam explicare speciem hujus primi responsi, quæ positu facilis non est, sed intellecta placebit. Pone: Creditori meo prædium pignori obligavi in sortem & usuras quas deduxerat creditor in stipulatum; deinde me absente, & ignorante Lucius Titius prædium meum emit, & traditum accepit non a me, non a creditore distrahente jure pignoris, sed ab alio non domino. Ita recte ponit Accurs. tertio loco in prima glossa. Deinde cum L. Titio creditor agit hypothecaria actione: quamobrem L. Titius solvit creditori sortem & usuras debitas, atque ita pignus meum, & meipsum liberavit a creditore, non quidem principaliter hoc animo, ut me liberaret, & rem meam gereret, sed ut sibi confirmaret & optimo jure haberet empti prædii possessionem. Sic vero L. Titius successit in locum creditoris mei, & ideo L. Titio ab eo tempore, quo creditorem meum absolvit, debentur usuræ, quæ creditori debitæ fuissent, si non fuisset absolutus; Quare me vindicante prædium a L. Titio, is non tantum mihi reputabit sortem & usuras, quas meo creditori solvit, sed etiam a die solutionis mihi reputabit usuras ejusdem quantitatis, tanquam sibi perinde, atque priori creditori, cujus in locum successit, debita sorte & usuris iisdem: at non reputabit etiam earum usurarum usuras, ut *l. 12. §. sciendum, qui pot. in pig. hab. l. secundus creditor, C. de pign.* quia eas usuras magis sui, quam mei negotii gerendi causa solvit, magis rei suæ, quam meæ servandæ causa. Si magis mei gratia hoc fecisset, usuræ solutæ loco sortis essent, & reciperet usuras in judicio negotiorum gestorum, *l. idem quoque, §. si procurator, l. qui negotia, §. 1. & §. ult. mand.* Si magis sui gratia, ut in specie proposita, usuræ solutæ loco sortis non sunt, sed tanquam usuræ, alias non admittunt: quia nihil est, quod magis jus abhorreat quam usurarum usuras. Sunt igitur duo genera usurarum, quæ mihi L. Titius reputare potest: usuræ veteres, quas solvit creditori meo, & usuræ novæ, quæ ei L. Titio deberi cœperunt a die solutionis: ad exemplum prioris creditoris cui successit. Sed hoc interest inter veteres, & novas usuras, quod novas compenset cum fructibus, si quantum est in usuris, tantum sit in fructibus perceptis ante vindicationem prædii: at si quid plus est in usuris, id solum reputat atq; deducit. Veteres autem usuras non compensat cum fructibus: nam etsi tantum sit in fructibus quantum in veteribus usuris, quas creditori meo solvit omnimodo earum usurarum deductionem, reputationem, & retentionem habet. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco: *Fructus usuris novis duntaxat compensari*: duntaxat, ut excludat, veteres, quas non vult compensari cum fructibus, quod vicem habeant quandam sortis, sed restitui possessori. Male igitur scribitur, ut quidam Codices habent *Nobis*, & recte *usuris novis*, ut in Basilicis, τοῖς νέοις τόκοις, & apud interpretem βασιλικῶν, τόκους καινὰς, & in hoc responso, *usurarum medii temporis superfluum*, hoc est, quod plus est in usuris novis, quam in fructibus. Medium igitur tempus vocat, quod intercessit a die solutionis in diem vindicationis prædii, ut Glossa notat recte: quæ ubique etiam est sana & rectissima, præterquam ad illa verba, *a non domino*, ex qua glossa retineri tantum volo, quod ait, *vel dic tertio*, id est, tertiam opinionem. Recte etiam Florent. hoc loco habent *ante litem perceptis*, & Basil. πρὸ τῆς προκατάρξεως, male alii, *a lite contestata*. Recte *ante litem*, ut ante litem contestatam in *l. 48.* Ideo autem in utraq; ait, fructus perceptos ante litem contestatam pro modo quantitatis concurrentis compensari cum usuris novis, vel cum sumptibus in rem factis, non quod non & similiter compensentur fructus percepti post litem contestatam, sed quod de illis magis dubitari poterat. Nam fructus percepti post litem contestatam veniunt in actionem in rem officio judicis, qui ipsa pendente lite sunt percepti. At percepti ante litem motam nullo modo veniunt in eam actionem, nisi nominatim petantur, & vindicentur, & tamen licet petiti non sint, jure compensantur. Et sic etiam sumptus hoc loco intelligimus factos ante litem contestatam, *d. l. sin autem, §. in rem petitam*. Non quod habeatur etiam ratio sumptuum factorum post litem contestatam, sed quod dubitari magis poterat, de iis qui non in ipsa lite, sed ante litem sunt.

Ad §. Ancillam quæ non.

Ancillam quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ con-

concessa est, peculio filiæ non legato, mancipium hereditarium esse convenit. Si tamen pater dotis ac peculii contemplatione filiam exheredavit: & ea ratione reddita, nihil ei testamento reliquit, aut eo minus legavit, filiam defensio tuebitur voluntatis.

MUltum interest filiæfamil. detur aliquid in dotem, an in peculium: nam si datum sit in dotem, statim fit proprium patrimonium filiæ: filiusf. habet proprium patrimonium, castrense peculium aut quasi castrense; filiaf. dotem a patre profectam, quæ statim fit propria filiæf. ut nec auferri possit a patre per exheredationem filiæ vel alio modo, *l.un.§.videamus, C.de rei ux.act.* Exheredatio non aufert omnia liberis, non aufert jus sepulchrorum *l.6.de relig.* non aufert jus dotis suæ, vel filiæ a parente datæ, *d.§.vid. l.dotem de coll.bon.* non aufert adsignationem libertorum; *l.1.§.sed etsi, de adsign.liber.* non aufert casum militiæ, *Le vacant d'un office*, *Nov.* 22. non aufert etiam ab intestato jura libertorum, ut declarat Justinianus in illa constitutione Græca *de jure patronatus*, quæ desideratur in fine tituli *C.de bon.libert.* Quod autem filiæ datum est in peculium, quandocunque filiæ auferri potest a patre, & ablatum videtur, si exheredata sit, non legato peculio, nisi, ut ait, exheredationi sit additum elogium hoc modo: *Exheres esto, quia sufficit tibi peculium quod dedi.* Idem: si modico legato simile elogium additum sit: *lego tibi quinque, quia abunde sufficit quod dedi peculium* nam in hoc casu non legatur peculium nominatim per illa verba: *quia abunde sufficit, pec.quod dedi inter vivos.* Ergo non potest petere peculium, sed si id heredes vindicent a filia potest retineri, non potest peti, sed retineri per exceptionem doli mali ex voluntate defuncti; quoniam, inquit, filiam tuetur voluntas defuncti. Denique legati, quod nominatim non est relictum, petitio non est, non enim debetur: retentio tamen ejus est ex conjectura voluntatis defuncti per exceptionem doli mali, ut *l.ult.§.avus, de doli exc.*

Ad L. IV. de Servitut. rust. præd.

Pecoris pascendi servitutes, *item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistat, prædii magis quam personæ videntur: si tamen testator demonstravit cui servitutem præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur servitus.*

ILlud in primis præsumendum est: Servitutes aut personarum esse aut prædiorum: eorumque vel urbanorum vel rusticorum, *l.1.k.quoties, de ser.* aut in rem esse, aut in personam, ut ait *l. Cajus, de annuis legat.* Quæ prædiorum servitutes vel in rem sunt, prædiis: quæ personarum, personis debentur: & quæ prædiis debentur, sequuntur emptorem prædiorum, heredemve, ad quem ea prædia pervenerunt, hoc est, successorem omnem: nam emptoris nomine hoc loco, ut in XII. tabulis significatur quilibet successor rei; heredis autem nomine significatur successor juris. Quæ vero servitutes personis debentur, cum personis extinguuntur, nec ab eis transeunt in emptorem vel heredem, quod hæc lex ostendit, & *l.cum fundo, & l.pen.h.t.l. usus aquæ, de usu, & hab. l. pater, de serv.leg.l.non solum §.tale, de lib.leg.* Item, ut aliam differentiam ostendam, servitus prædii tantum præstatur possessori vicini prædii, vicinæ possessionis, *l.5.h.t.* illo loco, *Jus esse non posse, nisi fundum vicinum habeat*: denique ita est: in fundo tuo non possum habere servitutem prædialem, nisi vicinum fundum habeam, quia eam servitutem fundus fundo debet, non homo homini non persona personæ, nec constitui utiliter potest, nisi inter adfines fundos, confines fundos. At servitus personæ etiam ei præstatur, qui nullam vicinam possessionem habet, *l.Mela 14.§.ult. inf. de alim. leg.* Potest autem eadem servitus modo esse prædii, modo personæ, nec ulla est quæ semper sit prædii, hoc est, quæ non possit esse personalis, quod Pap. in hac l. demonstrat in jure sive servitute pascendi pecoris, vel ad aquam appellendi, quod nume-

A ratur quidem inter servitutes prædiorum, *l. 1. hoc tit.* tamen personalis esse potest, non solum prædialis. Illa servitus prædialis est, si, ut inquit Papinianus, fructus prædii maxime in pecore consistat: prædii scilicet in quo est pecus, cujus pascendi vel ad aquam ducendi jus vicino testator legavit: nam lex est de servitute legata: & *maxime* hoc loco idem est, ac si dicat, maxima ex parte, ut in *l. fundo legato, de inst.vel instr. leg.* Legato fundo instructo cum omni instrumento deberi venationis instrumenta, si quæstus fundi ex maxima parte in venatione consistat. Et ita hoc loco *maxime*, id est, maxima ex parte, si maxima pars fructuum prædii cogatur a pecore, si maximus reditus prædii sit a pecore, si nullus fere sit alius fructus prædii, quam fructus quem tollit pecus, atque tollitur ex pecore, fructus pecoris, ut si id B prædium sit saltus & pastio pecuaria, ut in *l.de grege, de inst.vel inst.leg.l.si quis uvas, de usufr.* Nam si & in eo saltu quædam particula aratur pastorum aut custodum gratia: Ælius Gallus apud Festum ait, eam rem non perimere nomen saltus, quia satis est maximam partem prædii non alii rei esse utilem, quam pascendo & sustinendo pecori. Denique saltus est prædium, cujus fructus maxime in pecore consistit, id est, maxima ex parte: nam non mutat nomen saltus particula agri quæ aratur. Quamobrem recte dicemus, pastus servitutem impositam vicino agro, cum pecori in saltu constituto majore pabulo opus esset, aut servitutem appellendi pecoris ad aquam aut fontem vicini, ad aquam vicinam, qua forte saltus caret, esse servitutem saltui debitam non personæ, & ut Pap. ait, ma- C gis esse prædii, quam personæ. *To maxime*, respondet τῷ *magis*. Uterque articulus in comparando est, & huic servituti etiam adjungi potest, ut tugurium vel casam pastoralem habere liceat in agro vicino, in quam, si hiems ingruerit, pastores se recipiant, *l.6.in fine h.t.* ubi hiems sumitur, ut Græcis χειμὼν, pro vi ventorum aut imbrium. At notandum est, quod diximus, fructus vel reditus fundi, veluti saltus in pecore consistere, nihil aliud esse, quam fundi reditum constare ex fœtu pecorum, lana, lacte, vellere, villis & ceteris, quæ sunt in pecorum fructu, *l.in pecudum, de usufr.* Sicuti reditum fundi ex melle constare in *l.si reditus, de inst.vel instr.leg.* est fundi reditum consistere in apibus, & fit in ea lege mellis mentio tantum, qui olim, ut scribunt auctores rei rusticæ, cera & propolis D fuit exigui æris, exigui pretii, nihilque ex apum fructu fuit in pretio præter mella. At non est omittenda hoc loco distinctio, qua Jurisconf. utitur in *l.de grege*, quam attuli, *de fundo inst.& instr.leg.* cum quæritur: an instrumento fundi legato debeatur pecus, quod in eo fundo est? Primum enim instrumento fundi non cedit pecus, quod in fundo eo paterfamilias habuit pascendi causa, si id comparavit in hoc, ut ex eo fundo ipse fructus perciperet, quæstum faceret & negotiaretur, ut ex eo scilicet ferret agnos, vitulos, hinnulos, lanam, & similia, quæ sunt in pecorum fructu, vel ex eis instrueret suas epulas, ut ait *Paul.3.Sentent.tit.de legatis* Pecus, quod ea causa, aut eo fine comparatum est, non est instrumentum fundi, sed patrisfamilias instrumentum, & instructo quidem lega- E to; quoniam est plenius, legato cedit, *l.2.C.de verb.signific.* Ceterum instrumento non cedit. At si pecus in eo fundo habuerit paterfamilias, ut ex eo fundo aliquem fructum perciperet, quem alioquin nullum perciperet (finge eum fundum esse saltum incultum & sylvestrem) si, inquam, fructus fundi maxime in pecore consistat, hoc casu, placet pecus cedere instrumento fundi: quoniam manifestum est, paratum id esse instrumentum fundi causa (nam & hoc casu pecus habetur pro instrumento fundi, ut *l. cum quæreretur §. ult. de leg. 3.*) ut per gregem ex fundo caperetur fructus aliquis, *l. fundi instrum. de instr. & inst. leg.* Idemque est si pecus in fundo habeatur stercorandi fundi causa. Nam & hoc casu pecus habetur pro instrumento fundi, *ut d. l. cum quæreretur, §. ult. d.l.2.C. de verb. signific.* Et Paulus eodem loco, *Instrumento fundi legato, deberi pecora stercorandi fundi causa parata.* Sed addendum, deberi etiam ea pecora,

per

per quæ ex fundo fructus tollatur, qui alioquin nullus A tolleretur. Et ita est explicanda distinctio *d.l.de grege*, quæ erat satis difficilis. Ac præterea in hac lege notandum est, quod in ea est præcipuum: etiamsi fructus prædii in pecore non consistat, ut sit ager frumentarius, qui & sine pecore fructus fert, jus pascendi vel appellendi pecoris ad aquam, quod in eo fundo est, etiam prædii magis esse, quam personæ: jus pascendi oves, quibus ager meus stercoratur, magis prædii esse, quam personæ: altero casu, videlicet, si paterfam. in eo fundo pecus habuerit stercorandi fundi causa: nam si jus pascendi boves in vicino agro, quibus ager meus colitur jus est agri mei, ut *l. 5. h.t.* consequens etiam est agri mei jus esse pascendi oves, quibus ager meus stercoratur, quia stercoratio pars culturæ est. Breviter sic statuamus: Pascui servitutem, & appulsus pecoris duobus casibus esse prædii servitutem, si B prædium non aliunde fructus habeat, quam ex pecore, ut si sit saltus & pastio; & altero casu, si sit aget cultus, qui tamen pecore illo stercoretur, cujus pascendi vel ducendi ad aquam jus constituitur. At cum testator, qui pascui servitutem legavit, vel appulsus pecoris, certam personam demonstravit: ut Pap. ait, cui servitutem præstari voluit, usum sive jus personale, non prædiale legasse videtur, ideoque ad emptorem vel heredem transmitti non potest, quod cohæret personæ legatarii, & cum ea extinguitur. Idemque est si ita personam demonstraverit, ut declaret, se ei soli servitutem præstari velle, ut si dixerit: *Heres meus L. Titium vicinum meum pecus suum in meo fundo pascere sinito*: si hoc dixerit simpliciter, si modo appareat ita sensisse testatorem, ut hoc jus non egrederetur personam L. Titii: forte, ut proferam argumenta volun- C tatis defuncti, quia prædio vicini, hoc est, L. Titii nulla tali servitute opus est, quoniam in eo forte nullum est pecoris genus. Hoc enim casu personæ non prædio servitutem legasse videtur, si modo & personæ usui esse possit: ut si L. Titius pecus habeat in alio agro forte remotiore a conspectu. Ex utilitate æstimamus omnia vel ex necessitate, vel ex voluptate, vel amœnitate: quæ servitus neque prædio neque homini usui aut voluptati esse potest, quæ nullam utilitatem habet, aut voluptatem, plane inutilis est, *l.quotiens, de servitu.* cui nihil obstat *l.si fundo, eod.*in qua tamen Labeo ait, servitutem aquæ lege venditionis imponi posse fundo vendito, ut scilicet ex eo fundo venditori liceat aquam ducere in alium fundum proximum, quam retinuit, tametsi ea servitus venditori vel fundo, quem retinuit venditor, utilis non sit: *Quædam* D *enim*, inquit, *habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Est vexata ab omnibus lex mirum in modum, sed nihil erit facilius ea, si modo conjungatur cum eo, quod idem Labeo scribit in *l. Labeo, h. t.* Ubi cum scripserit nondum inventa aqua servitutem aquæ constitui posse, quia scilicet quæri & inveniri & scaturire potest: & nondum ædificato ædificio servitutem imponi posse, quia scilicet ædificari quandoque potest, *d. l. Labeo*. Similiter dicemus ita esse accipiendam sine controversia, *d. l. ei fundo* ut aquæ nondum utilis aut necessariæ servitus constitui possit, quia scilicet quandoque utilis esse potest propter spem utilitatis. Spes pro re est; qua ratione & in infante & in agro squallido & sterili prorsus recte constituitur usufructus propter spem futuræ utilitatis; sæpe fundus sterilis fit industria nostra fertilis longaque cultura, *l.arbo-* E *ribus §.ult,l. de illo,l.si infantis de usufr.*Quæ autem servitus prædii,ut hoc quoque statuam,causam meliorem,aut amœniorem tantum facit, aut factura est, ut prospectus, qui non meliores sed amœniores fundos facit, *l. 2. sup. tit. prox.* & nonnunquam aqua, *l. h. jur. in princ. de aqua quot.* Sane utilis est servitus prædii; quæ autem hoc non facit, non valet, ut servitus prædii, sed valere potest, ut servitus personalis, ut est in *l.ut pomum, de ser.*ut mihi liceat poma decerpere ex arbore vicini, vel ut mihi liceat spatiari in agro vicini, aut cœnare, servitus imponi non potest prædialis: quia nihil hoc pertinet ad utilitatem prædii: sed quæ tantum pertinet ad nonnullam utilitatem, ad voluptatem hominis, ea servitus valet, ut personalis, non potest valere, ut prædialis: quia meliorem non facit, aut voluptuosiorem, vel gratiorem causam prædii, quod semper exigitur in prædiali servitute, *l.5. & 6. h. t.* Jus etiam personæ potest esse, quælibet servitus, quæ prædii servitus est ex voluntate defuncti, ut hæc lex ostendit in servitute pascui & appulsus, itemque *l. Mela §. ult. de aliment. leg.* In servitute aquæ haustus, si relinquatur homini non habenti vicinum fundum: & in servitute appulsus pecoris, si eidem quoque homini relinquatur, vel in jure gestandi, ut possit vehi sella gestatoria in fundo Lucii Titii, qui vicinus non est, id est, cujus prædio vicinum fundum nullum habet, quem possideat. Idem est si relinquatur tibi jus in meo torculari uvas premendi, qui meo fundo vicinum non possides, vel etiam, ut in area mea tibi liceat fruges terere vel exprimere, ut in *d. l. Mela §. ult.* in illo loco: *Nam & haustus aquæ*; ubi legendum est hoc modo, *Nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus*: addita subdistinctione, quæ vulgo deest: *Personæ tamen jus, qui vicinus non est non inutiliter relinquitur,* ut hic sit sensus: Aquæ haustus sicut pecoris ad aquam appulsus est servitus prædii. Personæ tamen, hoc est, ei qui vicinus non est non inutiliter relinquitur: hic denique sensus est: inutilem servitutem prædio, si personæ non sit inutilis cui relinquitur, soli personæ relictum videri. Et ita in specie, *l. pen. hic*: aqua personæ relinquitur. Est lex Græca, qua proponitur frater fratri legasse digitum aquæ, quia solebat aquæ modulus digito institui rotundo, vel quadrato, ut est apud Frontinum, & in antiqua inscriptione Suessæ, *ut digitus aquæ in domum ejus flueret commodisque publicis, ac si decurio, frueretur*. Et jus illud aquæ ait esse personale *l. pen.* quod neque emptorem, neque heredem fratris sequitur, Personale, inquam esse, non ut Alciatus docuit, quia testator dixit, δίδωμι καὶ χαρίζομαι: quoniam hæc sunt vulgaria verba legatorum, sicut *Do*, *lego*, ita Δίδωμι καὶ χαρίζομαι, ut in donatione illa, quæ fuit subrepta pervincendæ securitatis Theodosii causa, eidem Theodosio a Pulcheria sorore, per quam ei Theodosius dono dabat uxorem suam, quod soleret temere subscribere porrectis quibuscunque libellis, in ea, inquam, ita fuit scriptum: δίδωμι καὶ χαρίζομαι τῆ γλυκυτάτη ἀδελφῆ μου τὴν γυναῖκα μου: δίδωμι καὶ χαρίζομαι. Sed ratio cur in *l.penult.* aqua sit servitus personalis hæc est, quia dixit testator, *ut aquæ digitum duceret in domum suam* εἰς τὸν οἶκον αὐτοῦ, *vel quocunque vellet*; quæ verba demonstrant omnino testatorem non donasse digitum aquæ domui, vel certo prædio, sed personæ, quia permisit ei, ut quocunque vellet duceret eum modulum aquæ. Et ita in *l.1. §.præterea Labeoni, de aqua quot. & æsti.* Interdictum illud pertinere etiam ad aquæ ductus, qui fundi non sunt, quia quocunque duci possunt. Unde manifestum est aquam, quæ quocunque duci possit vel aquæ jus quocunque ducendæ, personale esse, non prædiale jus.

Ad L. XI. Finium regund.

In finalibus quæstionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum, & arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris; postea permutatos probetur.

HOc responso Pap. ostendit in lite de finibus regundis probationes finium sumi ex antiquis monumentis, & monumenta intelligit, quæ sunt in agris sculpta, saxis vel ære prisco, quæ constitutio Tiberii Imperat. de lege agrorum & limitum apud Julium Frontinum ait, publicam fidem tenere: & sic Siculus Flaccus de conditionibus limitum: illam tantum fidem agrorum videri, quæ tabulis æris manifestatur, continentibus formas agrorum, quas tabulas, qui fregit, tenetur *l.Julia peculatus l.qui tabulas, ad l.Jul.pecul.* quia publica monumenta sunt publicæ res. Sumi etiam Papinianus ostendit hoc loco, probationes finium, & terminari litem finium regundorum ex tabulis census acti ante litem contestatam de finibus, quia & hæc publica monumenta sunt; quibus con-

continentur agri cujusque & eorum agrorum fines, *l.4. de censib.* Et hæc quidem omnia monumenta in causa finium potiora sunt testibus, ut Senatus censuit, *l.census, de probat.* nisi scil. probetur, ut Papinianus ait hoc loco, postea antiquos fines, qui in publicis monumentis continentur, fuisse permutatos, vel varietate successionum vel possessorum, vel novo possessorum consensu, additis vel detractis agris, & confusa agrorum pristina facie, quæ verba etiam usurpat *l. 2. C. fin. reg.* Ubi sane, dum ea lex ait, *additis vel detractis agris alterutro*, placet quod Accursius notat ἀρχαικῶς apud aliquos scriptum *Alterutro*, non tantum quod *alterutri*, sed ut ipse ait, ὑπαωθέροθεν: id est, *alterutrubi*; ut dicimus *utrubi*.

Ad L. XXXII. Famil. ercisc.

Quæ pater inter filios non divisit, post datas actiones vice divisionis ad singulos pro hereditaria portione pertinent: modo si cetera quæ non divisit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur.

DIxit superiori lege possessionum fines aliquando perturbari, aut permutari possessorum arbitrio & consensu: hoc plerunque fieri ait Aggenus Urbicus in Frontinum: *quum veteranus miles unam possessionem, quæ ei fuerat adsignata pro emerito, filiis suis dividit in tres aut quatuor portiones, pro numero liberorum distinctas terminis, quos veteres comportionales appellarunt, quod vice tabularum intercidendis portionibus inter filios defigerentur*, ex quo loco Urbici emendandum est; quod est scriptum in supradicta constit. Tiberii: *Est & aliud monumentum*, inquit, *quod proximis ædibus vix unus*, pro *vix unus* emenda *veteranus*, ut ita legamus: *veteranus quas miles*, vel *consors*, hoc est, *socius*, *condidit*, *in portionibus suis*, *vel ad progeniem futuram heredibusve suis (justi testamenti loco)* heredibus justis, loco & vice instrumentorum tabellarumque. Et ad eundem modum Papin. in hac lege ponit, patrem habentem plures liberos, non fecisse quidem testamentum, quod Accurs. finxit frustra, sed non facto testamento inter filios divisoris arbitrio functum, singulis dedisse res & actiones certas, nomina certa dedisse, id est, adsignasse, non tradidisse, ut ait *l. si cogitatione, C.fam.erisc.* quæ cum ista consentit: officium arbitri est adsignare portionem consortibus coheredibusve, *l. servum communem*, C. *eod.* Ubi portiones adsignatas intelligere oportet adsignatas ab arbitro famil. erciscundæ, non, ut glossa ait, lege XII. tabularum, quia lex est de servo communi, at lege XII. tabul. divisio fit nominum sive actionum, non servorum vel aliorum corporum aliarumve rerum *l. 6. C. eod.* Porro officio arbitri functus est pater, qui in vita filiis suis portiones adsignavit, quas post mortem suam haberent in suis bonis, facta inter eos divisione bonorum & actionum suarum, quæ utique divisio rata est, tanquam supremum judicium patris, *l. si filiæ, §. si pater, h. t.* quia tametsi neque codicillorum jure censeatur, sed sit judicium tamen minus solemne minusque legitimum, aut justum, si spectas solemnia juris, tamen est patris suprema voluntas, cui non tantum filios obtemperare necesse est, etiamsi ab intestato patri succedant, sed etiam accepto arbitro familiæ erciscundæ arbitrum in adjudicandis bonis sequi oportet eam voluntatem patris, *d.l.si cogitatione, l. quoties, & l. filii, C.eod.* Denique non tantum eam voluntatem, quæ portiones fecit inter filios sequi debent filii, si modo eis satisfactum sit, quod attinet ad portionem legitimam, sed etiam arbitrum sumptum ad adjudicationem faciendam. Ita tamen eam voluntatem, & divisionem patris sequi debet arbiter sive judex familiæ erciscundæ, ut Falcidiam cuiq; liberorum servet intactam, & illibatam, si forte aliquis minus legitima portione habere deprehendatur, quia nec judicio patris filius non impius legitima portione defraudari possit. Sed necesse est, rem explicari apposita specie. Finge: duos esse filios Primum & Secundum. Patrem facta divisione inter vivos Primo erogasse, sive adsignasse deuncem, aut quod deuncem efficit. Secundo autem adsignasse unciam tantum, quæ portio est minor legitima portione, quoniam in hac specie, legitima portio debita filio est sescuncia, *une once & demie*. Nam legitima portio est quarta pars ejus, quod filius haberet ab intestato. Secundus quid haberet ab intestato concurrente fratre? Semissem tantum. Semissis autem quarta est sescuncia. Sescuncia igitur est legitima portio in proposita specie. Deinde mortuus est pater intestatus, quia illa divisio non est testamentum: mortuo patre filii ab intestato succedunt patri ex æquis partibus, id est, singuli ex semisse, sed Primo Secundus veluti jure fideicommissi, videtur restituere debere quincuncem, ut uncia tantum ei supersit, & primus habeat deuncem, secundum divisionem supremi judicii patris, quod qualecunq; sit, hoc est, & si solemne non sit, observari oportet, *d.l.si cogitatione*, in qua ita est legendum, *Si cogitatione futuræ successionis*, vel cogitatione commortalis naturæ, *officium arbitri dividendæ hereditatis præveniendo pater communis suo, vel qualicunque judicio suam declaravit voluntatem*, eam esse sequendam omnimodo, & vim habere fideicommissi. Quamobrem etsi Secundus ipso jure sit ab intestato heres ex semisse, tamen debet Primo restituere quinque uncias, ut illi expleat deuncem, secundum voluntatem supremam patris. Quod ita posita specie si statuamus, certe erit iniquissimum: nam ita Secundo superfuerit uncia tantum, quæ minor est portione legitima. At Secundo consulitur duobus modis, uno, si filius accuset eam voluntatem patris tanquam inofficiosam, quod minus ei legitima adsignaverit, cujus rei instituta querela, plane rescindet totam eam voluntatem & divisionem, & æquabuntur filii in successione, *l. parentibus*, C. *de inoffic. test.* Altero modo consulitur Secundo, si ut quilibet extraneus ultra unciam retineat semunciam, quæ deest legitimæ portioni, exemplo Falcidiæ ait ut *l. si cogitatione*, quia non proprie ex ipsa lege Falcidia retinetur ex fideicommissis, sed ex legatis tantum, verum retinet ultra unciam & semunciam, exemplo Falcidiæ ex Senatusconsulto, ut ait *l.filii, eod.tit.* id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quod hodie inest Senatusconsulto Trebelliano, quodque legem Falcidiam, quæ minuebat legata tantum ad modum dodrantis, porrexit etiam ad fideicommissa, *l.successores, C.ad leg. Falcid.l.1.§.hodie., si plus quam per leg.Falc.§.sed quia heredes, Inst. de fideicomm. hered.* Et hoc secundo remedio tum filio, in quem minus contulit pater, uti commodum erit, cum exclusus erit primo remedio, vel tempore (nam querela inofficiosi finitur quinquennio) vel alio modo: nam perit multis modis. Alioquin ei est consultius uti primo remedio, quia primo aufert semissem integrum, secundo sescunciam tantum, non semissem. At ponamus quod est in hac lege, Patrem inter filios aliquid indivisum reliquisse, non omnia divisisse jura vel corpora, sed aliquid indivisum reliquisse, quid fiet illo, quod indivisum reliquit? utrum id inter filios dividet arbiter famil. erciscun. pro hereditariis portionibus, hoc est, pro virilibus portionibus, pro quibus patri ab intestato ipso jure heredes extiterunt: An vero pro modo rerum ei adsignatarum? Hæc est quæstio legis, & respondet Papinia. judicio famil.erciscundæ, id quod indivisum remansit ad eos pertinere, & inter eos dividi pro hereditariis portionibus, *d. l. si cogitatione ait, pro virili portione*, quod idem est, quia ex æquo ab intestato heredes patri extiterunt, sed hoc ita procedere Papin. ait, & ostendit etiam *d.l.si cogitatione*, quæ istius veluti commentarius est, si nulli filio pater id, quod indivisum reliquit, generaliter adsignavit. Nam si post distributiones multarum rerum & actionum, pater subjiciat generaliter, *Cetera ad illum filium meum pertinere volo*, quod indivisum pater reliquit, illi filio adjudicabitur in solidum, nec veniet in divisionem cum fratribus. Item, ut ait Papinianus hoc loco, si id, quod indivisum reliquit pater, tacite sequatur, quæ uni adsignata est, veluti villa fundum sequitur tacite, *l. fundi usufructus quib. mod. usufr. amit.* ad eum, villa, quæ relicta est indivisa in solidum pertinebit, cui fundus adsi-

gnatus est. Male Græci hoc loco ponunt exemplum in peculio. Nam peculium non sequitur legatum aut venditum servum, *l. si legatus, de pecul. leg. l. 3. de evict.* nisi legetur nominatim. At villa sequitur fundum venditum, vel legatum tacito intellectu, quia pars est fundi, *l. si ita, in fin. de instr. vel inst. leg.* peculium non est pars servi. Male etiam iidem Græci interpretes pro exemplo ponunt, *στρώσεις ὑποζυγίων*, id est, *ornamenta jumentorum*, quoniam ad hæc levicula Papinianus non videtur respexisse; ac præterea legata aut vendita iumenta, nisi id dictum sit nominatim sane ornatus non sequitur, *l. ædiles, §. vendidit, de ædil. edic.* & male etiam Accurs. exemplum ponit in pullo & equa; nam legatam equam pullus non sequitur, nisi qui post moram editus est, *l. equis, de usur.* Sicut nec legatas oves sequuntur agni non legati nominatim, *l. legati, §. ult. de leg. 3.* & illa adsignatio patris, quæ fit vice divisionis, habet legati, aut saltem fideicommissi vim. Ad hæc etiam notandum est, primum responsum hujus legis, sine ulla distinctione uno ductu esse legendum hoc modo: *Quæ pater inter filios non divisit, ut sit: Quæ post divisionem actionum & rerum indivisa restant*, subintelligo *Rerum*, atque suppleo ex fine legis; initio ait, *datas actiones*, in fine ait, *datas res*, & has igitur & illas datas sive adsignatas: verbo *divisionis*, addo subdistinctionem, quod & Accursius notat recte initio glossæ ad verbum, *post datas*, mox tamen transit male in aliam sententiam.

Ad L. ult. eod.

Arbitrio quoque accepto, fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quæ revocari non oportet, licet arbiter sententiam jurgio perempto non dixerit, si non intercedat ætatis auxilium.

SUperiori lege actum est de divisione facta a patre; in hac l. ult. agitur de divisione hereditatis paternæ facta a fratribus mutuo consensu post acceptum arbitrium famil. ercis. pendente judicio, pendente lite, quam si fecerit, ut ait Papinian. fratres pietatis officio functi sunt missa lite omni. Ambros. lib. 5. de fide: *Bona pietas arbitros refugit etiam in divisione patrimonii.* Rata autem est ea divisio, rata transactio litis cœptæ inter fratres, vel jurgii potius. Mavult Papinianus hoc loco mitiore verbo uti inter fratres, *jurgii*, quam *litis*, ut inter vicinos quoque & inter maritos jurgium esse dicitur potius, quam lis, lenitate verbi tristitiam rei mitigante. Divisio patrimonii plerunque fit transactionis genere, ut in *l. cum putarem, hoc tit. l. qui Romæ, §. ult. de verb. obl. l. tres fratres, de pact.* Rata, inquam, est ea divisio & transactio, etiamsi nulla sit secuta sententia arbitri. Res transactione finita nihil pertinet ad arbitrium, sive judicem. Confessionem quidem patris sequi debet sententia judicis: jusjurandum item, quod patri judex detulit, sequi debet sententia judicis: At transactionem habitam inter partes pendente lite, nullam sequi necesse est sententiam judicis; Denique additur, eam transactionem, sive divisionem factam inter fratres pendente judicio, etiamsi sententiam non dixerit judex, rescindi non posse, nisi beneficio ætatis, si quis eorum fuerit minor 25. annis: nam beneficio ætatis restituuntur adversus transactiones & divisiones, ut in *tit. C. si adv. division. & transact.*

Ad L. II. de Distract. pign.

Fidejussor conventus officio judicis adsecutus est, ut emptionis titulo prædium creditori pignori datum susciperet, nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendæ pecuniæ, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit. Nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate juris fieri solet.

HÆc l. est de re eadem a debitore duobus creditoribus diversis temporibus pignori obligata ex diversis contractibus & causis: in quo pignore certissimum est potiorem esse priorem creditorem, quia id pignus posterior creditor, neque priori creditori auferre potest, neq; ei, qui emerit a priori creditore distrahente pignus jure conventionis: sed hoc tantum juris habet posterior creditor adversus priorem, cum ambobus idem pignus datum est vel positum, ut priori creditori etiam invito solvat omnem pecuniam, quæ ei debetur, atque ita in jus & locum ejus succedat, & sibi pignus servet, retrahat atque confirmet, *l. 12. §. simpliciter, & §. pen. sup. tit. prox.* ut solvat, inquam, priori creditori pignoratitio omnem pecuniam, vel eam offerat, obsignet & deponat tuto in loco, veluti in tabulario civitatis, aut sanctuario Principis, aut in æde sacra, quod pro solutione est, *l. 19. C. de solut.* Denique posteriori creditori est jus auferendi priori creditori quod dependit. At si prior creditor pignus vendidit jure conventionis, posteriori creditori non est jus offerendi emptori pretii, quod dependit priori creditori, atque ita non est ei jus avocandi pignoris ab emptore, oblata & deposita pecunia, quam dependit priori creditori, jure suo distrahenti pignus. Et hoc ostendit *l. 3. hoc tit. l. 1. & 2. C. si antiq. cred. pign. vend. & l. 1. C. si pign. pig. datum sit.* Igitur posterior creditor habet jus offerendi priori creditori, sed non etiam jus offerendi ei, qui a priore creditore emerit. Et ratio hæc est, quia sera nimis est oblatio, quæ fit post perfectam venditionem pignoris jure creditoris. Hæc enim est extrema linea & extremus finis; pignoris venditione perimitur pignoris causa facta jure creditoris, quia rei dominium mutatur. His cognitis finge, quæ est species hujus *l. 2.* priorem creditorem; qui & pignus, & fidejussorem acceperat sui crediti servandi causa, egisse cum fidejussore actione ex stipulatu, & officio judicis fidejussorem obtinuisse, ut solutam omnem pecuniam, hoc est, sortem & usuras prior creditor acciperet, veluti pro pretio pignoris, & titulo emptionis pignus in se transferret, & transcriberet: denique ut venderet pignus fidejussori, etiam in actione stricta, qualis est ex stipulatu, aliquid potest officium judicis, ut patet ex hac lege. Nam etiam in actionem strictam ex æquitate, hoc est, officio judicis veniunt fructus percepti post litem contestatam *l. videamus, §. si actionem, de usur. l. 8. de re judic.* Sed ad rem: ex ea specie, quam proposui nascitur hæc quæstio, cum ut dixi prior creditor fidejussori vendidit pignus soluta ab eo omni pecunia, propter quam pignus tenebatur: an hoc casu posteriori creditori sit jus offerendæ pecuniæ fidejussori, quam priori creditori solvit, veluti pro pretio, ut quod pignus emit a priori fidejussor, posteriori præstet, atque restituat? Et videtur posteriori creditori non esse jus offerendi fidejussori, quia pignus a priore creditore accepit titulo emptionis, qui actionis titulo pignus tenet, & quia, ut dictum est initio, posteriori creditori non est jus auferendi emptori pignus. Sed tamen aliud respondet Papinian. hoc loco, & Martianus in *l. 5. §. ult. hoc tit.* nempe posteriori creditori esse jus offerendæ pecuniæ, quam fidejussor solvit priori creditori cum usuris, scilicet non tantum, quas fidejussor solvit priori creditori, sed etiam cum usuris novis, quæ fidejussori debentur a die solutionis sive emptionis, quia locum subjit prioris creditoris, cui præstandæ usuræ fuissent, *l. secundus, C. de pign. l. emptor. de rei vind.* Debet igitur posterior creditor offerre totam pecuniam, ut sibi confirmet pignus, hoc est, sortem & usuras cum veteres, tum novas: alioquin imperfecta oblatio est, nulliusque momenti, id est; nihil posteriori creditori proficit ad transferendum pignus in se, ut hic eleganter Papinian. respondet; & addit, nihil huic sententiæ obstare rationem dubitandi, quam attuali, titulum emptionis, quo fidejussor pignus tenet: nam ea emptio simplex emptio non est, sed emptio pignoris habendi causa. Et ut multum interest, emptio simplex sit, an emptio contracta dotis causa, *l. quoties, de jur. dot.* quod latius explicat initium 17. Obser. Et item interest multum donatio simplex sit collata in filiumfam. an donatio facta divisionis causa, *l. si filia, §. si pater, fam. ercisc.* ita multum interest simplex emptio sit contracta dominii adquirendi causa, an sit emptio contracta

tracta

tracta pignoris habendi cauſa, quia hæc fit non tantum dominii adquirendi cauſa, ait *l. 6. h. t.* quæ tamen eſt plerumque finis emptionis, ut domini adquiratur, *l. pen. §. ult. de contrah. empt.* quam fit ſervandi ſibi, & habendi pignoris cauſa; & fit etiam hæc venditio pignoris habendi cauſa, non tam ſponte prioris creditoris, quam neceſſitate juris, ut ait Papin. hoc loco, quia non eſt aliter quicquam laturus prior creditor a fidejuſſore, quem elegit atque convenit, quam ſi jus pignoris ei vendiderit & tranſcripſerit, *l. 2. C. de fidejuſſ.* ut Gloſſa recte interpretatur illa verba, *neceſſitate juris*. Longe igitur diſſimilis hæc emptio eſt, quæ fit pignoris cauſa, ab emptione ſimplici & mera. Is igitur inſpicitur in emptione mera, quod ſcriptum eſt inſtrumento emptionis, hoc eſt, ſola & nuda emptionis cauſa, quia nec alia eſt cauſa, quæ inſpici poſſit. At in emptione facta pignoris cauſa, non tam quod ſcriptum eſt, quam quod actum eſt, inſpicitur, ut eleganter ait *l. 3. C. plus val. quod agit. quam quod ſim. conc.* Id autem actum eſt, non ut fidejuſſor pignus emeret ſimpliciter, ſed ut pignus obtineret & ſervaret debitori, cui fidem etiam ſuam obſtrictam habet jure mandati, quia mandato ejus fidejuſſit, ergo principaliter facta hæc venditio eſt, ut ipſe fidejuſſor pignus haberet, & bona fide ſervaret debitori, & interim locum prioris creditoris ſubiret, quem abſolvit. Et cum priori creditori potuerit poſterior creditor offerre, conſequens eſt, ut etiam poſſit offerre fidejuſſori, qui loco prioris creditoris ſubſtitutus eſt. Denique ita concludamus & ſtatuamus: Poſterior creditor non habet jus offerendi ſimplici emptori, cui prior creditor ſua ſponte pignus vendidit jure conventionis. Et hæc ſit una concluſio: ſequitur alia. Poſterior creditor habet jus offerendi emptori pignoris cauſa, cui ſcilicet prior creditor pignus vendidit, cum cogeretur pignus in eum transferre. Et ratio differentiæ hæc eſt: quia hac emptione neceſſaria jus pignoris non perimitur: illa autem emptione voluntaria & ſimplici ſane jus pignoris permittitur. Eſt etiam alius caſus, quo eadem ratione emptori pignoris ſecundus creditor offerre poteſt pecuniam, quam ſolvit, & pignus ab eo auferre, de quo caſu eſt *l. 3. h. t. l. 1. C. ſi antiq. cred.* Et caſus hic eſt. Si debitor ipſe vendat pignus, non ſimpliciter, ſcilicet, ſed ut ex pretio priorem creditorem dimittat, & loco ejus emptor ſuccedat. Nam & hoc caſu, quia ſimplex venditio non eſt, poſteriori creditori jus eſt offerendi emptori; quia, ut ait *l. 3.* nihil refert debitor rem priori creditori obligatam alii obliget, an vendat prioris creditoris dimittendi gratia. At ſi alii obliget, ut ſcilicet facta verſura, & ab eo accepta pecunia dimittat priorem creditorem, non eſt dubium poſteriorem creditorem huic, a quo debitor verſuram fecit, qua dimitteret priorem creditorem, & illum admitteret in prioris creditoris locum, a quo verſuram fecit, jus habere offerendæ pecuniæ, & transferendi in ſe pignoris, *l. 12. §. a Titio, ſup. tit. prox.* Ergo & æquum eſt, etiamſi debitor pignus vendat, ut dimittat priorem creditorem, & in locum ejus ſubmittat emptorem pignoris, ut huic emptori, qui ſucceſſit loco prioris, ut in *l. 3. C. de iis, qui in loc. prio. cred.* perinde atque ipſi creditori priori, poſterior creditor habeat jus offerendæ pecuniæ, totius ſcilicet pecuniæ cum uſuris omnibus medii temporis, veteribus & novis.

Ad L. VII. de Uſuris.

Debitor uſurarius creditori pecuniam obtulit: eam cum accipere noluiſſet, obſignavit, ac depoſuit. Ex eo die ratio non habebitur uſurarum. Quod ſi poſtea conventus ut ſolveret, moram fecit: nummi ſteriles ex eo tempore non erunt.

INitio hujus legis oſtenditur, debitorem certæ pecuniæ ſub uſuris, quem vocat debitorem uſurarium ex eo die non debere uſuras, ex quo pecuniam obtulit creditori, & eam cum creditor accipere nollet, obſignavit in ſacculo, & depoſuit tuto in loco, quia ſcilicet depoſitio pro ſolutione eſt. Ergo deſinunt currere uſuræ, ac ſi ſoluta eſſet pecunia in manum creditoris, quod & oſtenditur multis locis juris, *l. 1. in fi. h. t. l. ſi creditori, & l. acceptam, C. eod. tit. l. tutor pro pupillo, §. ult. de adm. tut.* Mar. Tul. 6. ad Atticum, *Conſiſtere*, inquit, *debuit uſura, quæ erat in edicto meo, deponere volebant.* Significat depoſitionem pecuniæ ſiſtere uſuram, & 13. Epiſt. ad famil. *Ajunt*, inquit, *ſe depoſitam pecuniam habuiſſe, id velim cognoſcas, & ſi cognoveris eos, neque ex edicto, neque ex decreto depoſitam habuiſſe, des operam ut uſuræ Curio inſtituto tuo conſerventur.* Quia ſcilicet depoſitæ pecuniæ non debentur uſuræ: non depoſitæ debentur: ſed neceſſe eſt, ut tota pecunia, quæ debetur, ſit depoſita & obſignata, quoniam depoſitio partis non retardat totius pecuniæ uſurarum præſtationem, non ſiſtit uſuras totius ſortis, *l. tutor, §. 1. h. t.* verum addit Papin. in hac l. quod ſi poſt obſignationem totius pecuniæ publice factam, debitor a creditore interpellatus & conventus, ut pecuniam ſolveret, moram fecerit, ex tempore moræ præſtabit uſuras, quas præſtabat ante obſignationem & depoſitionem. Poſterior mora debitoris purgat priorem moram creditoris, qui noluit accipere oblatam pecuniam, ut in *l. illud, de per. & comm. rei vend.* Sed hoc loco, ne fallamur, ponamus neceſſe eſt, debitorem poſt depoſitionem pecuniæ pecuniam recepiſſe, nec perſeveraſſe in depoſitione & oblatione, quod tamen omnino exigitur, *l. ita quis, §. Seja, de verb. oblig.* nam ſi debitor in depoſitione perſeveraverit, ſi depoſitam pecuniam loco non moverit, creditor eum convenire non poteſt, cui ſolviſſe intelligitur, ſed habet tantum utilem actionem depoſiti in depoſitarium, ut ſi ſit depoſita in æde ſacra, in æditiuum, vel etiam habet earum pecuniarum utilem vindicationem in poſſeſſorem quemlibet, ut oſtendit *l. acceptam, in fin. C. eod.*

Ad L. XX. de Tut. & rat. diſtrah.

Alterius curatoris heredem minorem, ut majore pecunia condemnatum, in integrum reſtitui placuit. Ea res materiam litis adverſus alterum curatorem inſtaurandæ non dabit, quaſi minore pecunia condemnatum, ſi non ſit ejus ætatis actor, cui ſubveniri debeat, ſed æquitatis ratione ſuadente, per utilem actionem ei ſubveniri, in quantum alter relevatus eſt, oportet.

PRimi reſponſi ſpecies hæc eſt. Minor 25. annis duos curatores habuit, quorum unus deceſſit, relicto herede alio quodam minore 25. annis, alter curator ſupereſt, vivendo vicit alterum, egit autem adoleſcens utili actione neg. geſtorum, quæ ſolet dari in curatorem. Ea, inquam, egit cum curatore ſuperſtite, & cum herede alterius curatoris, & ita egit, vel jam factus major, vel cum adhuc eſſet minor 25. annis, nondum finita curatione: nam & manente curatione, manente adminiſtratione, hæc actio intenditur recte in curatores vel heredes eorum, ut quæq; res ſalva adoleſcenti eſſe deſinit, *l. 4. §. ult. l. 16. §. ult. h. t.* Et cum hac actione adoleſcens, ut dixi, egiſſet cum curatore ſuperſtite, & cum herede curatoris mortui, judex quidem curatoris mortui heredem, qui minor erat ætate, ut poſui initio, majore pecunia condemnavit, curatorem autem ſuperſtitem minore pecunia, cum debuiſſet utrumque pari pecunia damnare, nec ab ejus ſententia appellari potuit: finge, judicaſſe eum vice Principis. Poſt vero heres curatoris mortui beneficio ætatis, quoniam erat minor ætate, adverſus ſententiam judicis, qua majore pecunia damnatus erat adoleſcenti, in integrum reſtitutus eſt, quod de negotiis geſtis lis reſtauraretur, & iterato eadem re diſceptata, & deminuta condemnatione ipſe relevaretur. Relevandi verbo utitur Papinian. & ſane in integrum reſtitutio nihil aliud eſt, quam relevatio lapſi captive minoris ætate: quo etiam verbo in idiotiſmo utimur, ſignificantes reſtitutionem in integrum. At inde quæritur: An herede defuncti curatoris relevato onere ſententiæ beneficio reſtitutionis in integrum, adoleſcenti, qui egit neg. geſt. reſtauretur etiam lis adverſus curatorem ſuperſtitem, quem dixi minore pecunia condem-

natum, ut majori condemnetur cauſa retractata ex integro? Et hoc quidem juſtum eſt, ſi egit negotiorum geſt. cum eſſet adhuc minor 25. annis. Nam & ipſe quoque adverſus ſententiam judicis, qua curator minor condemnatus eſt, in integrum reſtitui poteſt, ipſe reſtituitur adverſus curatorem, heres autem alterius curatoris reſtituitur adverſus ipſum, id eſt, minor adverſus minorem, quod fit recte, cum uterque eadem in re captus non eſt, *l.1.C.ſi major.fac.alien.* At ſi adoleſcens jam factus major egit negotiorum geſtorum, & obtinuit ſententiam quam dixit, in eo ceſſat auxilium ætatis, quia major factus egit neg. geſt. Veruntamen, ut oſtendit Papin. æquum eſt ex hac cauſa, quæ juſtiſſima eſt, ex generali clauſula, *Si qua juſta cauſa videbitur*, quæ eſt in edicto *ex quibus cauſ. major.* relevato herede alterius curatoris pro modo ejus, in quo relevatus eſt, etiam majori, qui egit negotiorum geſt. dari utilem actionem adverſus curatorem ſuperſtitem, id eſt, adverſus eum reſtitui & inſtaurari litem, in quantum heres alterius curatoris relevatus eſt. Et utilem actionem Pap. vocat actionem reſtitutoriam neg. geſt. ſicut muliere ſubducta, quæ interceſſit pro alio, facta novatione ſubducta & liberata beneficio SC. Vellejani, vel etiam minori 25. annis, qui expromiſit pro alio, ſubducto beneficio reſtitutionis in integrum, dicitur dari in veterem debitorem, qui novatione fuerat liberatus, dari, inquam, utilem & reſtitutoriam actionem, *l.quamvis §. ſi convenerit, §. ſi Marcellus, §. ſi mulieri, l. aliquando §.ult.ad SC. Vellej.l.ſi Titius, in fine, de fidejuſſ.l.ult.de min.* Omnis actio reſtitutoria eſt utilis, quia ex æquitate datur, ut Pap. ait, æquitate ſuadente, non vero directo jure, non mero jure competit: & hæc eſt ſententia primi reſponſi, exploſa merito Accurſii ſententia.

Ad §. Non idcirco.

Non idcirco actio, qua poſt 25. annos ætatis intra reſtitutionis tempus adverſus tutorem minore pecunia tutelæ judicio condemnatum redditur, inutilis erit, quod adoleſcenti curatores ob eam culpam condemnati ſunt. Itaque ſi non judicium a curatoribus factum eſt, per doli exceptionem curatoribus conſequi poterunt eam actionem præſtari ſibi.

SEquitur alterum reſponſum, quod eſt in eadem lege, & quod etiam Ulpianus nominatim in teſtimonium vocavit, ipſius Papiniani verbis in *l.ſi minoris, de adminiſt. tut.* prolatis; ideoque reſponſum etiam eo loci interpretatum erit facilius dare operam reſponſo, cujus interpres eſt Ulpianus & enarrator. Species hæc eſt. Finita tutela, adoleſcens curatores accepit, ut fit, qui etiam curatoribus adſiſtentibus liti, & auctoribus egit tutelæ adverſus tutorem, eumque minore pecunia condemnavit culpa curatorum, qui minus deduxerant in petitionem, in tutelæ judicium, quam pupillo deberetur, & ob hoc adoleſcens, id eſt, ob culpam curatorum egit cum curatoribus utili actione negotiorum geſt. in id, quod intereſt, tutorem pecunia minore condemnatum eſſe, & curatores condemnavit per judicem: Quæritur, an curatoribus condemnatis, per quos res adoleſcentis ſervari poteſt, quoniam ſunt ſolvendo, etiam ſalva ſit & integra adoleſcenti reſtitutio in integrum adverſus tutorem, reſtitutio litis, reſtauratio litis poſt legitimam ætatem intra annum utilem, ut olim obtinuit, & hodie obtinet intra quadriennium continuum, & ad ſummum intra 29. annos & reſpondet Papin. etiam condemnatis curatoribus ob culpam, adoleſcenti ſalvum eſſe beneficium reſtitutionis in integrum adverſus tutorem minore pecunia condemnatum, & actionem neg. geſt. vel actionem judicati, qua res adoleſcenti ſervari poteſt a curatore non excludere beneficium reſtitutionis in integrum, ut *l. etiam ei, §. Imperator, de minorib. l. ult. C. ſi tutor, vel curator.* Neque obſtat *l. in cauſæ 2. de minor.* quæ ait: non competere reſtitutionem in integrum minori, ſi ei alia actio ſit, ſi minori alia actio ſit, prætorem ſe non debere interponere: huic eſt actio judicati, qua ſuum ſervare poteſt. Ergo non

A eſt reſtitutio in integrum. Abutuntur plerique omnes ea lege, & Accurſ. ſæpiſſime non animadvertens, eam legem non loqui de qualibet actione, quæ ſuppetat minori 25. annis, ſed de jure dicendi, ipſo jure nullum eſſe contractum, ipſo jure nullum eſſe negotium, quod cum minore geſtum eſt, ut in edicto de dolo his verbis. *Si alia actio non ſit.* Conſtat etiam contineri jus dicendi, nullum eſt negotium geſtum cum minore, aut cum pupillo, ſi geſtum ſit ſine tutoris auctoritate, nec locupletior ſit factus, nullum eſt ipſo jure. Nullum eſt etiam negotium, ſi minoris prædia venierunt ſine decreto, nullum ipſo jure: ubi munitus eſt ipſo jure, nihil indiget auxilio reſtitutionis in integrum, nec Prætor ſuam operam interponit in re non neceſſaria, quod exemplis demonſtrat *d. l. in cauſæ, & l. 3. C. de tut. & curat.qui non ſatiſd. & l. 2. C. de præd. min.* quo

B etiam caſu, hoc eſt, ſi ipſo jure munitus ſit, non dicimus etiam diſtricte minori non poſſe dari reſtitutionem in integrum; ſed non eſſe omnino neceſſariam, ut *d. l. 2.* nam quid erit vitii, etiamſi tutus ipſo jure reſtituatur in integrum? Breviter ea lex loquitur tantum de ratione, hoc eſt, de jure dicendi negotium ipſo jure nullum, quo caſu verum eſt, minori ſupervacuam eſſe reſtitutionem in integrum. At ſi alia actio competat in eundem, vel in alium, qua minor ſuum conſervare poſſit: non ideo eſt ſupervacua ſtatim & inutilis reſtitutio in integrum, ut in propoſita ſpecie, etiam condemnatis curatoribus, adoleſcentique parata in eos actione judicati, adoleſcenti ſalva reſtitutio in integrum adverſus tutorem, neque eſt inutilis, ut Pap. ait; quod ſic oſtenditur, quoniam, ſi curatores condemnati nondum judicatum impleverint, &

C actione judicati conveniri cœperunt, per exceptionem doli mali conventi actione judicati conſequuntur, ne prius ſolvant, quod in condemnationem deductum eſt, quam eis adoleſcens ceſſerit auxilio reſtitutionis in integrum, quod habet ſalvum, quoniam auxilium reſtitutionis in integrum, ut tranſmitti in ſucceſſorem poteſt, *l. 6. de in integ. reſtit.* ita & cedi procuratori in ſuam rem, *l. quod ſi minor, in print. de minorib.* Denique per exceptionem doli mali curatores hoc aſſequentur, ut habeant actionem tutelæ utilem, & reſtitutoriam adverſus tutorem, nomine adoleſcentis impetrata reſtitutione in integrum. Atque ita reſtitutio in integrum maxime eſt utilis minori, ut ſcilicet eam cedat curatoribus condemnatis, qui alioquin non ſint facturi judicatum, aut ne id faciant oppoſita doli mali exceptione conſequentur, ſi

D conveniantur actione judicati. Verum Ulpianus in *d. l. ſi minori*, addit ad Pap. verbum *provocantes*, ita ſcilicet, ut curatores provocantes, id, quod dixi, conſequantur per exceptionem doli mali. Quid hoc eſt, *provocantes*? Provocat quicunque agit, & agit non tantum actor, ſed etiam reus, *l. 1. de excep.* Agere eſt commune verbum actoris & rei, ſicut & rei nomen eſt commune utriuſque, & provocandi quoque verbum, uterque, dum de jure ſuo experitur, provocat & proclamat ad judicium. Et ita verbum *provocantes*, illo loco accipitur ſine ulla dubitatione, rejectis gloſſarum commentis, de appellatione a ſententia, qua tutor vel curatores condemnati ſunt, neque enim dicit Pap. hoc curatore conſequi per appellationem, ſed per exceptionem doli mali: qui excipit, provocat. Et inde apparet etiam poſt ſententiam exceptionem pe-

E remptoriam, qualis eſt doli mali in actione judicati opponi & provocari poſſe. Nam etiamſi dicatur in *l.2. C. ſent. reſc. non poſſe, & l. 8. C. de except.* exceptionem peremptoriam opponi ante ſententiam, tamen evenit innumeris caſibus, ut opponatur etiam poſt ſententiam in actione judicati, ut in hac ſpecie, & in *l. 1. §. non tantum, h. t. l. ſi fidejuſſores, §. ult. de fidejuſſ. l. tantum, ad Senatuſc. Macedon. l. Neſennius, §. ult. de re jud. l. 1. C. de jur. & facti ign.* vis videre, quam hoc ſit verum? Etiam lex 2. *de except.* ait, exceptionem excludere id, quod in condemnationem deductum eſt, quod, quid aliud eſt, quam exceptionem opponi poſt ſententiam, poſt condemnationem in actione judicati, quod non poteſt accipi, niſi de exceptione peremptoria: nam dilatoriam certum eſt omnino opponendam eſſe

ante

ante litem contestatam. Quærit autem Ulpianus in *d. l.si minori*, quoniam Pap.ita posuit speciem, ut diceret condemnatos quidem fuisse curatores, sed nondum judicatum fecisse, nec vero cogi facere, nisi primitus eis cedatur auxilium restitutionis in integrum adversus tutorem, quærit, inquam, quid sit dicendum, si jam curatores judicatum fecerint, & ait Ulpianus, hoc casu non videri adolescenti salvam esse restitutionem in integrum adversus tutorem, quia nihil ei abest cum curatores, quod ejus intererat, persolverint, & si forte petat restitutionem in integrum adversus tutorem, postquam rem consequutus est a curatoribus judicatis, non de damno erit sollicitus, quod nullum fecit, sed de præda & lucro, quam ob rem non est comparata restitutio in integrum, comparata est damni præstandi, & sarciendi nomine, non prædæ faciendæ causa. Præda est, bis idem exigere ab eodem, vel ab alio. Sed dici tamen potest, ut subtiliter concludit Ulpianus, etiamsi curatores judicatum fecerint, nec quicquam absit adolescenti, salvum ei esse auxilium restitutionis in integrum adversus tutorem, non quidem, ut ejus commodatum ad eum redeat, cui nihil abest, sed ut eo jure & auxilio cesso curatoribus, si hoc velint, curatores a tutore minoris condemnato consequantur, quod eis abest, hoc est, quod adolescenti ex sententia persolverunt; nam & eo nomine tenetur adolescens curatoribus contraria actione neg. gest. ut eis cedat restitutionis auxilium, & utilem actionem tutelæ adversus tutorem, *l.Stichum, §.si mandato, de solut.* Igitur dicemus, ut dicit *l.cum is, de fidejuss.* ideo adolescentem, cui curatores satisfecerunt, habere auxilium restitutionis in integrum, quia tenetur ad hoc ipsum, ut id auxilium, & eas actiones, quæ eo auxilio instaurantur, cedat curatoribus suis: habet restitutionem, habet actionem utilem; non propter se, sed propter curatores, ut eis cedat, si velit: nam cogi non potest, nisi contraria actione neg.gest. quia jam judicatum fecerunt.

Ad L. VI. de Fidejuss. & nominator.

Pupillus contra tutores, eorumque fidejussores alter judex datus est. Officio cognoscentis conveniet: si tutores solvendo sunt, & administratio non dispar, sed communis fuit: portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

Species legis hæc est; plures erant tutores, qui singuli datis fidejussoribus singulis, caverunt rem pupilli salvam fore: finita tutela, contra eos tutores simul atque fidejussores, a Prætore judex datus est. Potuit hoc jure adolescens a tutoribus, & a fidejussoribus partes petere divisis actionibus apud eundem judicem, potuit partem a tutoribus petere, partem a fidejussoribus tutorum. Hodie cogeretur totum petere prius a tutoribus, qui sunt rei principales; sed ante Nov.Just.potuit scindere actionem, & partem petere a reo principali, partem a fidejussoribus, *l.3.§.ult.de duob.reis, l.grege, §.etiam, de pignor.l.reos, C.de fidejuss.l.1.C.de fidejuss. tutor.* sic igitur finita tutela pubertate, adolescens accepit judicem contra tutores & fidejussores, partem scilicet petens a tutoribus ejus, quod sibi abesse ostendit ex administratione tutelæ, partem a fidejussoribus, ac priusquam is judex adiretur, & apud eum lis contestaretur, vita functus est: si post litem contestatam vita functus fuisset, non mutaretur judicium, quia non est integrum mutare actionem post litem contestatam, nisi ex magna causa, *l.edita, C.de eden.* Non mutaretur ergo judicium, non mutaretur actio, quæ cœpit in tutores & fidejussores eorum; sed non mutata actione in locum demortui judicis, alius judex daretur, qui substitutus judex dicitur, *l.si judex, l.mortuo, de judic.l.pen.C.de ped. jud.* At quoniam ille judex, quem pupillus acceperat contra tutores simul atque fidejussores, vita functus est ante litem contestatam, licet pupillo vel adolescenti judicium actionemque mutare, &, ut fecisse propo-

A nitur, alium judicem accipere contra fidejussores solos in solidum, omissis tutoribus: quo casu quæritur in hac lege pro qua parte quisque eorum fidejussorum condemnandus sit? An unus damnari possit in solidum, si alii rei judicatæ tempore solvendo non sint; licet fuerint tempore litis contestatæ? Et respondet Pap.eum in condemnatione fidejussorum modum, eamque legem esse servandam, quæ servaretur in tutoribus, si conventi fuissent tutores. Conveniuntur autem fidejussores ex persona tutorum; ut ait in fine legis; ut pater, qui intelligitur fidejussisse pro filio decurione, dicitur conveniri ex persona filii, *l. libertus, §. filio, ad municip.* ita fidejussor quilibet dicitur conveniri ex persona rei principalis. Ergo ad eum modum legemque, qua tenetur reus principalis, perinde & fidejussores tutorum easdem reputationes habent quas tutores, *l.5.h.t.*

B Et ad eam rationem usurarum pupillarium revocantur, ut eas præstent, ad quas tutores revocari solent, *l.3.h.t. l.10. rem pupil. salv.for.* Et similiter fidejussores tutorum eandem condemnationem sustinent, si contra eos solos sumptus sit judex, quam sustinerent tutores, si conventi fuissent actione tutelæ. At tutores, si conventi fuissent, etsi eorum administratio fuisset indivisa & commune periculum administrationis, si tamen omnes solvendo sint litis contestatæ tempore, inter eos divideretur actio pro virilibus portionibus, *l.1.§.nunc tractemus, de tut. & rat. distr.* quia divisionem actionis tutelæ inter tutores, qui initio litis locupletes sunt & idonei, æquitas ipsius actionis, quæ est bonæ fidei desiderat maxime, cum ob id pupillus non distringatur diversis judiciis,

C quandoquidem ex Constitutionibus omnes tutores ad unum judicem mittuntur, *l.2.de quibus ad eund. jud.l.5.C.arb. tut.* Et propterea, si conveniantur plures tutores, quorum indivisa non dispar fuerit administratio, & quidam solvendo sint initio litis, æquum est inter eos dividi actionem tutelæ, ut singuli teneantur tantum in virilem portionem. Ergo etiam conventis fidejussoribus eorum tutorum, qui conveniuntur ex persona tutorum, licet non eadem actione, ut puta tutelæ, sed ex stipulatu, inter eos est dividenda actio pro virilibus portionibus exemplo tutorum, ut quæ divisio fit in actione tutelæ, eadem fiat in actione ex stipulatu, qua fidejussores conveniuntur. Denique tutores habent beneficium divisionis, etiamsi indivisa eorum administratio, individuum officium fuerit, si modo omnes

D solvendo sint litis contestatæ tempore. Ergo fidejussores eorum idem beneficium habent. Recte autem ponit Pap.plurium tutorum plures fuisse fidejussores, singulos tutores singulos fidejussores dedisse, tot fuisse fidejussores, quot tutores: nam si unius tutoris plures fidejussores fuerint, non habent beneficium dividendæ actionis: & ratio hæc est, quia non est æquum, pupillum sive adolescentem distringi adversariis, litibusque plurimis suæ tutelæ causa, cum non ipse contraxerit cum tutore, qui fidejussores dedit, sed in eum inciderit ignorans, omnino nesciens quid ageretur: qua de causa & actio tutelæ non dicitur esse ex contractu, sed quasi ex contractu, idque ostenditur in *l. ult.in fin. rem pup.salv.fore.* Distringeretur autem pupillus, si dividenda ei esset actio in plures fidejussores, si divisim illi agendum

E esset cum singulis: quia, non ut tutores omnes ad eundem judicem mittuntur, ut ante dixi, quod ita constitutum est ex constitutionibus, non ita etiam fidejussores plures: si dividenda esset actio, ad eundem judicem non mitterentur, sed ad diversos, atque ita distringeretur pupillus, *d.l.ult.in fin.* ideoque si plures sint fidejussores unius tutoris, pupillus agit in solidum, quo cum vult, non est distringendus, sed in unum fidejussorem, quem elegit, ei danda est actio in solidum, ut eum condemnet in solidum, sicut in tutorem, qui unicus est, ageret in solidum: ita in quemlibet fidejussorem unius tutoris agit in solidum, excepto casu l.sequentis, quæ explicabitur lib.3. Et non tantum agit in solidum, sed etiam eum condemnat in solidum, quia non habet beneficium divi-

divisionis, vel etiam; si pupillus egerit cum omnibus fi- A dejussoribus unius tutoris. Finge duos fuisse; si egerit cum duobus, & post litem contestatam unus factus sit non solvendo, alterum proculdubio damnabit in solidum, etiamsi initio litis ambo solvendo fuerint, quia & unius eligendi & condemnandi in solidum pupillo jus, potestasque fuit. Fateor alio agente, fidejussores habere beneficium divisionis ex epistola D. Adriani, notissima etiam hodie tabellionibus, si omnes solvendo sint litis contestatæ tempore, etiamsi desierint esse ante litem judicatam: at pupillo agente in plures fidejussores unius tutoris, nego tutoris fidejussores habere beneficium divisionis, *d. l. ult.* si fuerint, ut diximus fidejussores plures plurium tutorum, ut tutores habent beneficium divisionis, & habebunt quoque fidejussores eorum, quoniam ex persona tutorum conveniuntur, pro tutoribus condemnantur: B quæ est sententia hujus legis summe notanda.

Ad L. XX. ad Senatusconf. Sillan.

Heres qui veneni causam persequitur, res hereditarias urgentes ordinare, salvis probationum indiciis non prohibentur.

UT intelligatur hæc lex, sic statuo, aliam esse quæstionem veneni, aliam necis per vim illatæ, quod patet ex l. seq. Quid vero interest veneno quis necatus sit, an vi, clam, vel palam? hoc maxime; quia si per vim dominus a familia necatus esse dicatur, Senatusconsulto Sillania. cavetur, ut non possit heres, si nolit sibi hereditatem eripi a fisco, ut non pos- C sit, inquam, adire hereditatem, vel quoquomodo acquirere ante quæstionem habitam de servis, qui sub eodem tecto locove fuerunt, quo tempore dominus per vim occisus est, & ante sumptum supplicium de noxiis: post habitam quæstionem, post sumptum supplicium, & ultam necem defuncti, tunc adire hereditatem potest ejus, qui necatus est, cum effectu adire potest, non ante. Quod si veneno a familia dominus clam necatus esset, heres non prohibetur adire hereditatem, aut petere bonorum possessionem, quia Senatusconsultum Sillanian. loquitur tantum de domino per vim occiso; non de occiso clam vi carminis aut veneno, *l. 1. §. occisorum, l. necessarios, §. ult. hoc tit. l. 9. C. de iis quib. ut indig.* Et consequenter, ut ait Papinianus in hac lege, heres res hereditarias, urgentes, inquit, ordinare po- D test, ut puta luere pignora pretiosa, quæ sunt ex bonis defuncti, vel reficere ædificia, quæ ruinam minantur, vel servos hereditarios pascere, aut in opus rusticum mittere, aut distrahere res hereditarias, quæ magis onerant hereditatem, quam fructui sunt. Hæc sunt urgentia negotia hereditaria. Urgentia hæc faciendo, sane videtur heres se pro herede gerere, atque ita sibi adquirit hereditatem. Nam gestio pro herede, est species adquirendæ hereditatis, videlicet si hoc fecerit animo heredis, ut declarat *l. pro herede, de adquir. hered.* verum ait, heredem qui veneni causam persequitur, res hereditarias urgentes ordinare non prohiberi Senatusconsulto, quod non pertinet ad causam veneni: & non prohiberi *salvis probationum indiciis*. Nec enim potest distrahere, aut manumittere servum hereditarium pro- E bationi idoneum, ne subducatur quæstioni. Et breviter, pendente causa veneni, quam heres persequitur, ut debet, urgentia negotia hereditaria tractare potest, & necessaria, non omnia negotia hereditaria, quandiu pendet quæstio l. Cornel. de venef. tametsi adierit hereditatem; ut potest pendente causa veneni, quod notandum. Nam hoc est præcipuum in hac lege. Si adierit, inquam, pendente causa veneni, non potest tractare, nisi ea negotia hereditaria, quæ urgent maxime. Quid enim, si ipsum heredem apparet infudisse venenum? quid si causam veneni non pertulerit? si deseruerit? vel quid, si pertulerit lusorie, & perfunctorie? quibus casibus hereditas fisco vindicatur. Igitur interim

A melius est res hereditarias integras servare, quia fiscus venire potest; & eas tamen tractare interim, quæ urgent. Et hæc distinctio fit inter causam veneni, & causam per vim illatæ necis, cum dominus a familia necatus fuisse dicatur, ut si per vim, prohibeatur heres adire ante causam peractam; si veneno, non prohibeatur adire & tractare, quæ urgent, etiam nondum peracta causa veneni. Nam si quis dicatur necatus ab extraneo, non utimur hac distinctione. Nam sive necatus sit veneno, sive per vim, heres non prohibetur statim adire hereditatem sibi delatam, licet postea debeat ulcisci mortem defuncti, ne ei ut indigno hereditas auferatur. Ceterum statim adire potest, quod Azo sentit recte, & probat *l. ejus, qui §. ult. de jure fisci, l. eum, qui, §. bonis, de his quib. ut indig.* Neque quidquam obstat *l. 6. & l. 9. C. eod.* quoniam non B pertinent ad hunc casum, cum quis est occisus ab extraneo, sed sunt aptandæ ad casum Senatuscon. Sillaniani, cum quis dicitur occisus a familia sua, hoc est, a servis suis, ubi distinguimus fuerit occisus per vim an clam. At non distinguimus si dicatur occisus ab extero.

Ad L. XLI. de Mortis caus. donat.

Quod statuliber uni ex heredibus de peculio dedit; ei qui accepit, in Falcidiæ rationem venit, & in hereditatis petitione, item ex Trebelliano restituitur. Ex peculio autem videtur dari, quod statuliber donatum accepit, & dedit. Et quod ab alio nomine ipsius eo præsente datur: prope est, ut ab ipso datum intelligatur.

C COnstat in quartam partem hereditatis quam per legem Falcidiam, aut exemplo legis Falcidiæ per Senatusconsultum Pegasianum, & hodie Trebellianum, heres habere debet, ea tantum imputare heredem, quæ quasi heres hereditario jure capit, non etiam ea, quæ capit jure legati, quasi legatarius, vel jure fideicommissi, quasi fideicommissarius, *l. si a me tibi, ad l. Falcid.* non imputat etiam heres in quartam ea, quæ capit mortis causa, veluti conditionis implendæ causa, ut si quis heres institutus sit ex parte, vel si cui legatum relictum sit, aut data libertas testamento sub conditione, si heredi aut coheredi dederit decem, ea decem heres neque jure legati capit, neque jure fideicommissi, sed mortis causa, & ea non imputat in Falcidiam, quia non ea capit jure hereditario, imo nec jure testamenti, D *l. 8. si quis omiss. caus. test.* sed dicitur generaliter ea capere mortis causa, quod & ei capio obveniat per occasionem mortis testatoris. Ergo multo minus imputabit in Falcidiam heres mortis causa capionem, hoc est, quod ei datur conditionis implendæ gratia. Et hoc ostendit aperte *l. in ratione, §. tametsi, & l. in quartam, in princ. & in fi. & l. id autem, ad leg. Falcid.* Et quod aliter scriptum in *d. l. in quartam, §. pen.* iis fere verbis, *sed & quod implendæ conditionis causa, fideicommissum heredi datur in ea causa esse admittendum, sciendum est*, ut scilicet in quartam imputetur: nam hic est sensus: id, inquam est, falsum & subdititium. Nam & a Basilicis, & Pandect. Florent. abest: & prodit falsitatem in eo etiam satis verbum fideicommissi. Quoniam id, quod heredi datur implendæ conditionis cau- E sa, non est fideicommissum, sed generali nomine, quia non habet proprium, appellatur mortis causa capio, *l. 31. hoc tit.* & inter hanc mortis causa capionem, & fideicommissum longa differentia est; Fideicommissum invitus præstat, qui eo oneratus est: mortis causa capio sive adimpletio conditionis dandi est in arbitrio ejus, cui est imposita conditio dandi, nec invitus dare cogitur, & accipere, quod ei relictum est sub ea conditione, *d. §. tametsi*, Item de fideicommisso heres detrahit Falcidiam ex Senatusconsulto Pegasiano, non de mortis causa capione, *l. 1. §. item si ita legatum, & l. acceptis, ad l. Falcid.* Et in dicto *§. item si ita legatum*, ait, *mortis causa capionem, non imputari in Falcidiam*, quæ verba sunt alio sensu accipienda, quam quo nos deinceps frequenter,

dictu-

dicturi sumus imputari aliquid, vel non imputari in Falc. A
& quod Pap. ait in hac lege, id, quod statuliber de peculio
dedit heredi, imputari in Falcidiam. Duobus modis di-
cimus aliquid imputari in Falcidiam; Uno, cum nu-
meratur inter ea, quæ patiuntur Falcidiam, quæ minu-
untur lege Falcidia: ut in *d. §. item si, l. si a servo, & l. si
quis, l. si a me, eod. tit.* quod & hoc loco ita accipiendum
esse in *d. §. item si ita legatum*, Accurs. notavit hoc loco,
licet id explicet incondite & ineleganter. Ergo dum
ait in *d. §. item si ita legatum, mortis causa capionem non impu-
tari in Falcidiam*, hoc est, ex ea heredem non deducere
Falcidiam. Altero autem modo, quo sensu locuturi su-
mus deinceps, imputari aliquid in Falcidiam, id est, nu-
merari inter ea, quæ heredi explent, conficiuntque
Falcidiam. Et hoc sensu etiam dicimus, mortis causa capio-
nem imputari heredi in Falcidiam, exceptis certis casi- B
bus, de quib. infra tractabimus. Sicut & priori sensu in
§. *item si*, mortis causa capionem non imputari heredi in
Falcidiam, hoc est, non detrahi ex ea Falcidiam, excipien-
dus est casus *l. pen. C. eod. tit.* excipiendus etiam hic casus,
si servo data & adscripta sit libertas sub conditione, si
extraneo dederit ex periculo suo, quod fuit in bonis
testatoris mortis tempore, *l. 44.* eod. tit. Ceterum illa
juris definitio, ut ea tantum heres imputet in Falci-
diam, id est, ut ea tantum heredi expleant Falcidiam,
quæ jure hereditario capit, est generalis & certissi-
ma, quam tamen omnes Interpretes nostri tantum ad-
mittunt in Falcidia sive quarta, quæ per legem Fal-
cidiam ex legatis deducitur, non etiam in quarta, quæ
per Senatusconsultum Pegasianum, & hodie Trebellia-
num ex fideicommissis deducitur, & cruciant se in inve- C
nienda ratione differentiæ, quæ nulla est: Nam hunc
ego jampridem depuli, & profligavi omnium Interpre-
tum errorem, docens per omnia esse legata exæquata
fideicommissis: & quod scripsit Ulpianus in *l. 1. de legat.
1.* non scripsisse eum in omnibus casibus existimo, dedu-
cto argumento ex inscriptione, sed in causa legis Fal-
cidiæ tantum, in qua non vult deduci, aut separari
legata a fideicommissis. Sed cum quæritur, quæ heres
computet in quartam sive in legem Falcidiam, quid im-
putet, inquam, in quartam, sive detrahat, ex legatis, si-
ve ex fideicommissis, indistincte respondendum est, ut eas
tantum res computet in quartam, quas capit jure he-
reditario. Nam constat & in quartam Pegasianam, quæ ex
fideicommissis detrahitur, heredem non computare,
quæ capit jure legati, *l. filium, C. fam. ercisc.* nec quod D
capit causa mortis, sive conditionis implendæ gratia,
d. §. tametsi. Ergo nulla est differentia omnino inter hanc,
& illam quartam, hanc, quæ ex fideicommissis Sena-
tusconsulto Pegasiano, & illam, quæ ex legatis lege Fal-
cidia detrahitur: quia verum est, in neutra computari
alias res, quam quæ jure hereditario obveniunt heredi.
Et in hac re per omnia esse exæquata legata fideicom-
missis. Et *d. l. in quartam*, quæ in illum errorem sola
omnes induxit, ut putarent faciendam esse differentiam
inter quartam, quæ ex legatis detrahitur, & quartam,
quæ ex fideicommissis, ne te decipiat: sic tibi me au-
ctore accipienda est, ut ostendam modo plane atque di-
lucide explicata tota *l. in quartam*, quæ lex ait: *In quar-
tam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere
debet, imputari eas res, quas jure hereditario capit, non* E
*quas jure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis cau-
sa accipit, nam hæ*, inquit, *in quartam non imputantur*.
Primum accipe legem Falcidiam latissime, prout dila-
tata & extensa est Senatusconsultis vel constitutioni-
bus; nam quæ erat tantum de legatis, Senatusconsulto
Pegasiano porrecta est ad fideicommissa, & constitutio-
ne Severi ad mortis causa donationem, non ad mor-
tis causa capionem, ut in hanc quartam unde detrahatur,
heres computet tantum ea, quæ jure hereditario capit
optima ratione, quia omnis quarta, sive sit ex legatis,
sive ex fideicommissis, sive ex donatione mortis causa,
est quarta hereditaria, hoc est ex his omnibus debet
habere heres salvam quartam hereditatis. Et si omnis

quarta est quarta hereditatis, ergo in eam tantum im-
putatur, quod velut ex bonis hereditatis, ex bonis
defuncti jure hereditario capitur. Non ergo computantur
in quartam, sive ex legatis, sive ex fideicommissis vel
aliunde detrahatur, ea, quæ heres capit jure legati, vel
fideicommissi, vel conditionis implendæ causa, quæ ex-
tero jure capit, ut ait *l. a patre, C. de collat.* Et subjicit
eadem lex: *Sed in fideicommissaria hereditate restituenda,
&c.* quia articulus Sed decepit interpretes. Sed non est
discretiva particula superioris sententiæ atque regulæ,
sed conjunctiva, ut in auctoribus nostris & exteris sæ-
pissime articulus (*sed*) non facit differentiam inter
quartam, quæ detrahitur ex legatis, & quartam, quæ
detrahitur ex fideicommissaria hereditate alteri resti-
tuenda: verum conjuncta scriptura JC. ut regulam ini-
tio propositam aperiat exemplis, ait, *In fideicommissa-
ria hereditate restituenda detracta quarta, sive legati, sive
fideicommissi verbis quid datum sit heredi*, scilicet habenti
coheredem, alioquin non posset legari heredi, hoc est:
si quid præcipuum prælegatum præceptionis titulo ei
relictum sit, præceptionis nomine, quoniam id capit
duplici jure, partem a seipso jure hereditario, partem
a coherede jure legati aut fideicommissi, *l. legatum, §. 1.
de leg. 1. l. in fideicommissariam, §. ult. ad S.C. Trebell. l. eum,
qui, §. ult. de his quib. ut indign.* Eum imputare in Falci-
diam partem, quam jure hereditario capit a se ipso, non
partem, quam a coherede capit jure legati, ut in *d. l.
filium, C. fam. ercisc. & l. quod autem, ad l. Falcid.* secundum
regulam propositam initio *l. in quartam*. Item si aliquo
deducto, vel retento, vel accepto, non demonstrata per-
sona, a qua acciperet heres, ut si dixerit: *Rogo te acceptis
ducentis restituere hereditatem meam L. Titio*: denique si
quo deducto, vel retento, vel accepto simpliciter heres
rogatus sit restituere hereditatem, id quod deducere,
vel retinere, vel accipere jussus est, imputat in Falci-
diam, quia id totum a seipso jure hereditario ex bonis
mortui capit, *l. deducta, §. acceptis, ad SC. Trebellian.* His
traditis, quibus exemplis planior fit regula proposita
initio *l. in quartam*, regulam illam magis ac magis expli-
cans, ut in quartam, quæ detrahitur ex legatis, aut
fideicommissis imputentur ea tantum, quæ heres capit
quasi heres jure hereditario, non adventitia lucra. Ad
extremum *d. l. in quartam*: regulam illam magis atque
magis explicans, quod dixit initio, ea quæ heres capit
conditionis explendæ causa non imputari in quartam,
id posito exemplo familiari magis dilucidum reddit in
fine legis. Et nihil est præterea in *l. in quartam*. Versus
penultimus spurius est, ut dixi. Verum ad hoc notan-
dum est, quosdam esse casus, quibus etiam id, quod he-
res accepit conditionis explendæ causa, hoc est, quibus
mortis causa capionem imputat in quartam. Unus casus
est in *d. §. tametsi*, si non figura conditionis heres jussus
sit accipere certam pecuniam a fideicommissario Tre-
belliano, ut si testator non dixerit in hunc modum:
Rogo te heres restituere illi hereditatem, si tibi mille dederit,
sed dixerit hoc modo: *Heres, rogo te illi restituere here-
ditatem, acceptis ab eo* 1000. quæ verba non habent figu-
ram conditionis, & acceptis ab eo 1000. titulo emptio-
nis, veluti pretio restitutæ hereditatis, si hoc sensisse te-
statorem appareat, heres eam pecuniam computabit in
quartam: quia pretium est loco hereditatis, & pretium
habet vice hereditatis. Alter casus est in *l. acceptis, eod.
tit.* si etiam citra figuram conditionis, aut titulum em-
ptionis acceptis a Cajo 100. quæ scilicet continebant
quartam hereditatis, rogatus sit. Cajo restituere here-
ditatem: nam perinde est, ac si dixisset, accepta quarta
restituas ei hereditatem. Igitur etsi ea 100. acceperit
de manu Caii, tamen de hereditate capere videtur, &
consequenter, ea computat in quartam. Tertius casus
& ultimus est in hac *l. 41.* si quis servus, liber esse jus-
sus, implendæ conditionis causa heredi dederit de pe-
culio suo: finge, servum liberum esse jussum sub con-
ditione, si heredi dederit 100. & heredi decem de pe-
culio dederit, quod tamen ei prælegatum non erat. Nam
etsi

etsi peculium quod servo testamento manumisso prælegatum non est, ad heredem pertineat, *l. 1. C. de pec. ejus, qui lib.* tamen receptum est statuliberum, id est, servum, cui relicta est libertas sub conditione dandi decem heredi, conditionem libertatis implere posse de peculio suo, sive heredi, sive alii dare jussus sit, *l. 3. §. 1. & §. cum igitur, l. 13. §. 1. de statul.* Et ratio hæc est, quia visum est prudentibus, id esse concedendum servo, ut libertatis causa de peculio quasi de patrimonio suo libertatis conditionem impleret, *l. si decem, eod.* Nam peculium quasi patrimonium servi est, *l. hinc quæritur, §. 1. l. peculium, de pecul.* Et ut ex peculio, quod pertinet ad venditorem servi, servus se redimere potest, *l. 4. §. 1. de manum.* cur non etiam concedamus servo testamento manumisso sub conditione dandæ certæ pecuniæ heredi, ut ex peculio suo, licet pertineat ad heredem, impleat conditionem & perveniat ad libertatem? Id prudentes, ut ait *d. l. si decem*, existimarunt posse concedi servo sine injuria dominorum. Quod autem ita servus dat heredi de peculio implendæ conditionis causa, Papin. ait hoc loco, heredem imputare in Falcidiam, totum scilicet quod accepit, si sit heres ex asse, vel pro parte sua, si sit heres ex parte, ut Glossa notat recte ex *l. id autem, ad l. Falcid.* Id vero hanc rationem habet, quia cum peculium quod prælegatum non est servo manumisso testamento, ipso jure pertineat ad heredem, id quod ex eo capit heres de manu statuliberi non mortis causa capere, sed jure hereditario habere intelligitur, *d. l. id autem.* Ergo merito id imputabit in Falcidiam; & id eum habere jure hereditario patefacit, & probat adjiciens, *id quod heredi de peculio dat statuliber implendæ conditionis causa, venire in petitionem hereditatis*, ut in *l. nec ullam, §. sed etsi in fi. de pet. her.* Ergo hereditarium esse; item venire in restitutionem hereditatis ex SC. Trebelliano: ut ait Pap. hoc loco: Ergo hereditarium esse, & proficisci ex hereditate defuncti, & ab herede pro herede possideri: denique jure hereditario capi, jure hereditario haberi. Qua ratione & id etiam supra legitimum modum non capit, qui ex hereditate testatoris solidum capere non potest, *l. qui conditionis, §. 1. h. t.* Ergo est ex ea hereditate, & merito computatur heredi in quartam. Et hoc cum ostendisset Papinianus in hac lege, subjicit; *ex peculio datum videri, quod statuliber ab alio donatum accepit ac dedit, & non tantum, quod ipse dedit heredi conditionis implendæ causa, sed & quod alius dedit, nomine ipsius, præsente eo.* Quibus verbis Papinianus nihil aliud significat, quam quocunque modo peculium adquisitum statuliber habuerit, ut ait *l. 13. §. 1. de statulib.* ex eo eum dare posse heredi conditionis implendæ causa, & quod dederit heredi imputari in Falcidiam quasi hereditarium peculium, quasi hereditariam pecuniam. Nec obstat huic sententiæ Papiniani *l. quod conditionis §. 1. hoc. tit.* quæ negat ex hereditate esse id, quod dedit statuliber ex eo, quod quæsivit post mortem testatoris, vel quod alius pro eo dedit de suo post mortem testatoris, quia scilic. non fuit in bonis, quæ testator habuit mortis tempore, non fuit in hereditate, quam reliquit moriens. Et sane verissimum est, nec aliter sentit Papin. nec enim quocunque tempore peculium habuerit acquisitum vivo an mortuo testatore, vult, quod ex eo dedit heredi imputari in Falcidiam, quocunque tempore id quæsierit, sed quocunque modo acquisitum habuerit, dummodo id jam acquisitum habuerit mortis testatoris tempore, vel donatum sibi ab alio, & relatum in peculium, vel aliunde quæsitum, quod deinde det ipsi post mortem testatoris conditionis implendæ causa, vel alius nomine ipsius præsente eo. Si alius pro eo daret de suo, frustra desideraretur ejus præsentia: at si alius det de peculio ejus, & nomine ejus, exigitur præsentia ejus, ut ipse dedisse videatur, sicut conditione cautum est, si decem heredi dederit; alioquin non videretur impleta conditio, quæ uti concepta est, ita impleri debet, *l. qui heredi, de condit. & demonst.* heredi dare jubetur: ergo alii dando non implet conditionem, & ipse dare jubetur: ergo alius dando non implet conditionem, nisi det nomine ejus præsente eo, quia prope est, ac si ipse daret. Præsente me, quod fit meo nomine & tacente, ego facere videor: præsente me, si quis stipuletur mihi, ego stipulari videor, & valet stipulatio, *l. si procuratori, de verb. oblig. l. si dictum, §. si præsente, de evriction.* denique quod alius pro eo dedit de suo, vel quod ipse dedit, non ex peculio suo, quod habuerit mortis tempore extra hereditatem est, & heredi, qui id accepit mortis causa, non imputatur in Falcidiam, ut *l. si mortis, §. 1. qui, & a quibus man.* Quod autem ipse, vel alius pro eo dedit, eo præsente ex peculio, quod habuerit mortis testatoris tempore, quia id heres intelligitur capere jure hereditario, debet etiam id computari in Falcidiam.

Ad L. XXII. de Appell.

Ad principem remissa cognitio, ab eo circumduci potest qui remisit.

PErtinet hæc lex, sicut & *l. 26. h. t.* ad illam partem tituli hujus, quæ est de relationibus, non ad partem de appellationibus, ut Glossa putat, quæ tota delenda est in hac lege. Nam judex causam, de qua non pronuntiavit, nec pronuntiare audet certas ob causas, certis quibusdam rationibus, per relationem remittit & reiicit ad Principem, *la renvoye au conseil privè.* Et ut quamlibet interlocutionem mutare judex, tollere & circumducere potest, *l. quod jussit, de re jud. l. dicere, de recept. arb.* ita & illam interlocutionem, qua censuit causam esse remittendam ad cognitionem Principis, mutare & circumducere potest. Et hoc est, quod ait, *Ad principem remissam cognitionem ab eo circumduci*, hoc est, obliterari, *posse, qui remisit.* Denique eum, qui rem ad Principem remisit cognoscendam, mutata voluntate ipsam causam disceptare posse, si modo ab ejus notione non sit prorsus aliena. Basilica sic interpretantur: *ὁ δικαστὴς παραπέμψας βασιλεῖ διάγνωσιν ὑποθέσεως δύναται τεμεῖν αὐτήν. Judex, qui remisit ad Principem cognitionem causæ, eam ipse dirimere potest*, nec transmittere ad Principem, ut initio constituerat, & dixerat utrique parti. Verum addit *l. 26. h. t.* hoc fieri debere consentientibus partibus, non invitis, si forte eorum intersit, Principem causæ disceptatorem habere. Et idem statuere licet, si quis judex quos censuerat remittendos non ad Principem, sed ad Præfectum urbi, vel alium judicem, non quod causa ad ejus cognitionem non pertineat, quia tunc plane non potest se interponere, sed debet causam remittere ad competentem judicem, sed cum etiam notio ad eum pertinet, ut Divum Marcum legimus apud Julium Capitolinum Curatoribus regionum, & viarum dedisse potestatem, ut vel ipsi punirent, vel ad Præfectum urbi puniendos remitterent, & eos rejicerent, quia ultra vectigalia quicquam ab aliquo exegissent, ut Præses quoque provinciæ, militem, de quo statuere potuisset, si voluisset, criminis reum aliquando remitti ad ducem suum, vel magistrum militum, *l. 3. de milit. l. de militibus, de custod. reor. l. ult. de accusat. l. 1. C. de exibend. reis:* ut & Præses provinciæ eum, qui deliquit in sua provincia, de quo sane potuit statuere, interdum remittit ad Præsidem provinciæ, ex qua ille oriundus est, *l. non dubium, §. ult. de custod. reor.* Verum in ea sententia perstare non cogitur, sed de eo etiam, quem remittendum censuit ad alium judicem, cum & ad ipsum notio pertineat, postea mutata sententia decernere potest.

Ad L. CCXIX. de Verb. signif.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus qui susce-

ſuſcepit, pertineret: jus heredum ad legatarium quoque A *transferri potuit.*

CUratores reip. vel magiſtratus municipales, agrum civitatis vectigalem, hoc eſt, quem ſolent municipes dare in emphyteuſin, qui contractus eſt ſatis frequens, aut jure emphyteutico locari ſolitum, locaverunt in perpetuum, ea lege, ut ad heredes conductoris pertineret, ſoluto Reip. annuo vectigali & canone. Certiſſimum eſt, in hoc contractu heredem intelligi in infinitum per multas ſucceſſiones, ut in *l. 65. & 70. h. t.* Igitur certum eſt jus ἐμφυτεύσεως, ex lege hujus conventionis, ſive contractus transferri in heredem heredis & ulteriores heredes, aut bonorum poſſeſſores, quia loco heredum ſunt. At quæritur, an transferri etiam hoc jus prædii vectigalis, ſive jus emphyteuticum poſſit in legatarium, puta conductore, vel herede ejus legante fundum vectigalem alteri, quo genere non legat proprietatem, quæ Reipubl. eſt, ſed jus emphyteuticum, quod in eo agro habet. B Et reſpondet Pap. ex hac conventione, & jus emphyteuticum poſſe transferri in legatarium, idque aliquatenus confirmat *l. ſi dominus* 74. §. *ult. de leg.* 1. Nec obſtat, quod in lege locationis, facta eſt mentio heredis tantum, non legatarii, & quod ut hereditatis nomine non continetur legatum, *l. ſi Titius, de leg.* 3. ita heredis nomine non videtur contineri legatarius, ergo lex conventionis non continet legatarium, ac proinde emphyteuſin non poſſe transferri in legatarium. Etſi enim ita eſt ſi ſpectes verba; tamen ex mente contrahentium, quæ verbis potior eſt, Pap. ait, jus emphyteuticum etiam in legatarium poſſe transferri, quia id actum videtur inter contrahentes, C quod fit vulgo in locandis & conducendis agris vectigalibus, ut perpetua ea locatio eſſet, utque tranſiret in quemlibet ſucceſſorem ex ſupremo judicio defuncti emphyteuticarii. Et hæc eſt ſententia legis. Alciatus putat, etiam hoc jus in ſpecie propoſita poſſe transferri in donatarium. Ego ſubſiſto: quia facile mihi perſuadeo, videri quidem contrahentes, qui heredi caverunt, etiam caviſſe aliis ſucceſſoribus, qui modo heredi ſimiles eſſent, ut legatario vel fideicommiſſario, quia, ut heres eſt ſucceſſor ex voluntate ultima & judicio defuncti; ſunt in hoc ſimiles, heres & legatarius, in ceteris diſſimiles, fateor; quia heres eſt ſucceſſor juris, legatarius ſucceſſor rei. At non credam eos caviſſe per omnia diſſimili ſucceſſori ab herede, ut puta donatario vel emptori, qui ſucceſſor eſt ex contractu, vel ex liberalitate viventis, non ex ultima voluntate, *l. de acceſſionibus, de diverſ. & temporal. præſcri.* D Non nego, quin jus emphyteuticum poſſit alii donari, aut vendi ſalvo jure vectigalis, *l. 1. C. de fund. patrimon. lib.* 11. Sed dico in ſpecie propoſita, neque ex verbis, neque ex mente contrahentium eſſe, ut, quod ad heredem pertinere cavemus, pertineat etiam ad ſucceſſores heredi diſſimiles per omnia. Et quod dicitur ſtatuliberum, qui heredi dare juſſus eſt, emptori dando, cui heres vendidit, implere conditionem, hoc lex XII. Tabul. nominatim induxit favore libertatis, *l. ſtatuliberum, §. ult. de ſtatulib.* & Ulpianus lib. regul. eod. tit. Porrexit lex nomen heredis ad emptorem, & emptoris rurſus nomen produxit ad omnem dominum ſtatuliberi: proinde & heredis quoque nomen produxit, & pertulit ad legatarium, & donatarium, & emptorem, & omnem omnino, qui quoquomodo dominium in ſtatulibero nactus eſt, ut E ei dando, qui heredi dare juſſus eſt, adipiſceretur libertatem. Legis eſt augere, & producere vim, & ſignificationem verborum. Hæc eſt lex ultima hujus libri. At hoc nondum eſt explicaſſe leges ſumptas ex eo libro, ſed explicandi etiam ſunt loci, in quibus Pap. libro 2. reſponſor. ab aliis auctoribus citatur.

Ad §. Sed & quod Pap. L. VII. de Minoribus.

Sed & quod Pap. libro 2. Reſponſ. ait, minori ſubſtitutum ſervum neceſſarium, repudiante quidem hereditatem minore neceſſarium fore: &, ſi fuerit reſtitutus minor, liberum nihilominus manere: ſi autem prius minor adiit hereditatem, mox abſtentus eſt, ſubſtitutum pupillo ſervum cum libertate, non poſſe heredem exiſtere, neque liberum eſſe, non per omnia verum eſt, nam ſi non eſt ſolvendo hereditas, abſtinente ſe herede, & Divus Pius reſcripſit, & Imperator noſter, & quidem in extraneo pupillo, locum fore neceſſario ſubſtituto, & quod ait liberum manere, tale eſt, quaſi non & heres maneat, cum pupillus impetrat reſtitutionem, poſteaquam abſtentus eſt; cum enim pupillus heres non fiat, ſed utiles actiones habeat, ſine dubio heres manebit, qui ſemel extitit.

ULpianus in *l. 7. §. ſed & quod Pap. de minorib.* refert, Pap. hoc libro 2. tractaſſe hanc ſpeciem. Finge: Quidam extraneus L. Titium minorem XXV. annis puberem vel impuberem, heredem inſtituit, & vulgariter ei ſubſtituit cum libertate Stichum ſervum ſuum hoc modo: *L. Titius heres eſto, ſi Titius heres non erit, ſervus Stichus meus liber & heres mihi eſto.* Hæc eſt ſubſtitutio vulgaris. Minor repudiavit hereditatem, & abſtinuit hereditate, & confeſtim ſervus vocatus eſt ex ſubſtitutione vulgari, & defuncto factus heres neceſſarius, ſimul ac factus eſt liber, quia cum libertate ei fuit relicta hereditas, nec ſine libertate potuit relinqui. At poſtea minor reſtitutus eſt in integrum reſciſſa repudiatione, vel abſtentione, ut hereditatem obtineret, quam inconſulto repudiavit, Papin. ait, jure reſtitutionis in integrum eum ablaturum ſervo bona hereditaria, quæ occuparat jure ſubſtitutionis; non etiam libertatem, quæ ſemel ei obtigit ex teſtamento, ſed ablatis bonis nihilominus, inquit, liber remanebit. Et ita Pap. reſpondit, quem reprehendit Ulpianus vel calumniatur, quaſi voluerit Pap. quod ſane non credo voluiſſe, propterea quod tantum ſcripſit liberum eum manere: liberum quidem eum manere, ſed non heredem ſcripſiſti, inquit, Ulpianus, liberum eum manere, non adjeciſti etiam eum heredem manere. Ergo exiſtimaſti eum heredem non manere; quod falſum eſt, quia heres manet, qui ſemel exſtitit ſecundum regulam juris, ſemel heres, eſt in perpetuum heres, *l. ex facto, §. ult. de vulg. ſubſtit. l. ei, qui ſolvendo, de her. inſt.* Ergo liber & heres manet ipſo jure, ſed habet tantum nudum nomen heredis, quia heres eſt ſine re, propterea quod minor ei rem abſtulit per reſtitutionem in integrum; at jure & nomine ſane heres eſt: & Prætor minorem in integrum reſtitutum non potuit facere heredem, quia Prætor non facit heredem, ſed bonorum poſſeſſorem, §. *quos autem, Inſt. de bon. poſſ.* Ergo minorem reſtitutum non facit heredem, ſed tantum tuebitur eum tanquam heredem, non datis directis actionibus, ſed datis utilibus actionibus, quia non eſt heres, ſed ut qui extitit ex ſubſtitutione, non eſt heres, ſed quaſi heres, ideo utiles, id eſt, quaſi hereditariæ actiones ei dantur, *l. 2. §. interdum, de vulg. ſubſtit.* At quid dicemus e contrario, ſi prius minor 25. annis adierit hereditatem, mox abſtentus ſit beneficio reſtitutionis in integrum? Et hoc caſu Pap. reſpondet, ſervum ſubſtitutum non poſſe ad hereditatem venire ex ſubſtitutione vulgari, quia ea ſubſtitutio perempta eſt aditione hereditatis inſtituti, *l. poſt aditam, C. de imp. & aliis ſubſt. l. 6. C. de legat. l. 13. C. de fideicom.* nec reſtitutio minore adverſus aditionem, reſtituitur ſubſtitutio, quæ interiit ſemel. Non eſt regreſſus, ut Dialectici dicunt, a privatione ad habitum; & conſequenter reſpondit Pap. eum ſervum non poſſe pervenire ad libertatem, quia ei relicta eſt a gradu ſubſtitutionis, & a ſemetipſo, ut ſublato eo gradu per aditionem plane ſit neceſſe etiam extingui libertatem. Et alia eſt ratio *l. 2. de manum. teſt.* quia in ejus legis ſpecie ſervo ſubſtituto vulgariter, libertas relicta fuit: & a primo & a ſecundo gradu, ideoque licet repellatur a ſecundo gradu, h. e. a ſubſtitutione vulgari, tamen non repellitur a libertate, ſed ad eam pervenit ex primo gradu, quia utroque relicta fuit. At in propoſito caſu fuit tantum relicta libertas a ſecundo gradu, & ideo aditio minoris, qui adivit ex teſtamento, ex inſtitutione, excluſit ſervum tam hereditate, quam libertate. Excluſit

etiam legitimum heredem, quia ubi extitit heres ex testamento, removetur legitimus. Consequens est igitur, ut in proposito casu fiscus vocetur ad ea bona, tanquam vacantia, ut in *l. ult. de success. edic.* Ad hoc quoque responsum vellicat Ulpianus, dicens non esse per omnia verum, esse partim verum, partim falsum. Nam in proposito casu, si hereditas solvendo non sit, & ideo periculum sit, ne bona veneant a creditoribus defuncti nomine, quod olim defuncto irrogabat infamiam (id est certissimum, ex oratione pro Quintio, & ex Instit. duobus aut tribus locis) ex rescripto Divi Pii, & Anton. servum substitutum minori etiam post aditionem minoris, qui postea se abstinuit, vocari ad hereditatem jure singulari, famæ defuncti conservandæ causa: ne scilicet, nullo existente herede, nempe excluso servo substituto aditione instituti ipso jure, & pariter excluso legitimo herede, & fisco utique non vindicaturo hereditatem, quæ non est solvendo, ne bona veneant defuncti nomine, sed servi potius nomine: vocari servum non tam ex substitutione, quæ expiravit ipso jure, quam ex illo rescripto: sicut ex Novell. Justiniani, *de hered. & Falcid.* alio casu jure singulari post aditionem substitutus vocatur. Et fit igitur servus ille liber, & heres veluti ex testamento, quia rescriptum illud heredem facere potest. Princeps heredem facere potest, & vere facit, tanquam ex testamento, sed reipsa non magis hereditatem quam infamiam consequitur, ut ait *l. 3. C. Theod. de inoffic. test.* quoniam servi nomine bona veneunt, atque ita servus infamabitur, idemque liber nuper factus. Et sane a responso Papiniani hic casus excipiendus est, ergo huic responso non est locus aliter, quam si solvendo sit hereditas. Locus est elegantissimus: cetera sunt facilia.

Ad L. XX. de Minorib.

Papinianus lib. 2. Responsor. ait: exuli reverso non debere prorogari tempus in integrum restitutionis statutum: quia abfuit, cum potuerit adire prætorem per procuratorem. Nec dixit, vel præsidem ubi erat. Sed quod idem dicit, & indignum esse propter irrogatam pœnam, non recte. Quid enim commune habet delictum cum venia ætatis? si quis tamen major 25. annis intra tempus restitutionis statutum contestatus postea destiterit: nihil ei proficit ad in integrum restitutionem contestatio: ut est sæpissime rescriptum.

IDem ex eodem libro citatur in *l.29. eod.* in hac specie: minor 25. annis circumscriptus in negotio aliquo, deinde ex delicti caussa relegatus in exilio consumpsit legitimam ætatem, & tempora petendæ restitutionis in integrum: Quæritur, an reversus ab exilio possit restitui in integrum post tempora petendæ restitutionis in integrum, ob id, in quo circumscriptus fuit ante relegationem, prorogato ei tempore restitutionis in integrum, quo affuerit? (ut Florentiæ scriptum est prisco more, *affuit* pro *abfuit*, quod non intellexit Accursius, & ita in *l. curator, de tut. & cur. datis*, curator pupillo dari potest, si tutor ejus *affuerit* pro *abfuerit* sine dubio,) Respondet autem Papinian. non posse eum restitui in integrum redeuntem, hac ratione, quæ etiam proponitur in relegato in *l. sed etsi per procuratorem*, §. 1. *quib. ex caus. major.* quia imputatur relegato, cur non intra tempora petendæ restitutionis in integrum per procuratorem eam petierit a Prætore: nam relegatus potuit facere procuratorem ad petendam restitutionem in integrum, cur non fecit? Per procuratorem eam obtinuisset a Prætore; non adjecit a Præside, ubi erat, ubi pœna fungebatur. Et recte hoc non adjecit, nec reprehenditur, ut Glossa existimat ab Ulpiano, quia hoc non adjecit, quia nec potuit a Præside provinciæ, in quam relegatus erat impetrare restitutionem ex negotio gesto in urbe, & non in ea provincia: ergo non dixit ei imputari, qui non petierit restitutionem a Præside provinciæ, in quam relegatus erat, sed quod eam non petierit sibi dari in urbe ipsa, & civitate quam retinuit a Prætore per procuratorem suum. Verum Papinianus addit aliam rationem; quia indignum est, eum restitui propter pœnam exilii ei irrogatam, quod scilicet in exilio consumpserat tempus petendæ restitutionis. Hanc secundam rationem reprehendit Ulpianus: quia causa restitutionis separata est a causa pœnæ: & non obstat ullo modo altera alteri, sed causæ restitutionis obstat sola temporis præteriti ratio.

Ad §. Papinianus L. VIII. de Inoff. test.

Papinianus libro 2. Respons. ait, contra veterani patrisfamilias testamentum, esse inofficiosi querelam, etsi eu sola bona habuit, quæ in castris quæsierat.

IN hoc §. ex libro 2. Responsor. Papiniani refertur, quod est facillimum; primo, contra testamentum veterani patrisfamil. in quo exheredavit filium, posse filio exheredato dari querelam inofficiosi testamenti, etiamsi is veteranus habuerit tantum bona castrensia, de quibus sit testatus jure communi, non jure militari intra annum missionis, quod est certissimum. Et caute ait: *veterani patrisfamil.* Nam contra filiifamil. testamentum, qui testatus est de castrensi peculio non daretur querela inofficiosi testamenti, *l. ult. C. eod. tit.*

Ad §. Unde ead. l.

Non male Papin. lib. 2. responsor. refert, si heres fuit institutus, & rogatus restituere hereditatem: deinde in querela inofficiosi non obtinuit: id quod jure Falcidiæ potuit habere, solum perdere.

ESt etiam facile; quod est in §. *unde*, qui egit querela inofficiosi testamenti, & non obtinuit, perdit id omne, quod ex testamento ferre potuit jure legati, aut fideicommissi, vel jure Falcidiæ, vel alio modo ut in §. *meminisse*, *ead. l.* Finge, filium fuisse heredem institutum, & rogatum post mortem patris restituere hereditatem L. Titio: est institutus, sed nihilominus agere potest querela quasi exheredatus, quod mox rogatus sit hereditatem restituere alteri: Et forte non sufficiet Falcidia legitimæ portioni. Finge, fuisse heredem ex parte tantum, & rogatum partem restituere confestim, & ideo egisse querela adversus fideicommissarium, quod eum posse probat *l. 1. C. de inoff. testam.* sed non obtinuisse, quid fiet? Perdet ne Falcidiam? sic videtur, ut in *l. 5. §. pen. de his, quib. ut indig.* perdet Falcidiam, ut nihil ferat ex testamenti causa, ex testamento, qui testamentum in vanum accusavit & quantum in ipso fuit, evertit. Dodrans autem servabitur fideicommissario, nec cedet fisco, non fiet hæc injuria fideicommissario, ut ei fiscus auferat dodrantem, sed fiscus aufert tantum filio, qui non obtinuit quadrantem, id est, Falcidiam, ut indigno.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIA

In Lib. III. Responsorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXVIII. de Procur.

Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur: invito procuratore dominus petere potest. (*)

HUJUS legis est unus tantum versus, maxime tamen operosus. Primum enim, quia in Basilic. *lib. 8. tit. 2.* sententia hujus legis negative concipitur hoc modo: *Quod procurator ex re do-*

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. cap. 9. lib. 1.*

domini non refragante mandato stipulatur; invito procuratore, dominus petere non potest; videndum est, utra sit verior, negativa an affirmativa. Etiam videndum est, quid sit ex re domini stipulari; & cur adjecta sint illa verba, *non refragante mandato*: & procurator, qui proponitur stipulatus aliquid ex re domini, utrum sibi sit stipulatus an domino? an quidquam intersit sibi, an domino stipulatus sit? ac præterea videndum est, quo referantur, quidve significent illa verba, *invito procuratore*? Prima & principalis quæstio, quæ profligabit ceteras omnes, est de veritate scripturæ, quoniam non affirmative, ut vulgo, sed negative legitur in Basilicis: *Invito eo dominus petere non potest*, his verbis, ἄκοντος αὐτȣ͂ ἀπαιτεῖν ὁ δεσπότης ȣ̓ δύναται. Pro negativa facit omnino *l. possessio quoque, §. ult. de acquir. poss.* quæ de procuratore loquitur, qui rem emit ab aliquo mandato aut voluntate domini, nec distinguit ex pecunia domini emerit, an pecunia sua vel aliena; ergo loquitur etiam de procuratore, qui rem emit ex pecunia domini, ut fit plerumque, ex re domini, & stipulatus est duplam evictionis nomine; & tamen lex ait, re evicta actionem evictionis contra venditorem domino non dari invito procuratore: utitur iisdem verbis idem auctor, re evicta actionem ex stipulatu de dupla non dari domino invito procuratore, hoc est, sine cessione procuratoris, ut ipsa lex interpretatur: Ceterum cogitur eam cedere per actionem mandati, & tamen eam actionem procurator paravit ex re domini, id est, ex pecunia domini empta re, & paravit sibi, atque quæsivit eam actionem, quia emit sibi: alioquin si domino emisset, nihil egisset *l. multum, C. si quis alt. vel sibi*: quia si domino emisset, neque sibi emisset, quia noluit sibi emere, & cessat voluntas ejus, qua cessante sibi non emisset, nec domino jure prohibente, quia alteri liber homo emit inutiliter: & quod ait *d. l. multum*, ei est simile, quod proponitur in *l. si genero, C. de jur. dot.* Pro negativa etiam facit, quod si ex re domini parata actio procuratori domino competit invito procuratore, semper per procuratorem domino acquirerentur actiones: quia quicquid procurator gerit, id omne consistit in re domini, in administratione rerum domini: & nihil interest, ex re dicatur, an in re, *ut l. homo liber, §. 1. de acq. rer. dom.* & Græci hoc loco, ἐν τοῖς πράγμασι τȣ͂ δεσπότȣ, At regula juris est: Per procuratorem non semper nobis acquiri actiones, *l. 72. h. t. non semper*: hoc est plerumque non acquiri, ut in *l. solutum §. per liberam, de pig. act.* Initio ait, *per liberam personam, veluti per procuratorem plerunque non acquiri actionem*: & in fine, *non semper adquiri actionem*, sicut etiam in *l. 5. C. de cont. stip. non semper ex nuda pactione actionem nasci*, quæ regula juris esse dicitur in *l. jurisgentium, de pact.* Regulæ juris constituuntur ex iis, quæ fiunt plerunque, ἐπὶ τὸ πλεῖστον. Tertio loco confirmatur etiam negativa hoc argumento: jure singulari receptum est utilitatis gratia, propter crebrum & necessarium usum creditæ pecuniæ, propter quam, & pleraque alia singularia recepta sunt in credita pecunia, ut ait *l. singularia, de reb. cred.* ut scil. ex causa creditæ pecuniæ indistincte, sive ea pecunia fuerit domini sive procuratoris, ut patet ex *l. 126. §. Chrysogonus, de verb. oblig.* ut inquam, ex ea causa domino ipso jure sine ulla cessione, ut ait *l. 2. C. per quas pers. nob. adq.* ut inquam, ex ea causa domino ipso jure sine cessione procuratoris eo invito acquiratur actio creditæ pecuniæ, si modo ejus nomine credita sit: ipso jure dominus invito procuratore habet actionem creditæ pecuniæ si certum petetur ex numeratione, sive condictionem ex mutui causa; ergo jure communi si nomine suo non domini procurator pecuniam domini det mutuam, vel etiam si ex alia causa procurator ex pecunia domini sibi quærat actionem non domino; ea domino sine cessione procuratoris & mandato non competet, *d. §. Chrysogonus*, At specialiter etiam ea negativa confirmatur ex eod. *§. Chrysogonus*. Nam ex illo §. patet, etiamsi libertus rem agens patroni sui, patroni mutuam pecuniam dederit & stipulatus sit, patrono eam pecuniam reddi, neque patrono acquiri actionem ex stipulatu, quia alteri liber homo stipulatur inutiliter, qua-

A lis est libertus, qui juri nostro subjectus non est, neque bona fide nobis servit; neque acquiri liberto actionem ex stipulatu, qui non sibi est stipulatus: denique stipulando patrono nihil egit, vel etiamsi libertus stipulatus sit, ut ille §. ponit, in usuris, quas ait libertum sibi stipulatum videri, hoc casu patrono sine cessione liberti non datur actio ex stipulatu. Ceterum libertus compelli potest, ut eam cedat per actionem mandati, ut in *l. possessio quoque, §. ult.* At sine cessione ex stipulatione procuratoris sibi facta, dominus suo jure nullam actionem habet, etiamsi ejus pecunia fuerit, quam negotiatus est libertus. Denique ille §. ostendit, ex re domini sibi liberto stipulante invito patrono, non dari actionem, & quod ille §. ait de usuris, id confirmat exemplum, quo utitur Glossa hoc loco, dum stipulari ex re domini interpretatur stipulari fructus vel usuras ex re domini: fructus veluti partem fructuum, vel certam pensionem locato prædio domini patrono partiario, vel constituta pecuniaria mercede, certoque pretio (alii enim colunt nummis, alii colunt parte frugum locatori data, qui dicuntur coloni partiarii) vel etiamsi stipuletur usuras pecunia domini fœnori occupata, ut vult Accurs. si stipulatur ex re domini. Et usurarum exemplum, ut dixi, confirmat ille *§. Chrysogonus*. Confirmare etiam Theoph. videtur in *§. de iis, Inst. per quas personas nobis acquir.* Bartolus hoc loco male rejicit illud exemplum usurarum, quod ex pecunia domini usura non proveniat: non provenit quidem pecuniæ usura natura, *l. si navis, de rei vindic. l. usura, de verb. signif.* Quia pecuniam pecunia naturaliter non generat; qua ratione Aristoteles dicit, usuram esse contra naturam; sed provenit usura tamen jure obligationis, & quasi fructus reditusve pecuniæ est, *l. 3. de usufr. ear. rer. l. alumno, de alimen. leg.* Ergo recte dices, ex re domini stipulari procuratorem, qui credita pecunia domini stipulatur usuras, quia usuræ pecuniæ fructus esse intelliguntur jure civili. Addamus etiam alia argumenta, ne videamur temere illam negationem admittere. Confirmatur belle negatio in libris Basil. ex eo quod, ut ex re mea mihi liber homo acquirat actionem, quam sibi ut quæreret satagit nominatim, hoc tantum receptum est jure civili in libero homine, qui mihi bona fide servit, qui se putat esse servum, me etiam existimante eum esse servum, qui quod stipulatur sibi ex re mea, mihi acquirit. Et hoc constitutum est, ut ait *l. justo, de usurp. & usucap.* in eo tantum homine, qui bona fide nobis servit, adeo ut nec per liberum hominem, quem filium meum, & in mea potestate esse existimo, mihi ex re mea acquiratur actio, *l. per eum, in princip. de acquir. possess.* & ratio explicatur in *d. l. justo*, cur per liberum hominem, quem possidemus ut servum, acquiramus ex re nostra, & tamen per liberum hominem, quem possidemus, ut filiumfamil. non acquiramus ex re nostra. Unde restat & per procuratorem meum non acquirere me actionem ex re mea. Et postremo cum negationem corroborem tot testimoniis, & argumenta adfirmativa nuda sint, & destituta omni adminiculo, dicamus veriorem esse negationem. Et, ne qua dubitatio redeat, legem hanc esse accipiendam de procuratore, qui ex re domini stipulatur partem fructuum locato fundo domini, vel qui stipulatur usuras, credita pecunia domini, vel qui vendita re domini, stipulatur pretium dari sibi soli, ut *l. liber homo, §. ult. de stipulat. serv.* vel qui pecuniam domini mutuo dat suo nomine, & sibi reddi stipulatur. De procuratore igitur hanc legem loqui dicamus, qui ex re domini stipulatur, non refragante mandato, hoc est, etiamsi si hoc faciat voluntate domini vel mandato: ut scilicet, id, quod stipulatus fuerit, volente domino ex re domini, dominus invito procuratore, id est, sine cessione actionis ex stipulatu petere non possit. Ex quo etiam apparet (*) loqui Papinianum de procuratore, qui sibi stipulatus est ex re domini, alioquin non posset cedere actionem, & cessionis significatio inest illis verbis *invi-*

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 9.*

to procuratore: atque ideo non loqui Pap. de procuratore, qui domino stipulatur. Multum enim interest domino stipuletur, ut custodite ait *l. 3. C. de contrah. stipulat.* an sibi stipuletur etiam ex re domini. Nam si domino absenti stipuletur, nihil omnino agit, ut ait *l. 3. C. de contrah. stipul. l. 3. C. de inutilib. stip.* Quoniam si præsenti stipuletur, præsens ipse stipulatus videtur, & valet stipulatio, eique actio competit quasi ex suo stipulatu, ut diximus in *l. quod statulib. de mort. caus. donat.* Alioquin qui domino, licet ex re domini, absenti stipulatur, nihil omnino egit, & prorsus inutilis stipulatio est, *l. quæcunque, de obl. & act.* exceptis casibus certis; quibus ex æquitate datur domino utilis actio; quos adnotare hoc loco non est necesse, quoniam tota quæstio est de procuratore, non qui domino stipuletur, sed qui sibi stipulatur. Procurator etiamsi stipulatur ex re domini, & voluntate, jussu, mandato domini absentis, non nihil agit, quia sibi acquirit actionem, eamque domino cedere debet, & præstare cogitur actione mandati; alioquin domino ipso jure, neque directa, neque utilis competit actio procuratore stipulante sibi ex re domini. Et hoc quidem regulariter verum est, & hæc etiam lex habet formam, & speciem regulæ; sed quidam sunt casus, quibus & sine cessione domino competit actio utilis causa cognita, etiamsi sibi procurator stipulatus sit, si stipulatus sit, ut fit, ex re domini, ut servatur in omnibus stipulationibus Prætoriis utilitatis causa, quoniam eas plerumque interponimus per procuratorem, veluti stipulationem judicatum solvi, vel de rato, vel damni infecti. *In prætoriis stipulationibus*, inquit *l. 5. de præt. stip.* (cujus pars est *l. damni §. ult. de damn. inf.*) *non ergo in conventionalibus, sed in Prætoriis hoc observatur*, inquit, *contra regulam juris, uti causa cognita non passim domino detur utilis actio*, licet procurator suo nomine stipulatus sit; idque probat *l. in causa, §. ult. & l. seq. h. t.* Additur etiam alius casus in *d. l. 5. de præt. stipu.* cum scil. dominus ex contractu procuratoris ad exemplum institoriæ actionis, tenetur actione ex contractu, licet sibi contraxerit procurator, & sit procurator solvendo, nam cum is procurator veluti institor est, ex contractu ejus, omisso procuratore, ei, qui cum eo contraxit, est utilis actio institoria in dominum, quam exposui ante lib. 1. in *l. liberto, in prin. de neg. gest.* Hoc vero casu æquum est, ut etiam ex contrario domino detur actio utilis in eos, qui cum procuratore contraxerunt, maxime si procurator non sit solvendo, h. e. si rem a procuratore servare non possit, ut in *l. Julianus, §. si procur. de act. emp. l. 1. in fi. & l. 2. de inst. act.* Est etiam tertius casus singularis, si procurator militis, pecuniam militis mutuam det, & sibi reddi stipuletur, nam receptum est favore militiæ, ut & sine cessione militi competat actio utilis creditæ pecuniæ, *l. si pecuniam, de reb. cred.* sicut in tutore & curatore est receptum favore minorum, ut si pecuniam pupilli crediderint & sibi stipulati sint, vel si ex pecunia pupilli sibi emerint fundum, ut pupillo detur repetitio creditæ pecuniæ etiam invito tutore vel curatore, sine ulla cessione, vel utilis vindicatio rei emptæ sua pecunia, *l. 2. quando ex fact. tut.*

Ad L. XXXII. de Neg. gest.

Fidejussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam ejus non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit: Et utramque pecuniam creditori solvit existimans indemnitati suæ, confusis prædiis, consuli posse. Ob eas res judicio mandati frustra convenietur, & ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit. In qua lite culpam æstimari satis est, non etiam casum; quia prædo fidejussor non videtur; creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur.

SUnt in hac lege duo responsa Papin. quorum primo adjungemus aliud ex eod. lib. quod est in *l. 2. inf. de pignorib.* secundo adjungemus aliud ex eod. lib. in *l. 25. depos.* In ponenda specie primi responsi interpretes nullo modo inter se conveniunt: aliam speciem ponit Paulus Cast. aliam atque aliam incertus atque inconstans Odofredus, ceteri quique suam, nec ulli eam tenere videntur, propterea quod nec verba ejus legis tenent, quod apparet potissimum in illis verbis; *Confusis prædiis*, quæ sic Paulus interpretatur, *retentis prædiis, repetitis*, quod, quis non rideat? alii, *confusis prædiis*, id est, *confuse obligatis*; alii *confusis prædiis*, h. e. *confuse liberatis & repignoratis*. Species verissima hæc est: Creditor, cui debebat quidam pecuniam ex duobus contractibus sub diversis pignoribus vel hypothecis prædiorum, in unum tantum contractum fidejussorem accepit, non in utrumque contractum. Dico eum fidejussorem accepisse in unum contractum, non in utrumque. Pignora autem singula, sive prædia singula pignori accepisse in singulos contractus, non eadem in utrumque contractum: nam si eadem prædia pignori creditor accepisset in utrumque contractum, fidejussor conventus non posset ulla pignora in se transferre, aut compellere creditorem, ut in se transferret, nisi soluta utraque pecunia, quia in utramque pecuniam eadem pignora tenentur creditori, & ita est proditum in *l. 2. C. de fidejuss.* At si singuli contractus sua habuere pignora, potuit fidejussor soluta pecunia, in quam fidejussit, ejus contractus pignora ad se traducere, non soluta altera pecunia, in quam non fidejussit, & ita debuit versari in illo negotio, quia fidejusserat in unum contractum tantum, debuit solvere pecuniam ex eo contractu debitam, atque ita ad se traducere pignora ejus contractus, de altero contractu, aliisve pignoribus non curare. At, ut ponitur in hac l. fidejussor imperitia lapsus, ex utriusque contractus causa, quamvis in utrumque non fidejussisset, utramque pecuniam solvit creditori, atque ita utriusque contractus pignora, utraque prædia a creditore suscepit titulo emptionis, ut fit, *l. 2. l. 5. §. ult. de distrah. pign.* In quo fuerit imperitia lapsus, valde diligenter quærunt interpretes, non animadvertentes Pap. ipsum, in quo ipse fidejussor fuerit imperitia lapsus, solvendo utramque pecuniam, & liberando utraque pignora, satis demonstrare, dum ait, *existimans indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse*; in quo est imperitia lapsus, aut cur est imperitia lapsus? Quia, inquit, existimavit indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse: non erravit in facto, ut quidam volunt, non ignoravit, se in unam tantum causam fidejussisse, non in utramque, sed minus perite suæ indemnitati prospexit, dum existimavit, sed id quod solveret creditori melius servare posse, confusa ratione utriusque pecuniæ, & utriusq; hypothecæ, & utrisque prædiis communi calculo subjectis, quam discrete & separatim habita ratione contractus & hypothecæ cujusque. Imperite: quia non potuit confundere & commiscere diversorum contractuum causam. Itaque quod solverit creditori suo nomine ex contractu in quem fidejussit, id ex pignoribus tantum ejus contractus sibi servare poterit per vindicationem, & retentionem eorum pignorum, quasi in locum creditoris successerit, non etiam per vindicationem, aut retentionem pignorum alterius contractus, quæ in eam causam non tenerentur: quod autem solverit ex altero contractu, in quem non fidejussit, id neque poterit servare ex pignoribus ejus contractus, in quem fidejussit, quia in hanc causam obligata non sunt, neque ex pignoribus ejus contractus in quem non fidejussit, quia tametsi soluta pecunia ex eo contractu debita, in quem non fidejussit, pignora titulo emptionis acceperit, ut posuimus, ea tamen ut extraneus quilibet emptor accepit. Et alius quidem extraneus emptor ea teneret jure dominii, quasi empta a creditore jure conventionis, vendente pignora jure suo; quoniam hoc casu evenit, ut docent Inst. ut qui non est dominus pignorum, puta creditor, transferat dominium eorum in emptorem. At ipse fidejussor, neque ea pignora jure dominii tenebit, quia non tam adquirenti dominii causa emit, quam ut suæ indemnitati con-

confusis prædiis consuleret, neque tenebit etiam ea jure pignoris, quia ut extraneus emit, cum ei non debuissent ea pignora esse curæ, propterea quod in eorum causam non fidejusserat, & extraneus emptor pignorum tantum abest, ut succedat in pignus, id est, in jus pignoris, ut solvat potius & extinguat pignus: denique extraneus emptor, aut in dominium succedit, aut nullo jure succedit. Igitur fidejussor neque caute, neque perite consuluit sibi, qui utraque pignora redemit soluta utraque pecunia ut confusis & commixtis utrisque pignoribus alia aliis subsidio essent servandæ fidejussori indemnitatis causa, quod fieri nequit, quia non potest fidejussoris arbitrio confundi, quod divisit, & distinxit conventio contrahentium, unde nec actione mandati contraria potest fidejussor sibi servare solutam pecuniam ex contractu, qui personam ejus non contingebat, hoc est, in quem non fidejusserat, nec mandatum ei erat, ut fidejuberet, quia res ea extra causam mandati est; extra negotium mandati, quod est gestum inter eum & debitorem, qui ei mandavit, ut fidejuberet in unum contractum tantum, non in utrumque, ut unius contractus tantum esset sponsor non utriusque, ut de uno contractu curam susciperet, non de utroque. Et similiter cum eo fidejussore debitor eadem ratione, oblata ea pecunia, non potest agere mandati directo judicio, ut ea pignora recipiat, quæ fidejussor ultro redemit, cum ejus contractus onus fidejussorem non respiceret; denique quantum attinet ad eum contractum, ejus nomine fidejussor non intercessit, frustra cum fidejussore agit mandati, frustra agitur inepta actione & incongrua, inepta actio inanis est. Et utique in hac causa, quia cessat mandati actio ultro citroque, utique est necessaria actio negotiorum gestorum, ut ait; debitori, quia negotium ejus est, ut pignora ejus contractus recipiat oblata pecunia fidejussori, quam ultro solvit creditori, negot.gestor.actio utrique necessaria est, debitori, ut pignora servet: fidejussori autem, ut pecuniam, quam ex causa ejus contractus solvit ultro recuperet a debitore. Potest tamen dici, fidejussorem habere retentionem pignoris, non tanquam pignoris jure, ut ante docui, sed per exceptionem doli mali, quod cui datur actio neg.gestorum, multo magis sit danda exceptio, ut *l.invitus*, §.1.*de reg. jur.* Nam & si quis sola amicitia ductus pignora amici sua pecunia liberaverit, neque eorum dominium, neque in eis jus hypothecæ adipiscitur, sed pecuniam, qua solvit pignora repetere potest actione neg.gestorum, vel si pignora possideat, exceptione doli se defendere, ut non ea restituat debitori, antequam pecunia, quæ ea liberavit, ei restituta sit, *l.res*, C.*de pignor.l.*1. *quibus mod. pign. vel hypot.* In actione autem neg.gest. qua fidejussor convenitur, ait Pap. fidejussorem culpam præstare, si culpa ejus ea pignora perierint, negotiorum gestorem, non tantum dolum, sed etiam culpam præstare, *l. si negotia*, *h. t.* fidejussor ergo conventus actione directa neg.gest. ut ea pignora reddat, si perierint culpa ejus, condemnabitur in æstimationem litis, quia in hoc judicium negot.gest. venit culpa, sed non venit etiam casus fortuitus, casus improvisus, casus major. Itaque hic fidejussor culpam quidem præstabit, sed non casum fortuitum, quia est possessor bonæ fidei, qui stulte & imperite existimavit, suæ indemnitati consuli posse, confusis utrisque pignoribus: stultitia est imperitiave, non mala fides. Malæ fidei possessor præstabit etiam casum fortuitum, ut *l.6.§.etsi quis*, *h.t.* Et hoc est, quod ait Pap. fidejussorem non præstare casum fortuitum, scilicet, quia prædo fidejussor non est. Imperitus est, non prædo, id est, malæ fidei possessor. Et hæc quantum attinet ad pecuniam & pignora ejus contractus, qui personam ejus non contingebat. Sed quantum attinet ad pecuniam & pignus ejus contractus, qui personam ejus contingebat, hoc est, in quem fidejusserat, non est dubium esse ultro citroque mandati actionem, *l.si mandavero*, §.1. *mand.l.*1.C.*de dolo*. Ubi *de dolo*, hoc est, mandati, cui, cum sit bonæ fidei, ut omni actioni

A bonæ fidei, inest actio & exceptio de dolo; quod ita esse accipiendum perspicue docet *obs.3.cap.37.* Sed addatur etiam hujus rei comprobandæ gratia, *l.2.de pignor.* quæ est ex eod. ubi ait: *fidejussorem teneri mandati qui solvit pecuniam, atque ita pignora suscepit, & in hanc actionem mandati etiam venire culpam*, sicut ante dixi eam venire in actionem neg.gest. Adjicit autem Pap. in hac lege: Creditorem, qui jus pignorum vendidit, ut initio posuimus, non teneri debitori pigneratitia actione, ut pignora ei restituat: cum ei omnis pecunia soluta sit a fidejussore, quia suo jure ea vendidit, atque ita suum recepit; non teneri etiam ea actione pigneratitia fidejussorem, qui pignora emit, sed mandati tantum ut ea pignora restituat. Idem Pap. eodem libro scribit in *d. l. 2.* quia, cum dixisset, fidejussorem B teneri actione mandati reo principali, & in eam actionem venire culpam, exemplo creditoris, inquit, conventi, scilicet pigneratitia actione, cum pignora non vendidit, & offertur ei omnis pecunia, *l.sicut*, *C.de pignor.* Subjicit non etiam exemplo creditoris fidejussorem teneri pigneratitia actione, licet in locum ejus successerit, quia hæc non est successio universi juris veluti hereditas, sed successio in rem tantum & speciale jus pignoris, quæ est sententia dictæ *l.2.*

Ad §. Ignorante.

Ignorante virgine mater a sponso filiæ res donatas suscepit, quia mandati vel depositi cessat actio: negotiorum gestorum agitur.

C

Species hæc est in §. ult. hujus legis. Sponsus matri virginis sponsæ, ignorante virgine, res, quas ei donabat pro munere sponsalitio, tradidit matri puellæ: puella cum matre non agit actione mandati vel depositi, ut munera sponsalitia sibi reddat, quia nullum tale negotium intercessit inter filiam & matrem: & nihil ageret, inepte ageret, atque adeo frustra ageret in matrem mandati, quia non mandavit, ut ea munera acciperet a sponso; frustra etiam depositi ageret, quia non ea filia deposuit apud matrem, sed recte ageret neg.gestorum, quia mater negotium ignorantis virginis gessit suscipiendo munera sponsalitia. Neque obstat huic responso *l.25.depos.* quæ dicit: *Patrem, qui ea munera susceperat de manu sponsi, puellæ emancipatæ teneri actione* D *depositi, ut ea restituat*; Non obstat, cum sit conjungenda cum hoc §.ult. quia ea est ejusdem ex eodem libro, sed dicta l.25. est accipienda de filia, eademque sponsa, qua sciente & præsente patre sponsalitia munera ei oblata accepit de manu sponsi die sponsaliorum, vel post eum diem: videtur enim filia, quæ præsens erat, patri ea munera dedisse in depositi causam, cum ea dedit patri sponsus nomine sponsæ, præsente sponsa, ut in *l.quod statuliber*, *de mort. causa donat.* Vis videre, quam fuerit præsens puella & sciens? Lex ait, res fuisse oblatas puellæ. Offerimus tantum præsenti, ceterum fuisse traditas patri, tanquam, ut præsumimus, in depositi causam, & ideo heredem patris filiæ teneri ait, non tantum ad exhibendum, ut ea munera exhibeat filiæ vindicaturæ, sed etiam actione depositi, quia fuisse de- E posita apud patrem intelliguntur. Hæc enim verba *l.25.* *heres ejus, ut exhibeat, recte convenietur etiam actione depositi*; sic Græci recte interpretantur, ut heres patris non tantum teneatur ad exhibendum, sed etiam depositi.

Ad L. XLV. de Judic.

Argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet: nec in hoc dilationem, nisi ex justa causa dari, ut ex provincia codices adferantur. Idem in actione tutelæ placuit.

Hujus legis duæ sunt partes, utraque probatur, ibi quemque conveniri posse, ubi contraxit, etiamsi domicilium ibi non habeat. In prima parte sic ait: *Argentarium, ubi contractum est, &c.* in qua parte comparat

argen-

argentarium tutori, actionem tutelæ, qua tutor tenetur, actioni in factum, qua argentarius tenetur ex edicto Prætoris: uterque, ut actus sui & administrationis rationem edat reddat; utriusque officium est publicum & virile, non muliebre, ut de officio tutelæ scriptum est in §. 1. *Instit. de excus. tut. l. 16. de tut. & rat. distrah.* & de officio argentarii in *l. argentarius*, §. 1. *& l. pen. de eden. l. si ventri*, §. *in bonis*, *de rebus auct. jud. poss.* officio tutoris incumbit, ut actus sui rationes diligenter conficiat, & pupillo edat finita tutela: ceterum, si eas non exhibeat, pupillo hoc nomine tenetur actione tutelæ. Edere rationes actus sui est exhibere librum rationum, & tutelam restituere, indemnemque pupillum præstare, *l. 1. §. officio, de tut. & rat. distrah. l. quidam, de eden. l. Lucius Titius §. tutelæ, de administr. tut.* Officio etiam argentarii sive trapezitæ incumbit, cum soleat non sine magno quæstu, multorum sæpe pecunias tractare, & cautiones, & rationes nummarias sane omnium, qui fidem ejus quasi publicam sequuntur (nam fides mensæ argentarii, fides publica est) officio, inquam, ejus, incumbit, ut rationes actus & professionis suæ diligenter conficiat, ut perscribat quas, cujus pecunias, qua die, quove Consule dederit, erogaveritve fœnori occupando vel alio modo, quas item acceperit, quas crediderit, quas obligarit nomine facto, hoc est, contracta obligatione nominis, quæ præcipue contrahebatur cum argentariis apud mensam in foro, ubi argentarii tabernas positas habebant: & inde *l. si plures, de pact.* argentarii, inquit, quorum nomina simul facta sunt, hoc est, cum quibus simul contracta est obligatio nominum: quæ species erat obligationi literarum, sive scripturæ mensæ; ad quam obligationem nominum refero, *l. non figura verborum, de oblig. & act.* quoniam est ex Pauli 3. ad edictum, quo tractavit de hac obligatione nominum, quam ait non tam figura verborum contrahi, aut non tam scriptura contrahi, quam oratione, quam exprimit scriptura, ut plenissime eod. libro tractavit de rationibus argentariorum sive mensariorum & trapezitarum. Incumbit officio argentarii, ut perscribat, quas pecunias solverit, quas receperit, sive constituerit se soluturum pro alio, & ut eas rationes edat iis, ad quos pertinent, hoc est, quos earum rationum contextus maxime contingit, ut eis instruant se, & tueantur causam suam quam habent, vel cum ipso argentario vel cum aliis. Hoc incumbit igitur officio argentarii, quod si non præstat, & maxime, si decernente Prætore, ut edat rationes, postulanti morem non gerat, si eas non edat, aut si malitiose & perperam edat, in eum datur actio in factum ex edicto Prætoris de edendo, per quam demnatur, quanti interest actoris, ratione sibi editas esse. Et hæc omnia probantur aperte in *l. 4. l. 6. §. rationem, & §. ex hoc edicto; l. 9. in princip. §. nummularios, l. 8. §. 1. l. argentarios, §. cum autem, de eden.* At, ut in aliis perseveremus, confert inter se argentarios & tutores, si plures tutores simul administrarunt tutelam, omnes debent rationes edere actus sui, aut unius editioni subscribere: Idem placet in pluribus argentariis, qui tractarunt rationes ad alios pertinentes voluntate eorum, *l. 6. h. t. de eden.* Item tutor, ibi ubi tutelam gessit conveniri oportet tutelæ judicio, *l. heres, §. 1. h. t. l. neque, §. ult. de procurat. l. 1. C. ubi de rat. ag.* & ut eleganter Theodosius Imperator in Novel. 2. *de amota militantibus fori præscriptione*, ait, veteres leges specialiter fori præscriptioni contractus & negotia gesta & delicta subtrahere, hoc est, non utitur suo foro, non utitur privilegio sui fori, qui in alieno foro contraxit, in aliena provincia, aut negotia gessit alterius, aut in ea deliquit delictum aliquod. Et hoc est, quod dicunt vulgo, nos sortiri forum ratione contractus vel quasi contractus, vel delicti. Unde si Senator populi Romani in provincia contraxerit, ex eo contractu, in ea provincia conveniri potest, *l. interdum, §. ult. hoc tit.* Alioquin reiicitur in urbem, in qua domicilium dignitatis habet, *l. pen. de Senatuscons.* Marcus Tullius 13. Epistol. ad fam. *feceris mihi pergratum, si eos, quando cum Senatore res est, Romam rejeceris.* Item legatus ex provincia missus Romam, vel quis alius pro-
A vincialis homo, si Romæ contraxerit, Romæ conveniri potest ex eo contractu, nec habet jus revocandi in domum suam, *il n'a pas droict de renuoy*, id est, non habet præscriptionem fori, *l. 3. §. omnes, l. si legationis, l. non alias, in princ. l. cum furiosus, §. ult. h. t.* Et sic tutor ibi conveniri potest, & debet, ubi tutelam administravit, atque ita quasi contraxerit cum pupillo, etiamsi domicilium habeat alibi, nec potest posita hac præscriptione fori, ad forum, judicemque suum revocare: sed ibi judicium tutelæ pati debet, ubi tutelam administravit, ibi tutelæ rationes edere pupillo & reddere. Ac similiter argentarius ubi argentariam mensam exercuit & administravit, ibi conveniri potest & compelli rationes edere per metum actionis in factum *l. 4. §. ult. de e. ten. l. heres, §. 1. h. t.* etiamsi, forte fugitans litem, dicat se ha-
B bere in alia provincia librum rationum. Neque enim hoc prætextu differendum est judicium tutelæ in tutorem, si dicat tutor, se librum rationum non habere ad manus & in promptu, in mundo ut veteres loquebantur, non esse differendam actionem in factum ideo, quod dicat se ad manum non habere rationum codices, se non habere in hac provincia, non esse hoc prætextu differendas actiones, nisi ex justa causa. Et hoc est, quod ait Pap. hoc loco, *argentarium, ubi contractum est*, hoc est, ubi argentariam fecit, & administravit, ubi hanc artem quæstuariam exercuit, conveniri oportere. *Oportere*; quia sicut, si ipse ibi conveniatur judicium recusare non potest, ubi argentariam fecit; ita nec ipse potest compelli alibi edere rationes, quam quo loco mensam habuit & exercuit, *l. 4. §. ult. de eden.* Nec in
C hoc, inquit, dilationem dari, ut ex provincia codices rationum adferantur, nisi ex justa causa cognita, ut in Basil. τῆς αἰτίας διαγινωσκομένης: idemque servari in actione tutelæ, quia plerique aut tutores, aut argentarii morandi tantum aut frustrandi causa simulant, se alibi rationes habere. Itaque animadvertere debet judex, an verum sit, eos rationes habere in alia provincia, in eam bona fide translatas, an dolo malo eas in aliam provinciam transtulerint, trahendi negotii gratia, ut si sint revera & bona fide translatæ in aliam provinciam, tum spatium eis detur, & dilatio ad eas perferendas, ut *l. 5. de eden.* Omnis dilatio datur causa cognita, pro tribunali, quod est legitimum sedile judicis, *l. 4. de dilat.* Glossa hoc loco male existimat, hæc verba Papin. *ut ex provincia codices adferantur*, esse posita pro exemplo justæ causæ, & rectius Albe-
D ricus *ex justa causa*, si codices, inquit, alio sint translati ex necessitate: ut neget Pap. ob causam perferendarum rationum ex provincia dari dilationem tutori vel argentario, nisi ex justa causa, ut puta, si in aliam provinciam ex necessitate, non dolo malo translatæ fuerint.

Ad §. Nomine pupillæ.

Nomine pupillæ tutoribus in provincia condemnatis, curatores puellæ judicatum Romæ facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit.

Species hæc est. Mater, quæ in provincia domicilium habet, Romæ mutuam pecuniam accepit, & contraxit, forte de mensa argentarii, filia pupilla ei heres extitit,
E quæ etiam in provincia domicilium habuit. Creditor, qui mutuam pecuniam dederat matri in urbe nomine pupillæ, tanquam heredis debitoris, convenit tutores ejus in provincia: actor sequitur forum & domicilium rei; est certissima regula juris, non potuit creditor eos tutores nomine pupillæ convenire Romæ, quia Romam non venerat. Et quod dicitur ibi quemque conveniri, ubi contraxit, ita verum est, si ibi inveniatur, non aliter, *l. heres, in prin. hujus tit.* Ei autem creditori, qui in provincia egit cum tutoribus nomine pupillæ, tutores condemnati sunt, deinde finita tutela, antequam puella judicatum fecisset, antequam solvisset creditam pecuniam Romæ matri suæ, & pupillæ constitutis curatoribus, si curatores ejus Romæ inveniantur, ait eos Romæ judicati actio-

actione conveniri poſſe, quia & ibi potuiſſent conveniri, ſi inventi fuiſſent, principali actione pecuniæ creditæ nomine. Nam ubi defunctus contraxit, aut heres ejus, aut nomine heredis tutores vel curatores conveniri poſſunt, *d. l. heres, in prin.* Et hæc eſt ſententia hujus §. Unde notandum eſt, condemnatum in provincia poſſe conveniri Romæ judicati actione, ſi & ibi judicari & condemnari potuit ab initio. Et ſic executio judicati in provincia fiet Romæ captis pignoribus, ut fit, ſi quæ ibi puella habuerit, nec requiritur juſſus Præſidis, qui tutores condemnavit; quia quo loco quis conveniri poteſt principali actione, ſi alio loco condemnatus ſit, conveniri etiam poteſt actione judicati. Actio judicati nihil aliud eſt, quam executio judicati; alioquin is, qui condemnatus eſt in provincia, ſi Romæ conveniri non potuit, neque judicati agi ibi potuit, vel e contrario aliquo loco agi judicati, & alibi dicta ſententia ad effectum perduci non poteſt, quam quo lata eſt ſententia, ſine juſſu ejus, qui ſententiam tulit, ut in *l. a. Divo Pio, §. 1. de re judic.* dum ait, *ſententiam Romæ dictam Præſides in provincia exequi poſſe, ſi juſſi fuerint*, inquit, hoc eſt, ſi rogati fuerint. Nam jubere, ut eſt in Panegyrico Plinii, eſt adulationis, non imperii verbum, & verbum precarium non directum: ut cum dicimus: *jubeo te ſalvere*. Non poteſt Præſes extra Provinciam ſuam pignora capere in cauſam judicati, quod ipſe judicavit; ut nec mittere creditores in poſſeſſionem aliorum bonorum, quam quæ ſub ejus juriſdictione ſunt, *l. cum unus; §. pen. de reb. auct. jud. poſſid.* ſed poteſt rogare per literas alium judicem, ſub quo ſunt alia condemnati bona, ut ea pignori capiat ſui judicati exequendi gratia. Illud eſt notandum etiam ex hoc §. quid dixi probari in utraque parte, contractus rationem ſive cauſam eſſe excipiendam a præſcriptione fori, hoc eſt, præſcriptionem fori ſive revocationem ad forum ſuum non habere eum, quia alio loco convenitur, ſi modo in eo loco contraxerit, aut quaſi contraxerit.

Ad L. XVII. de Relig. & ſumpt. fun.

Sed ſi nondum pater dotem recuperaverit: vir ſolus convenietur, reputaturus patri, qui eo nomine præſtiterit.

Sciendum eſt ei, qui mulierem funeravit ſuis ſumptibus, non donandi animo, non pietatis cauſa, ſed quaſi alienum negotium gerens, dari actionem funerariam, de recuperandis ſumptibus factis in funus mulieris. Actio eſt Prætoria, & privilegiaria, *l. pen. & ult. hoc tit., l. quæſitum, de reb. auct. jud. poſſid.* & datur hæc actio ceſſante alia actione, ut patet ex *l. ſi qui, §. Labeo ait, hoc tit.* datur, inquam, ceſſante alia actione & deficiente, ad ſimilitudinem actionis negotiorum geſtorum, *d. l. ſi quis. §. Idem Labeo, eod. in fin.* quia & negotium defuncti gerere videtur, & cum defuncto quaſi contrahere, cum eo, cui funus & juſta fecit, non cum herede ejus, ut eſt eleganter ſcriptum in *l. 1. hoc tit.* Nam ſi cum herede ejus quaſi contraheret, ſi in funerando defuncto haberet animum gerendi negotii heredis, ceſſaret hæc actio funeraria, & in heredem ei competeret actio negotiorum geſtorum, cujus contemplatione juſta defuncto fecit: ſed quia negotium potius defuncti fecit, ipſius negotium gerere videtur, & cum eo quaſi contrahere, ideo ceſſat hæc actio negotiorum geſtorum: quia hæc actio negotiorum geſtorum eſt tantum de negotiis geſtis, quæ cujus, cum is viveret, vel cum moreretur fuerunt, in qua tamen veniunt etiam ea, quæ negotiis cœptis illo vivo poſt mortem acceſſerunt, ut fructus, partus, fœtus, acquiſitiones ſervorum, *l. 3. §. hæc verba, de neg. geſt.* Non ergo, ut patet ex illo loco, eſt actio negotiorum geſtorum de negotiis, quæ poſt mortem alicujus geri cœperunt. Hoc autem negotium funeris defuncti geri cœpit poſt mortem: ergo ex eo non ipſa actio negotiorum geſtorum: ſed ad exemplum ejus neceſſe fuit ex ea cauſa inducere, & dare propriam actionem, quæ funeraria dicitur & funeratitia paſſim in hoc tit. Et in propoſita ſpecie, cum quis

A funus duxit mulieris ſuis ſumptibus, ei datur actio funeratitia, de impenſa funeris conſequenda, in eum, ad quem dos mulieris pervenit. In patrem, ſi dos fuerit profectitia, & ſupervixerit filiæ pater: in maritum ſi dos fuerit adventitia: in extraneum ſi fuerit dos receptitia, quia æquiſſimum eſt, ut ait *l. prox. ſup.* æquiſſimum viſum eſt veteribus, mulieres quaſi de patrimoniis ſuis, de dotibus funerari; quia & olim fere omne patrimonium mulierum conſiſtebat in dotibus, *l. aſſiduis, C. qui pot. in pign.*, nempe lege Voconia impediente, ne mulieres diteſcerent, & dante frœnos huic ſexui: ſicut Cato apud Livium 34. pro l. Oppia: *Date*, inquit, *Quirites frœnos impotenti naturæ, & indomito animali*: & paulo poſt: *exemplo ſimul pares eſſe cœperint, ſuperiores erunt*. Quia igitur fere omne patrimonium mulierum conſiſtebat in dotibus olim, ideo
B in hanc ſententiam itum eſt conſenſu omnium juriſperitorum, ut de ſuis dotibus funerarentur, etiam ſi alia bona habeant, etiamſi hereditatem habeant, ita ſcil. ut ſi heredem habeant, heres pro portione conferat in funus mulieris: is etiam, qui dotem ejus lucratur, ſimiliter, pro rata conferat in funus mulieris, licet non ſit heres, modo dotem lucretur, imo & cum hereditas mulieris non eſt ſolvendo, funeris impenſa non ſumitur ex inopi hereditate & minus idonea: ſed ex dote, hoc eſt, repetitur ab eo, qui dotem lucratus eſt morte mulieris, non ab herede, *l. 20. §. pen. l. 22. & 23. h. t.* Nunc finge: Dotem mulieris eſſe pro[illegible]tiam, eſſe profectam a patre, & patrem filiæ ſuperv[illegible]iſſe, extraneum mulieri funus feciſſe ſuis ſumptibus: pat[illegible]r ſi dotem recuperaverit a genero, tenetur extraneo, qui fecit impenſam funeri, funeratitia
C actione: quod ſi pater nondum dotem recuperaverit, ei maritus tenetur eadem actione, qui dotem habet, nec dum reſtituit patri, & quod eo nomine præſtiterit extraneo, reputabit patri agenti de dote, hoc eſt, repetenti dotem profectitiam judicio rei uxoriæ vel ex ſtipulatu: reputabit, id eſt, eo minus patri reſtituet ex dote, ut *l. 29. §. 1. h. t.* & hæc eſt ſententia hujus l. 17. reputare, *c'eſt rabatre*, ut *l. ſi merces, §. ſi vicino loc.* Si vicino ædificante obſcurentur lumina cœnaculi, quod tu mihi locaſti, vel ſi oſtia aut feneſtras cœnaculi corruptas tu non reſtituis, & mecum agas de penſione debita, reputationis, inquit, ratio habenda eſt, *Ie pourray rabatre*, & eo minus præſtare de penſione. Ex diverſo autem, ſi pater, antequam dotem profectitiam recuperaverit, aliquid impenderit aut præſtiterit in funus filiæ *l. 30. h. t.* ait id patrem
D recipere a marito actione de dote, puta rei uxoriæ actione, vel ex ſtipulatu, hoc eſt, eo amplius recipere ex dote, eo ampliorem dotem recuperare a genero. Impenſa enim funeris, ut ait lex ſequens, æs alienum dotis eſt.

Ad L. LVII. de Cond. indeb.

Cum indebitum impuberis nomine tutor numerabit, impuberis condictio eſt. §. 1. Creditor, ut procuratori ſuo debitum redderetur, mandavit: majore pecunia ſoluta, procurator indebiti cauſa convenietur. Quod ſi nominatim, ut major pecunia ſolveretur, delegavit: indebiti cum eo (qui) delegavit erit actio, quæ non videtur perempta, ſi fruſtra cum procuratore lis fuerit inſtituta.

E Si tutor nomine pupilli per errorem ſolverit indebitam pecuniam, puta majorem pecuniam, quam pupillus debuit, initio hujus l. Papin. ait condictionem indebiti pupillo competere, cujus nomine tutor indebitum ſolvit aut plus debito: nec diſtinguit ſuam an pupilli pecuniam tutor ſolverit, unde poteſt conjectura capi, quaſi nihil interſit ſuam an pupilli pecuniam ſolverit, modo ſolverit pupilli nomine; quod etiam confirmat *l. 6. §. ult. hoc tit.* Sed hoc ita intelligi debet, ſi pupillus pubes factus ratam ſolutionem habuerit, aut ſi quaſi re bona fide geſta eam pecuniam tutor pupillo reputaverit in judicio tutelæ, ut tum pupillo condictio indebiti competat. Nam ſi pupillus ſolutionem eam non fecerit ratam, ſi eam pecuniam tutor pupillo

lo non imputarit in raddendis rationibus, ipsi tutori hoc casu datur non pupillo: datur, inquam, tutori utilis condictio indebiti, utilis, non directa, quia non suo nomine, sed pupilli solvit. Et ad hunc casum est referenda *l. ult.* §. 1. *hoc tit.* Eadem vero est ratio tutoris & procuratoris. Nam si procurator nomine domini solverit per errorem bona fide indebitam pecuniam, domino ratum non habente, quod gessit procurator, ipsi procuratori datur utilis condictio indebiti, *l. 6. in princ. hoc tit.* domino autem ratum habente, quod ita per errorem gessit procurator, ipsi domino competit condictio indebiti, perinde atque si ipse solvisset, *l. si per ignorantiam, C. eod. t.* sicut si procurator suam vel domini pecuniam, (nihil refert) nomine domini crediderit, domino agnoscenti & approbanti nomen competit condictio creditæ pecuniæ. Ut in *l. certi*, §. *si nummos, de reb. cred. l.* 126. §. *Chrysogonus, de verb. obl.* Reprobante vero domino nomen, quod fecit quodve contraxit procurator sua vel domini pecunia nomine domini, nulla competit domino condictio, sed procuratori domini competit utilis condictio creditæ pecuniæ, *l.* 4. *C. si cert. pet.* Eadem est ratio condictionis indebiti & condictionis creditæ pecuniæ: eadem est ratio mutui & promutui. Indebiti solutio est promutuum, hoc est, quasi mutui datio, *l.* 4. §. *is quoque, de obl. & act.* Et hæc cum tutor nomine pupilli, vel procurator nomine domini indebitam pecuniam solvit, suam vel pupilli vel domini, vel cum hanc vel illam credidit, nomine pupilli vel domini. Quid autem dicemus e contrario, si quis tutori nomine pupilli quasi debitam pupillo, aut procuratori, nomine domini, quasi debitam domino, solverit per errorem? hæc est quæstio §. 1. hujus legis. Finge: creditorem mandasse debitori, ut debitam pecuniam solveret suo procuratori, procuratorem vero suum delegasse, ut eam pecuniam acciperet de manu debitoris sui, & debitorem procuratori per errorem solvisse majorem pecuniam, puta 100. cum deberet 50. tantum. Quæritur, in quem, ei qui solvit, competat condictio indebitæ pecuniæ, condictio superflui, quod solvit indebitum? utrum ei competat in procuratorem qui accepit: an in dominum, qui mandavit ut solveret procuratori? Illud quidem est comperti & explorati juris, quod hic Papinianus notat, in dominum competere condictionem indebiti, si nominatim procuratorem suum delegavit, ut illa 100. acciperet, hoc est, majorem pecuniam, quam sibi debebatur: quam actionem, quæ ei, qui solvit competit in dominum, repetitionemque indebiti soluti eleganter Papin. ait non perimi, si debitor elegerit initio procuratorem (quod notandum est) & cum eo frustra egerit condictione indebiti, hoc est, si victus fuerit, quod inepte ageret in procuratorem ea actione, quia hac debuit experiri in dominum, qui specialiter procuratorem delegarat, ut ab eo acciperet 100. idest, altero tanto amplius quam deberet: quo casu condictio indebiti est in dominum absq; dubio, non in procuratorem. Si tamen frustra elegerit procuratorem, & succubuerit, non ideo intelligitur amisisse actionem sive condictionem: ineptæ aut inanis actionis electione, non amisit ideo condictionem in dominum. Ineptæ actionis electio actori non consumit actionem aptam, rei & proposito negotio competentem, *l. fidejus. de neg. gest. l. tutor*, §. *adolescens, de adm. tut. cap. examinatam, extr. de judic.* Miror quod Glossa in *l. 1. si mens. fals. mod. dix.* quæsierit: an, qui ineptam actionem proposuit, & causa cecidit, possit agere actione propria & conveniente rei? Et respondet quidem posse: recte id: nec tamen sciverit tot locis auctorum eam sententiam comprobari posse, ut hoc §. 1. *& supradictis ll. & supradicto cap.* Verum si nominatim creditor procuratorem in hoc non delegarit, ut majorem pecuniam acciperet, sed simpliciter, ut pecuniam debitam acciperet, quam ei debitor numeraret, eam acciperet a debitore, cui mandaverat etiam creditor, ut eam pecuniam suo procuratori exsolveret: hoc casu Papin. ait, debitori procuratorem teneri condictione indebiti: quod utique verum est, ut Glossa supplet

A rectissime, si dominus ratum non habeat, quod gestum, quodque solutum plus debito est. Priore casu quum nominatim mandavit, ut 100. acciperet, quæ major pecunia est: etiamsi ratum non habuerit dominus, omnino tenetur condictione indebiti, quia nec necessaria est ratihabitio, ubi mandatum speciale intercessit. Hoc vero casu, cum simpliciter mandavit, ut pecuniam a debitore acciperet procurator, ut debitor numeraret procuratori, & numeraverit majorem pecuniam per errorem, dominus non aliter tenetur condictione indebiti, quam si ratam solutionem fecerit: quia non intelligitur mandasse, ut plus debito acciperet. Ergo si ratum habuerit, in dominum dabitur condictio, debitor dominum condemnabit: si vero ratum non habuerit, ut est verisimile, etiam ratum non habiturum solutionem, solventi competit
B condictio indebiti in procuratorem solum, *l. 6.* §. *idem Labeo, &* §. *Celsus, hoc tit. l. si indebitum, rem rat. hab. l. 6.* §. *item quæritur, de neg. gest.*

Ad L. XL. de Pignerat. act.

Debitor a creditore pignus, quod dedit frustra emit: cum rei suæ nulla sit emptio, nec si minoris emerit, & pignus petat, aut dominium vindicet: ei non totum debitum offerenti, creditor possessionem restituere cogetur.

HUjus l. tria sunt responsa, quibus licebit addere quartum ex l. pen. Ad primum responsum sciendum est, actionem pigneratitiam, quæ de restituenda possessione pignoris proponitur, debitori non aliter dari, quam si totum debitum solvat, vel offerat in judicio,
C ut in *l. si rem*, §. *ult. hoc tit.* vel eo nomine creditori satisfaciat, *d. l. si rem*, §. *omnis*, *l. heredes*, §. *idem observatur, fam. ercisc.* Et hoc est, quod dicitur, individuam esse pignoris causam, *l. rem, de evict.* quia nec parte majore pecuniæ soluta, ullo modo ullave ex parte pignus liberatur, & vel propter unum assem, qui explendo debito superest, nexum tenetur ipsum pignus in solidum, *l. 6. C. de dist. pign.* Universa pecunia soluta creditori vel oblata, ut dixi, pignus liberatur, & creditor actione pigneratitia cogitur restituere naturalem, sive corporalem possessionem pignoris, quæ apud eum est, quia pignus solam possessionem naturalem, quæ etiam corporalis dicitur; ad creditorem transfert, ut in §. *ult. hujus leg. & l.* 35. §. *ult. hoc tit. l.* 3. §. *ult. ad exhib.* Inde quæritur hoc loco, quid sit dicendum, si debitor a creditore pignus vendente suo
D jure, pignus minoris emerit? Finge: in summa debiti esse centum, & debitorem pignus emisse 50. id est, altero tanto minore pecunia, an potest repetere possessionem pignoris actione pigneratitia? an potest dominium ejus vindicare? Pignus enim manet in dominio debitoris, & eo liberato in arbitrio est debitoris, utrum malit agere in personam actione pigneratitia, & pignus petere a creditore, an agere in rem actione, & dominium vindicare, *l. nec creditores, C. eod.* Verum ad quæstionem propositam videmur posse respondere, alterutra actione debitorem uti posse, quia a creditore pignus minoris emit & pretium numeravit, videlicet, si creditori per omnia satisfecerit dato illo pretio, ex *d. l. si rem*, §. *omnis*, in qua dicitur: Nasci pigneratitiam actionem, & competere debitori, si creditori satisfecerit pretio aliquo:
E Ergo, etiamsi pretio minore, & sive hic creditor ab ipso debitore ceperit, sive ab extraneo emptore, & hoc ei satis fuerit, contentus fuerit: quo casu, nec quod amplius ei debetur a debitore petere potest, *l. a D. Pio*, §. *pig. de re jud.* Nam ut & alio modo ait *d.* §. *omnis*, si creditor, ut voluit sibi cavit, *s'il a asseurance à son plaisir*, competit debitori actio pigneratitia, licet creditor in hoc deceptus sit: in hoc, est, in reipsa, non circumscriptus dolo adversarii, ut in *l. 7. in fine, de exceptio.* si fraus fuerit in re, non in persona debitoris. Et ita videmur posse non absque ratione quæstioni propositæ respondere. Attamen Papin. longe aliud respondet hoc loco, nempe creditorem, neque pigneratitia actione, neque rei vindicatione posse compelli restituere possessionem pignoris, nisi debitor

bitor

bitor totum debitum offerat, hoc eſt, etiam id quo minoris emerit. Sed ne obſtet, quod ante dixi, hoc ita intelligi debet, ſi creditori non ſatisfaciat pretium, quo debitor pignus emit, & velit, quod amplius debetur, ſibi præſtari: nec enim compellitur venditioni ſtare, quæ nulla eſt, quia debitor emendo pignus, emit rem ſuam: & rei ſuæ emptio nulla eſt, quod conſtat ex innumeris locis juris. Itaque ſi debitori agenti pigneratitia, rem vindicandi creditor opponat hanc exceptionem: ſi non ea res pignori data, nec dum ſoluta omnis pecunia eſt: quæ dicitur exceptio pigneratitia, *l.6.§.idem ſcribit, comun.dividun.* fruſtra debitor replicabit de ea re minori pretio empta, quia emptio ipſo jure nulla eſt, ut nec ex empto agere poſſit de ea re ſibi præſtanda. Et quia (quod notandum eſt) ſi extraneus a creditore pignus emiſſet minore pretio, quæ emptio valeret, ſemper in reliquum ſortis debitæ debitor creditori tenetur, *l.quæſitum, §.ult.de diſtra.pignor.l.adverſus,C.de oblig.& action.* Æquum vero eſt, in quo debitor tenetur alio emente minoris, & in eo teneatur ipſe, cum emit minoris; nec eo creditori ſatisfecit. Quod autem dicitur, rei ſuæ emptionem non valere, hoc eſt (quia rei nomen proprietatem ſignificat & dominium) hoc, inquam, eſt proprietatis ſive dominii rei ſuæ emptionem non valere. Nam ſi hoc agatur, ut debitor poſſeſſionem naturalem, quæ eſt apud creditorem pigneratitium ſive hypothecarium emat vel conducat certo pretio, forte ut in judicio poſſeſſorio, quod habet cum alio, potior ſit: nec enim ſemper dominus in judicio poſſeſſorio potior eſt, *l. ad probationem, C.de loc.* hoc vero caſu emptio vel conductio rei ſuæ valet, ut *l.ſi emptione, §.rei ſuæ, de contrah.empt. l.35.§.ult. l.37. hoc tit.* creditori ſalva manente cauſa pignoris vel hypothecæ. Et errat vehementer Gloſſa hoc loco, quæ ait venditionem, emptionem poſſeſſionis pignoris factam debitori a creditore non valere. Imo valet ut probavi ante: & male Gloſſa pro ſe adducit, *l.ſervum meum,de cond. ind.* quæ de emptione proprietatis rei ſuæ loquitur, non de emptione poſſeſſionis. Illud maxime obſervandum eſt, Papinianum in hoc primo reſponſo loqui de debitore, qui pignus emit jure ſuo vendente creditore, qui emit minori pretio: nam ſi tanti emit quanti eſt ſumma, quæ creditori debetur, licet initio non valeat, pretio tamen ſoluto pignus liberatur, quod mox idem Papinianus oſtendit in ſecundo reſponſo hujus legis, cujus ſpecies talis eſt.

Ad §. Debitoris.

Debitoris filius, qui manet in patris poteſtate, fruſtra pignus a creditore patris peculiaribus nummis comparat, & ideo ſi patronus debitoris contra tabulas ejus poſſeſſionem acceperit, dominii partem obtinebit. Nam pecunia quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur.

Filius, quem pater libertinæ conditionis habuit in poteſtate, cum pater L.Titio deberet certam pecuniam ſub pignore, pignus jure ſuo vendente L.Titio, id ab eo emit de peculio profectitio, hoc eſt, ex re patris. Peculium filii profectitium eſt res patris, hoc eſt, in bonis, in patrimonio patris revera: in quaſi patrimonio filii, quamdiu patitur pater. Emit autem pignus ex pecunia peculii profectitii tanti, quanti erat ſumma debita L.Titio. Poſt filius in teſtamento patris jure exheredatus eſt, nec potuit reſcindere teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Hoc enim cum Accurſio ponamus, licet retineat Papinianus, ſatis tamen ſuggerit, dum ponit, Patrono patris præterito dari partis debitæ verecundiæ patronali, id eſt, legitimæ patronalis bonorum poſſeſſionem contra tabulas in heredem ſcriptum: quæ non daretur in filium heredem ſcriptum, nec exheredatum reſcindentem teſtamentum per querelam, *§.ſed noſtra, Inſtitut.de ſucceſſ.libert.* At ponamus, filium fuiſſe exheredatum cum effectu, quæ res etiam ei peculium aufert, *l.emptor, §.ult.de rei vindic.* Exheredatio aufert jus & nomen heredis, & jus peculii, hoc ut dixi, licet non dicat Papin. ut omnia bene conveniant, ponamus neceſſe eſt. Multa nobis Papin. ſubintelligenda & ſubaudienda reliquit, & plus habet in receſſu quam in fronte, ut eſt comprehenſione rerum brevis. Aut ſane ponamus: præmortuum fuiſſe filium, patrem ſupervixiſſe, & teſtamentum feciſſe, inque eo extraneum inſtituiſſe, patronum omiſiſſe. Aut ponamus, quod etiam nimis obſcure notat Gloſſa: Patrem filium inſtituiſſe ex parte, adjecto coherede extraneo, & filium repudiaſſe hereditatem patris, ejuſque portionem accreviſſe coheredi extraneo: quoniam hoc etiam caſu patrono competit in coheredem, qui aſſem habet portionis debitæ, bonorum poſſeſſio, *l.20.§.ult.de bon.libert.* Pono filium fuiſſe inſtitutum ex parte: nam ſi inſtitutus filius liberti ex aſſe repudiaverit, tum patronus non vocatur in partem, ſed in aſſem, *l.6.§.pen.l.quærit, §.ult.eod.l.ſive libertus, §. ult. de jure patron.* Atque hic poſtremus caſus non conveniet huic reſponſo, quo tantum agitur de bon. poſſeſſionem contra tabulas, quæ patrono datur in partem bonorum liberti, hodie trientem, olim ſemiſſem. Ita vero poſita congruente ſpecie ad hoc reſponſum, quæritur: An in pignore, quod filius emit ex re patris, ſive ex peculio profectitio, patronus jure bonorum poſſeſſionis contra tabulas habeat in pignore partem dominii: nam portio debita patrono deducitur ex ſingulis rebus, quæ in bonis liberti fuerunt tempore mortis, ſicut Falcidia in *l.Plautius, ad l.Falcid.* ſicut legitima portio, quæ natura debetur liberis & Falcidia quælibet, deductio quælibet, *l.6. de pecul.leg.* Omnis deductio partis fit ex ſingulis corporibus, niſi aliud convenit, ut fit plerumque inter eos, quorum res eſt. Et ad hanc quæſtionem Papinianus reſpondet hoc loco, etiam in eo pignore patronum habiturum partem dominii. Bonorum poſſeſſio tribuit dominium, *hoc eſt*, effectum dominii tuitione Prætoris, *l.1.de bon. poſſ.* Et ratio hujus reſponſi hæc eſt: quia filiusf. emendo pignus ex re patris, in cujus poteſtate erat, id neque dominii ſui facere potuit, neque patris, in cujus dominio jam erat, quia pignus ſemper manet in dominio debitoris, & hoc diſtat a fiducia, antiquo genere contractus. Denique emendo neq; pignus ſuum fecit, neque patris, cum jam prius patris eſſet. Proinde nulla & ſupervacua emptio eſt. Ceterum liberatum pignus intelligitur, quia tantum in pretium dedit, quantum erat in debito. Et in fine hujus reſponſi, illo loco *nam pecunia, quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur*, ne fallamur, *nam*, non eſt particula cauſalis, quia etiam pignore non liberato patronus in eo haberet partem dominii, ſed *nam*, eſt conjunctio repletiva, ut Grammatica loquitur, & accipitur pro *ceterum*, ut ſæpe in libris noſtris, ut ſit ſenſus emptionem pignoris non valere, pignus tamen liberari: *ceterum pignus liberatur &c.* Et recte loquitur Papin. de filiofamil. Nam ſi filius emancipatus emiſſet ſuis nummis pignus, jure ſuo vendente creditore, valeret emptio, nec in eo patronus haberet partem dominii, quia deſiiſſet eſſe in liberti bonis. Recte etiam loquitur de peculio profectitio. Nam ſi filiusf. pignus emiſſet ex peculio caſtrenſi, quod in re ejus eſt, non patris, æque valeret emptio pignoris, nec in eo quicquam juris patronus haberet, quod & Gloſſa notat rectiſſime: tota Gloſſa hujus reſponſi eſt rectiſſima.

Ad §. ult.

Soluta pecunia, creditorem poſſeſſionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, reſtituere debet: nec quicquam amplius præſtare cogitur. Itaque ſi medio tempore pignus creditor pignori dederit; domino ſolvente pecuniam, quam debuit, ſecundi pignoris neque perſecutio dabitur, neque retentione relinquetur.

IN tertio reſponſo, ſive §.ult. oſtenditur, pignus quidem a creditore alii creditori ſuo pignori obligari poſſe, quod Græci dicunt μετενεχυριάζειν, idque conſtat ex *l. grege, §.cum pignori, de pign. l.1.C.ſi pign.pign.dat.* Sed ſi debitor, qui dedit pignus primo ſuo creditori ſolverit

omnem pecuniam, utraque obligatio pignoris perimitur, & creditor primus debitori tenetur pigneratitia actione, ut pignoris possessionem restituat tantum, non ut quicquam amplius præstet, id est, (quod etiam Glossa intelligit) non etiam, ut liberet pignus a secundo creditore. Et ratio hæc est: quia ipso jure liberatur pignus, quod etiam in id duntaxat temporis dedisse intelligitur secundo creditori, quoad pignus in sua persona consistat, ubi desinit in sua persona consistere pignus, soluta omni pecunia, etiam desinit consistere in persona secundi. Nihil est apertius hoc responso: ei tamen opponitur *l. petenti h. t.* quæ dicit, creditorem primum debitori teneri, ut pignus liberet a secundo creditore. Sed necesse est, ut res intelligatur, apponi speciem ad *l. petenti*. Hæc est species, quæ frequenter occurrit. Creditori repetenti pecuniam, quam ei debebam, cum præ manibus pecuniam non haberem, ut eum a me dimitterem & placarem quoquomodo, dedi res certas, ut sub earum pignore pecuniam, qua se indigere dicebat, conquireret & sumeret ab alio creditore: Aut eas creditor meus soluta pecunia postea recipit ab alio creditore, & mihi, maxime offerenti debitum, tenetur ad exhibendum ut restituat eas res, non pigneratitia actione: quia eas res non pignoravi, sed permisi tantum, ut pignoraret alteri: Aut res illæ meæ sunt apud creditorem creditoris, & hoc casu creditor meus mihi tenetur, sed non ad exhibendum, quia eas res non tenet: non pigneratitia, quia, ut dixi, eas res ei non pignoravi, non commodati actione, ut in specie *l. si ut certo, §. nunc videndum, sup. tit. prox.* quia eas res etiam ei non commodavi liberaliter & benigne, sed coactus dedi, ut tantisper eum placarem, ne me acerbius exigeret, & ut earum beneficio aliunde pecuniam sumeret, verum offerenti mihi pecuniam debitam creditor tenetur, ut eas res liberet a suo creditore, & mihi reddat, tenetur, inquam, mihi propria actione, ut ait *l. petenti*; hoc est, actione præscriptis verbis quasi ex novo & proprio contractu, quasi ex negotio proprii contractus, ut ait *l. rogasti, de præscrip. verb.* Et hæc est sententia *legis petenti*: verum vis nosse, quam nihil obstet huic tertio responso? Hoc responsum est de pigneratitia actione, quod negat soluta omni pecunia, creditorem quicquam amplius præstare quam possessionem naturalem pignoris, etiamsi secundo creditori obligavit: Ergo non teneri eum pignus liberare a secundo creditore, quod etiam evanuit ipso jure. Illa autem *l. petenti*, non est de pigneratitia actione, sed de propria quadam actione præscriptis verbis. Item in hoc responso primus, & secundus creditor fuere pigneratitii creditores. In illa *l. petenti*, secundus creditor tantum fuit pigneratitius, non primus: & præterea in illa pignus datum est secundo creditori voluntate debitoris, in hoc responso non item. Proinde in illa l. maxime oblato debito creditori primo, pignus non solvitur, quod nexum est voluntate debitoris: in hac pignus solvitur omnimodo, quod nexum non est secundo creditori voluntate debitoris.

Ad L. XLII. eod.

Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur. Nec audiendus erit, si velit emptorem delegare: cum in venditione, quæ fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

Ostenditur in hac lege creditorem, qui pluris pignus vendiderit, quam sibi debebatur, debitori teneri actione pigneratitia, quam Papinianus noster solet appellare actionem, quæ de pignore dato proponitur, ut hoc loco, & *l. 2. de pign. l. fidejussor, de neg. gest.* Creditorem igitur, qui pluris vendidit pignus debitori teneri actione pigneratitia, ut id, quo plus vendidit pignus, hoc est, superfluum pretii restituat debitori cum usuris, inquit Papinianus, puta, iis, quas ex superfluo pretii percepit, si id forte fœnori occupavit, vel quas non percepit, si in reddendo superfluo pretii moram fecerit, vel si id in usus suos convertit, *l. 6. §. ult. & l. 7. hoc tit.* Nec distinguit Papinianus, creditor pretium ab emptore acceperit, necne. Ergo sive acceperit pretium ab emptore pignoris, sive nondum acceperit, de superfluo reddendo debitori tenetur actione pigneratitia, ut *l. ult. C. de distract. pignor. l. in fraudem, §. si plus, de jure fisci.* Ubi creditor nondum pretium accepit, non est audiendus, inquit, invito debitore, si velit ei emptorem pignoris delegare, puta, ut promittat debitori, sed id, quo plus emit ei præstiturum. Delegare enim proprie est, vice sua alium reum, alium debitorem, qui expromissor dicitur, sive intercessor novandi causa, creditori dare, *l. delegare, de novat.* Et in hac specie debitori creditor, qui pluris pignus vendidit, in superfluum pretii debitor est, ille vero creditor: & ita quoq; hoc loco verbum delegare Græci accipiunt in Basil. dum ajunt, *ὑπόχρεων ποιῆσαι τῷ χρεώστῃ τὸν ἀγοραστήν*, hoc est, *emptorem substituere debitori*: eidemq; creditori, scil. in superfluo pretii, quod ei creditor restituere tenetur, idque fit stipulante debitore, & emptore promittente superfluum se ei soluturum: quo genere creditor liberatur a debitore quasi novata obligatione. Sed ut initio dixi, invitus debitor non cogitur mutare creditorem, si malit sibi superfluum pretii solvi a creditore, eodemque venditore pignoris. Invitus non recedit ab actione pignoris, quam habet in venditorem pignoris: Invitus non novat eam obligationem neque commutat cum obligatione ex stipulatu in emptorem pignoris. Et hoc est, quod ait Papin. *nec audiendus erit si velit emptorem delegare*. Et ratio, qua utitur Papin. hæc est, *quia*, inquit, *in venditione quæ fit ex facto, creditor suum nogotium gerit*. Sic habent Pandect. Flor. *quæ fit ex facto*, sed perspicuum est scribi debere, *quæ fit ex pacto*, ut in *§. contra autem creditor, Instit. quib. alien. lic. vel non*, hoc est, quæ fit jure conventionis, *l. 3. de distract. pign. l. contractus, l. 7. C. eod. t.* In venditione igitur pignoris, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, non debitoris negotium, ut in *l. creditori, §. sciendum, qui pot. in pign. hab.* Si geret negotium debitoris, non suum, nec ulla ejus culpa interveniret, æquum esset liberari eum delegando emptorem, esset iniquum eum teneri ultra quam ut deleget emptorem, si nulla culpa in eo argui possit, qui negotium alienum gessit, non suum. Et hæc est sententia hujus legis. Objicitur ei *l. 24. §. si vendiderit, h. t.* quæ dicit, nondum soluto pretio pignoris creditori, non esse cogendum creditorem actione pigneratitia ad solutionem superflui, sed vel expectare debitorem debere, quoad emptor pignoris solvat pretium, vel si nolit expectare, mandandam ei esse & cedendam actionem ex vendito adversus emptorem: actionem pretii: periculo tamen venditoris, creditoris periculo, qui vendidit, ut si forte non vincat debitor adversus emptorem; semper ei sit salva actio superflui adversus creditorem, atque ita periculum litis institutæ ex mandato creditoris adversus emptorem ipse creditor subeat. Mandare autem est delegare, non minus, quam vice sua alium reum creditori dare, ut *l. cum indebitum, de cond. ind. l. 11. C. de donat.* Ergo auditur creditor, qui delegat, hoc est, qui mandat actionem adversus emptorem pignoris. Sed ut respondeamus: inter hæc duo genera delegationum multum interest: nam delegatio emptoris liberat creditorem, quia novatur obligatio & substituitur vice creditoris alius debitor superflui: & ideo merito non satisfacit ea delegatio debitori, quæ liberat creditorem principaliter obligatum ad solutionem superflui; non satisfacit, inquam, creditor debitori delegato emptore, hoc solo quod emptorem delegare paratus est, quia hoc facit se exonerandi & absolvendi causa. Altera delegatio, h. e. cessio, sive mandatum actionis ex vendito adversus emptorem non liberat creditorem & satisfit debitori, si eam suscipiat periculo creditoris, h.e. salvo regressu, si non obtineat adversus creditorem. Plane hoc modo quis dicat ei non satisfieri interim, dum non vult expectare quoad emptor solvat: Et ita mihi videntur clarius, & certius in concordiam adduci posse hæ duæ leges hac differentia posita inter delegare emptorem, & delegare sive mandare actionem in emptorem: quæ est quarta

solu-

ſolutio Accurſii, cetera facile refelli poſſunt. Ita vero
demum mandata actione adverſus emptorem periculum
litis pertinet ad creditorem, ſi creditoris culpa argua-
tur, quod tardius pretium exegerit ab emptore pigno-
ris, & interim emptor lapſus ſit facultatibus. Nam ſi
culpa a creditore abeſt, ut puta, ſi fortuito & repen-
tino caſu emptor ſuas facultates amiſerit paulo poſt em-
ptionem pignoris, de ſuperfluo pretii nulla ſupereſt quæ-
ſtio, cum debitor maneat obligatus creditori: quia ut
ait *l. quæſitum de diſtract. pign.* ex neceſſitate facta vendi-
tio pignoris non liberat debitorem niſi pecunia percep-
ta ab emptore pignoris: ubi ex neceſſitate fieri dici-
tur venditio pignoris, non quod fiat invito creditore
(nec enim creditor invitus cogitur vendere pignus, *l. 6.
in pr. hujus tit.*) ſed quod tunc maxime creditor decurrat
ad venditionem pignoris, cum aliter rem ſuam ſerva-
re non poteſt, ſicut in *l. 2. de diſtr. pign.* neceſſitate juris
dicitur venditio fidejuſſori fieri, quod aliter a fidejuſ.
ſuum creditor conſequi non poſſit, *l. 2. C. de fidejuſſ.*

Ad L.XIX. de Inſtit. act.

*In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem
præpoſuit, utilis ad exemplum inſtitoriæ dabitur actio: quod
æque faciendum erit, & ſi procurator ſolvendo ſit qui ſti-
pulanti pecuniam promiſit.*

HUjus legis ſunt quatuor reſponſa. In primo re-
ſponſo oſtenditur: quod ſi procuratorem præpo-
ſui, ut mutuam pecuniam acciperet mei cauſa, & ac-
cepit, creditori in me non datur actio inſtitoria dire-
cta, quia procurator ille inſtitor non eſt meus, cum
non ſit quæſtui faciendo, ſeu quæſtuariæ negotiationi
præpoſitus, ſed dari creditori in me utilem actionem
ad exemplum inſtitoriæ actionis, ut idem Papinianus
reſpondit *lib. 2. l. liberto in princ. de neg. geſt.* & confirmatur
l. in omnibus, de præt. ſtip. l. ſi mutuam, C. de inſtit. act. Et
verum illud eſt, etiam ſi procurator qui mutuam pe-
cuniam accepit, & eo nomine ſtipulanti creditori ca-
vit, ſolvendo ſit, ut ab eo creditor ſuam pecuniam fa-
cile recuperare poſſit, ſi procurator ſolvendo ſit, ut ait
hoc loco, & probat *l. 6. §. 1. de neg. geſt.* hoc latius expo-
ſui in *d. l. liberto.* Inde aſſumes, quæ ad hunc locum
pertinent. Illud tamen addendum, ut quemadmodum
utili inſtitoria actione creditori dominus tenetur, qui
procuratorem præpoſuit mutuis pecuniis accipiendis: &
ſimiliter quemadmodum utili actione inſtitoria empto-
ri dominus tenetur, qui procuratorem præpoſuit ven-
dendæ certæ rei, ut in *l. Julianus, §. ſi procur. de action.
emp.* Ita ex diverſo dicamus, creditorem vel empto-
rem domino teneri ex *d. §. ſi procur.* utili actione, ſive
extraordinaria. Omnis actio utilis eſt extraordinaria:
ſed in hoc eſt differentia ſumme notanda, quod credi-
tori dominus tenetur ut dixi, quaſi inſtitoria actione,
etiam ſi rem creditor ſervare poſſit a procuratore, quia
principaliter cum domino contraxiſſe intelligitur, qui
nomine ejus procuratori credidit. At ex diverſo do-
mino creditor non tenetur utili actione, ſi dominus a
procuratore ſuo rem ſervare poſſit exemplo inſtitoriæ,
*l. in omnib. de præt. ſtipul. l. 1. in fi. & l. 2. h. t. l. 1. §. ſed ex contra-
rio, de exercit. act.* quia ſcil. principaliter dominus cum pro-
curatore contraxit, nec alio auxilio indiget, ſi procu-
rator ſolvendo eſt.

Ad §. Si Dominus.

*Si dominus, qui ſervum inſtitorem apud menſam pe-
cuniis accipiendis habuit, poſt libertatem quoque datam,
idem per libertum negotium exercuit, varietate ſtatus non
mutabitur periculi cauſa.*

NOtandum eſt, dominum teneri jure Prætorio in
ſolidum inſtitoria actione ex contractu ſervi in-
ſtitoris, quem præpoſuit menſæ nummulariæ ad pecu-
nias accipiendas in omnem cauſam, ut argentarii ſive
nummularii ſolent; & teneri non tantum ex contractu
A habito cum illo inſtitore in ſervitute, quandiu ſervus
manſit, ſed etiam ex contractu habito cum eo poſt liberta-
tem in eodem actu, perſeverante patroni voluntate: varie-
tatem ſive mutationem ſtatus non mutare cauſam pericu-
li, hoc eſt, ob mutatum ſtatum inſtitoris non deſinere eo-
rum, quæ gerit, periculum ad dominum pertinere ex edi-
cto, de inſtitoria actione. Manumiſſione ſola non deſinit
quis eſſe inſtitor: & hæc eſt ſententia hujus reſponſi. Objici-
tur, quod diſpenſator Calendario præpoſitus, hoc eſt, pe-
cuniis exigendis & fænerandis eſt inſtitor, ut in §. *ult.
hujus leg. l. 5. §. ult. h. t.* & tamen manumiſſione deſinit eſſe
diſpenſator, *l. ſi quis ſervo, de ſolut. l. pen. de reb. cred. §. item
ſi adhuc, Inſt. de mand.* At ut reſpondeamus, non eſt novum
quendam inſtitorem ſeparari a ceteris inſtitoribus: Ma-
giſter navi præpoſitus eſt inſtitor, & tamen ſeparatur
B paſſim in jure, ac præcipue in tit. *de exercit. act.* a ceteris
inſtitoribus propter ſingularia quædam, quæ in eo rece-
pta ſunt, ut & illo Horatii loco, *ſeu vocat inſtitor,
ſeu navis Hiſpanæ magiſter*, inſtitor ſeparatur ab inſti-
tore, & ſic diſpenſator, licet inſtitor ſit, ſeparandus
eſt a ceteris inſtitoribus. Nam & morte domini fini-
tur diſpenſatoris officium, *l. pen. de reb. cred.* Non
morte domini officium inſtitoris faciendis mercaturam,
aut menſæ negotium exercentis, *l. 11. in pr. l. 17. §. ſi
impubes, h. t.* At ſimiliter manumiſſione officium ſervi
diſpenſatoris finitur, non officium inſtitoris. Et ratio
varietatis conſiſtit in utilitate & neceſſario uſu commer-
ciorum, quo omnis hominum vita eget, vel menſæ
argentariæ, quæ negotia exercentur per inſtitores: nec
tanti eſt diſpenſatio ſive fœneratio pecuniarum cu-
C juſq; ideoque facilius diſpenſatio finitur, quam com-
mercii aut menſæ cura, quod maxime notandum.

Ad §. Tabernæ.

*Tabernæ præpoſitus a patre filius, mercium cauſa mu-
tuam pecuniam accepit. Pro eo pater fidejuſſit: etiam in-
ſtitoria ab eo petetur, cum acceptæ pecuniæ ſpeciem, fide-
jubendo negotio tabernæ miſcuerit.*

NOtandum eſt ex tertio reſponſo, Patrem te-
neri ex contractu filii, quem præpoſuit tabernæ,
h. e. mercibus exercendis: teneri inſtitoria actione,
ut ſi filius ille mercium cauſa mutuam pecuniam ac-
cepit, ex ea cauſa pater tenetur creditori in ſolidum
inſtitoria actione. Res eſt apertiſſima. An etiam in-
D ſtitoria actione tenetur, ſi apud creditorem, qui fi-
lio inſtitori mercium cauſa credidit, mercium gratia
fidejuſſerit pro filio? Et breviter: an tenebitur inſti-
toria, ſi fidejuſſerit pro filio? quia obligatio valet,
ſicut cum dominus fidejubet pro ſervo, *l. 1. §. quid
ergo, quod juſſu, l. ſi domino, ad SC. Vellej.* Reſpondet Papi-
nianus, patrem non ideo minus teneri inſtitoria actione,
quia fidejubendo pro filio inſtitore non novavit obliga-
tionem. Si novaſſet, utique ceſſaret inſtitoria actio, ut in
l. habebat, §. 1. hoc tit. Sed ei obligationi miſcuit aliam ex
ſtipulatione, ſive fidejuſſione, quæ nunquam novat prin-
cipalem obligationem: fidejubendo miſcuit tabernæ, ne-
gotio, τῇ πραγματείᾳ, acceptæ pecuniæ ſpeciem, *hoc eſt*,
creditum, τὸ δάνειον (& ut uſurpem verba *l. 5. §. pen. de
exercit. act.* licet ſint ſcripta alia de re) pater non tran-
E ſtulit obligationem, ſed adjecit. Erit igitur in arbitrio
creditoris utra actione malit experiri in patrem inſtito-
ria, an ex ſtipulatu, ex fidejuſſionis cauſa.

Ad §. Servus.

*Servus pecuniis tantum fœnerandis præpoſitus, per in-
terceſſionem æs alienum ſuſcipiens, ut inſtitorem dominum
in ſolidum jure prætorio non adſtringet. Quod autem pro
eo, qui pecuniam fœneravit, per delegationem alii promiſit:
a domino recte petetur, cui pecuniæ creditæ contra eum, qui
delegavit, actio quæſita eſt.*

DIfferentiam facit Papinianus in §. *ult.* inter expro-
miſſionem; quæ fit novandi animo per interceſſio-

nem, & eam, quæ fit per delegationem: & nisi rem quis acute inspiciat, vix assequetur sensum Papiniani. Videamus quemadmodum fiat expromissio per intercessionem, & quemadmodum per delegationem. *Per intercessionem* fit in hac specie: Servus pecuniis tantum fœnerandis, sive Calendario præpositus est, non alii negotio, is servus novandi animo suscepit in se æs alienum, quod Titio Cajus debuit: quæritur, an ex hoc facto, ut institor obliget dominum actione institoria (legendum *ut institor.*, non *ut institorem*) & respondet, non obligari dominum ex ea causa. Rectissime: quia ea res nihil pertinet ad causam Calendarii, & institoria actio non porrigitur ad ea, quæ institor contraxit extra eam rem sive causam, cui præpositus est institor, *l.* 5. §. *non tamen*, *hoc. t.* Hæc pars est apertissima. Videamus quemadmodum fiat expromissio *per delegationem*: fit autem hoc modo. Servus Calendario tantum præpositus, cum rogaretur a L. Titio mutuam pecuniam dare sub fœnore, qua se Lucius Titius liberaret a suo creditore, a quo urgebatur: si is servus institor non numeravit pecuniam Lucio Titio, sed creditori ejus delegatus ab eo, cavit de solvenda pecunia, quam ei debet Lucius Titius, facta novatione & suscepta in se obligatione Lucii Titii: denique institor rogatus fœnerare pecuniam, non numeravit, sed delegatus cavit creditori, a quo urgebatur is, qui mutuam pecuniam rogabat: hoc perinde est, ac si ei, id est, Lucio Titio pecuniam numerasset: quod patet, quia domino ejus in L. Titium est actio creditæ pecuniæ, perinde atque si institor pecuniam numerasset, quia L. Titius videtur ab institore pecuniam accepisse, eum delegando. Denique ex hoc facto institoris domino adquiritur condictio creditæ pecuniæ: ergo æquum est, ut ex eo obligetur actione institoria: si ex actu institoris, & quæritur actio, æquum est, ut etiam ex eo contractu institoria teneatur. Hæc est ratio inducendæ actionis institoriæ, *l.* 1. §. 1. *h.t.* Denique ex eo contractu dominus obligabitur ei, cui institor delegatus est: At priore casu facta expromissione per nudam & simplicem intercessionem, ex actu institoris, qui simpliciter intercessit pro alio non rogatus fœnerare pecuniam, nulla domino adquiritur actio: ergo neque ex eo actu obligatur institoria actione. Res est aperta, si modo illo loco hujus §. *Qui pecuniam fœneravit*, non accipias *fœneravit*, ut Interpretes in patiendi significatione, in una nunquam accipitur, sed ut frequentissime in Pandectis Flor. si accipias *Qui pro cui*; innumeris locis ita scribitur. *Qui id fecit* pro *Cui id fecit*; ergo qui pecuniam fœneravit, id est, cui intelligitur fœnerasse; intelligitur autem fœnerasse ei, qui eum delegavit creditori suo; unde etiam nascitur competitque domino actio creditæ pecuniæ. Denique qui delegat debitorem, pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem*, *de fidejuss.* Et similiter, qui delegat creditorem sive fœneratorem, credere & fœnerare paratam pecuniam accipere creditur, *l.* 12. *&* 13. *de novat.* Et hoc est, quod ait, *Quod pro eo cui pecuniam fœneravit*: promittendo sc. ei, cui delegatus est, *per delegationem promisit*, *a domino petetur*:

Ad L. XXVII. ad Senatusc. Vellejan.

Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum & uxorem accepta pecunia gesta sint, exceptione Senatusconsulti non submovetur.

QUod attinet ad hanc legem, sciendum est Senatusc. Vellejanum irritas facere intercessiones mulierum; quas deceptæ facilitate sua, aut fragilitate faciunt pro aliis, conventis mulieribus ex causa intercessionis, quam fecerunt pro alio, data exceptione, qua repellant actorem, apud quem intercesserunt, si uti beneficio velint SC. Vellejani. Nec enim invitis ipso jure hoc beneficium datur: dato denique eo non utuntur mulieres, nisi profiteantur, se velle uti proposita exceptione S.C. Vellejani. Et intercedere mulier videtur pro alio, non tantum si fidejubeat vel expromittat, vel constituat pro alio, vel rem suam pignori obliget pro alio

A palam & aperte, sed etiam si tertiorem gerat intercedendi animo, fingens se rem suam agere, *l.* 4. *&* 19. *C. eod. tit.* Ut si cum alius accepturus esset mutuam pecuniam, ipsa intervenerit, & acceperit suo nomine, quam mox alii annumeraret & crederet, sane intercedere videtur pro alio. Et hoc casu mulieri ita demum subvenitur data exceptione Senatusconsulti adversus creditorem, si creditor non ignoraverit quid ageret, quidve moliretur mulier, ut in *l.* 11. *&* 12. *&* 19. §. *ult. hoc tit.* & in *l. seq.* §. *ult.* Nam si creditor ignoraverit mulierem rem alii gerere, & bona fide ei pecuniam crediderit, tanquam in rem suam, & in usus suos, licet mox acceptam eam pecuniam marito suo crediderit, cui tacite rem gerebat, cessat Senatusconsultum Vellejanum, & creditori propter bonam fidem ejus mulier obligatur cum effectu: & hoc est, quod ait B in principio hujus legis, *Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum & uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summovetur.* Et confirmatur *l. vir uxori*, §. 1. *hoc tit.* Verum objicitur *l.* 13. *C. eod. tit.* quæ dicit; eum qui mala fide credidit mulieri non ignarus in usum mariti eam sumere mutuam pecuniam, non submoveri except. Senatusc. Vellejani, licet sciverit quid mulier ageret. Sed, ut statim respondeam, ratio hæc est: quia in specie hujus legis mulier non fuit interposita vel submissa a marito, ut vice locove ejus mutuam pecuniam acciperet, sed ultro in usum mariti sciente creditore, mutuum accepit: quo casu cessat Senatusconsul. Vellejanum. At si fuisset mulier interposita a marito pecuniæ accipiendæ gratia, quam ipse erat accepturus (qui est casus, de quo tracta- C mus in hac lege) & hoc scivisset creditor, proculdubio summoveretur exceptione Senatusconsulti Vellejani non si hoc ignorasset: hoc casu est constituenda differentia inter creditorem scientem & ignorantem, non illo casu *d. l.* 13. Item objicitur, quod est in prin. *d. l. vir uxori*, *h. t.* Si mulier, quæ nil debet marito, creditori mariti ex delegatione ejus promiserit, submoveri creditorem exceptione Senatusc. Vellejani, etiam si bona fide secutus sit personam mulieris, existimans eam esse debitricem mariti. Sed eadem lex respondet, multum interesse, utrum quis cum muliere ipsa primum contraxerit credita pecunia, an cum marito, vel cum alio primum, deinde ei mulier delegetur ab eo, cum quo primum contraxit. Nam hoc casu a creditore curiositas & diligentia exigitur, ut perquirat mulier, quæ delegatur; debitoris debitrix sit D nec ne: & aliis casibus quibusdam certis curiosos esse creditores oportet, id est, inquirere oportet, in quam rem rogentur pecuniam mutuam, *l.* 1. §. *sed si acceperit*, *de in rem verso*, *l. ult. de exerc. act.* Et ita cum is, qui principaliter contraxit cum creditore, delegat creditori mulierem tanquam debitricem suam, debet creditor, qui mulieris fidem sequitur, aut sequi vult, prius scrutari an vere sit debitrix delegantis, alioquin submovebitur exceptione Vellejani si conveniat mulierem. Priore vero casu, cum quis roganti mulieri pecuniam credidit ab initio (qui est casus hujus legis) non exigitur, ut perscrutetur & quærat quid de ea pecunia mulier factura sit, alioquin nemo feminæ auderet credere pecunias incertus animi muliebris, *l.* 11. *h. t.* M. Tull. pro Rab. Post. *non debuit is, qui dabat, quo ille pecuniam insumeret, quærere*. Et ideo hoc casu E dicimus creditorem non summoveri exceptione SC. Vellejani, si ignoraverit mulierem rem alii administrare, & ita demum submoveri, si sciverit, quid mulier ageret.

Ad §. Cum Servi.

Cum servi ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes personam mulieris, ut idoneæ sequuntur, exceptione S.C. dominum submovet: nec videtur deterior causa domini per servum fieri, sed nihil esse domino quæsitum, non magis quam si litigiosum prædium servus, aut liberum hominem emerit.

SEntentia hæc est: Mulier intercessit pro eo, qui cum servo institore contraxit, puta, pro emptore mercium,

cium, cum ſervus mercaturis faciundis præpoſitus eſſet, ex hac cauſa, domino per ſervum adquiritur actio ex vendito in emptorem mercium, & actio ex ſtipulatu in mulierem, quæ fidejuſſit pro emptore: ſed in emptorem adquiritur actio efficax, in mulierem actio inefficax & inanis per Senatuſconſultum Vellejanum. Ita eſt omnino. Verum poteſt objici: per ſervum domini deteriorem conditionem fieri non poſſe, *l. melior, de regul. jur.* Deteriorem vero fieri accepto non idoneo fidejuſſore, puta, muliere, & adquiſita actione inani. Huic objectioni reſpondet Papin. hoc loco, & negat deteriorem fieri conditionem domini, eo quod ſervus non acceperit idoneum fidejuſſorem, atque ita adquiſierit inutilem actionem & inanem: eum enim facere conditionem domini deteriorem, qui facit, ut dominus quod habet non habeat, non qui facit, ut dominus quod non habet, nec habeat, ut qui non adquirit dominium certæ rei vel poſſeſſionem, *l. ult. C. de ac. poſſ.* vel, quod idem eſt, qui adquirit inutiliter, puta, qui emit liberum hominem aut fundum litigioſum, quæ emptiones inutiles & irritæ ſunt, quibus exemplis hic Papinianus utitur rectiſſime: & ſimiliter, qui perſonam mulieris pro alio fidejubentis ſequitur, quæ interceſſio inutilis eſt. Et ita recte diximus in *l. heres, §. ult. de pet. her. lib. 2.* poſt litem conteſtatam petitori hereditatis non præſtari uſuras fructuum, nec tamen eo fieri deteriorem conditionem actoris, qui litem conteſtatus eſt, contra regulam juris: quia fieret per litis conteſtationem deterior donditio actoris, ſi per cauſam litis conteſtatæ deſinerent deberi uſuræ, quæ ante deberi cœperunt. Verum hoc non fit *l. lite, inf. de uſur.* ſed quæ non cœperunt deberi ante litem conteſtatam, nec per litem conteſtatam incipiunt deberi, quo genere non fit deterior conditio actoris, ſed neque melior. Denique aliud eſt non facere conditionem meliorem, aliud facere deteriorem. Qui non facit meliorem, non facit etiam deteriorem.

Ad §. Uxor.

Uxor debitricem ſuam viro delegavit, ut vir creditori ejus pecuniam ſolveret, ſi fidem ſuam pro ea quam delegavit, apud virum obligaverit: locum exceptio Senatuſconſulti non habebit: quia mulier ſuum negotium geſſit.

SPecies hæc eſt: Uxor quæ Lucio Titio debebat aureos 100. marito ſuo mandavit, ut L. Titio creditori ſuo eam pecuniam ſolveret, & quo tutus eſſet maritus, uxor delegavit ei debitricem ſuam, quæ ei totidem debebat puta 100. ut ſcil. marito ſtipulanti promitteret, ſe eam pecuniam ſoluturam novata obligatione tam mulieris quam etiam ſua: qua ex cauſa mandati uxor marito tenebatur, quæ mandaverat marito ut ſolveret Titio, & uxor pro ea muliere, quam delegavit marito ſuo, fidejuſſit apud maritum. Quæritur, an adverſus maritum ſi conveniatur ex ſtipulatu poſſit ſe tueri exceptione Senatuſconſulti Vellejani? Et recte reſpondet non poſſe, quia pro ſuo negotio fidejuſſit, non pro alieno, *l. ſi dominus, hoc tit.* Illam quoque mulierem, quæ pro uxore expromiſit, non uti auxilio SCti Vellejani certiſſimum eſt, quia debitrix fuit uxoris, quæ eam expromittere juſſit, quæ eam delegavit, interceſſit in rem ſuam, quia erat debitrix uxoris. Et mulieribus intercedentibus in rem ſuam non ſuccuritur, *l. 2. 13. 22. & 24. in princ. hoc tit.* Non omnis fidejuſſio aut expromiſſio interceſſio eſt: ut prima facie interceſſio eſt, non ſecunda, ut puta, ſi fiat in rem ſuam, non in rem alienam.

Ad L. XVIII. de Compenſat.

In rem ſuam procurator datus, poſt litis conteſtationem ſi vice mutua conveniatur, æquitate compenſationis utetur.

SI procurator abſentis conveniatur ob proprium debitum, quæro an poſſit actori compenſare, quod is non ſibi, ſed domino abſenti debet? Et certum eſt, non poſſe compenſare id, quod domino abſenti debet, eum, qui ſuo nomine convenitur, ſed id tantum, quod ſibi debet vice mutua non alii, *l. ejus, C. eod. tit.* Compenſatio eſt computatio vice mutua debitæ quantitatis. Et e contrario, ſi debitor conveniatur a procuratore creditoris, eadem ratione non poteſt compenſare actori, quod ſibi procurator debet, qui agit nomine alterius, ſed id tantum, quod vice mutua ei debet, is cujus nomine procurator agit, ut in tutore proditum eſt, *l. pen. hoc tit.* Et hoc in procuratore in rem alienam eſt veriſſimum indiſtincte, ſive jam litem conteſtatus ſit nomine domini abſentis, ſive non. At in procuratore in rem ſuam quid dicemus? de hoc agitur in principio hujus legis: procurator in rem ſuam eſt veluti emptor nominis, cautionis, obligationis, vel is cui donatum nomen aliquod, & mandata actio creditæ pecuniæ, actio nominis: hic eſt procurator in rem ſuam, cui mandatum eſt, ut ageret in rem ſuam, ut ſibi haberet, quod ferret ex condemnatione, tanquam emptum vel donatum, & in procuratore in rem ſuam, hæc lex dum ait, *in rem ſuam procurator datus poſt litis conteſtationem, &c.* oſtendit in eo eſſe faciendam diſtinctionem temporis hoc modo, ut ſi poſt litem conteſtatam procuratorio nomine procurator datus in rem ſuam conveniatur a reo ob proprium debitum, compenſare poſſit, quod domino actor debet, non ſi conveniatur ante litem conteſtatam, a reo ob proprium debitum. Æt ratio hæc eſt, & ut ſit neceſſe eſt, quia licet ſit datus procurator in rem ſuam, tamen non ante intelligitur res ſua eſſe, & ſibi ſuo nomine deberi quaſi principali creditori, quam litem inchoaverit, ut ſuam, & conteſtatus fuerit. Objicies merito, imo ante litem conteſtatam rem ſuam eſſe, & utilem actionem habere ſuo nomine procuratorem datum in rem ſuam, *l. 6. & 7. C. de oblig. & action. l. procuratoris, de procur.* Nec procurator datus in rem ſuam poteſt revocari, etiamſi res ſit integra, puta, ante litem conteſtatam non poteſt revocari, qui factus eſt procurator ad agendum in rem ſuam, quia revocaretur emptio aut donatio perfecta, quod fieri nequit: & in eo valde errat Gloſſa, dum putat ante litem conteſtatam (tota gloſſa delenda eſt) poſſe revocari procuratorem in rem ſuam. *Et l. 3. C. de novat.* quam adducit, eſt de procuratore in rem alienam, non in ſuam, ut ſcilicet non poſſit revocari procurator in rem alienam his tribus caſibus: ſi jam litem conteſtatus ſit, ſi partem pecuniæ acceperit, ſi denuntiaverit creditori ut ſolveret. His tribus caſibus non poteſt revocari, quia res non eſt integra. Hi tres caſus nihil pertinet ad procuratorem in rem ſuam, quoniam is nullo modo, nullove tempore revocari poteſt, non magis quam emptio aut donatio, cujus cauſa eum procuratorem fecit in rem ſuam. Sic igitur colligo; etiam ante litem conteſtatam res videtur eſſe procuratoris dati in rem ſuam, quia revocat, non poteſt, & habet utilem actionem ſuo nomine. Adde, & quia poteſt etiam ante litem conteſtatam alium facere procuratorem ad agendum, quaſi principalis creditor: & quia ſi moriatur ante litem conteſtatam tranſmittit actionem ad heredem ſuum, *l. ille, C. de donat.* Cur non idem eſſe dicimus in procuratore in rem ſuam, etiamſi litem conteſtatus non ſit, quia & ante litem conteſtatam hæc omnia habet? Difficile eſt, imo impoſſibile huic argumento reſpondere, & laudo plurimum Paulum Caſtrenſem, qui fatetur, quamvis Papinianus dicat, *poſt litis conteſtationem*: tamen & ante litis conteſtationem, procuratorem in rem ſuam per omnia haberi pro domino rei, & creditore principali, ac proinde etiam compenſare poſſe, quod ab eo a quo convenitur ob proprium debitum poteſt petere, ut procurator in rem ſuam. Sed his verbis, *Poſt litem conteſtatam,* Papinianus proponit difficiliorem caſum, in quo plus inerat dubitationis: quia dubitari poterit, an etiam id, quod jam petitum eſt in judicio lite conteſtata, poſtea compenſari poſſit dimiſſa petitione, dimiſſo priore judicio? ſed placet etiam id compenſari poſſe, ne fiat contra regulam juris, quæ non patitur litis conteſtatione deteriorem

riorem fieri conditionem actoris, *l. non solet, de reg. jur.* Et ita est proditum in *l.* 8. *hoc tit.* Hoc igitur initium hujus l. consentit cum l. 8.

Ad §. Creditor.

Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare,

PEto a Lucio Titio quod mihi debet: meus creditor paratus est pro L. Titio compensare, quod ei debeo ut L. Titium dimittam; an cogor admittere compensationem? Minime, quia ejus tantum pecuniæ justa compensatio est, quam actor debet reo, non alii, *l. ejus, C. eod. tit.* Sed si creditor meus velit gratificari L. Titio debitori meo solvat pecuniam pro illo: Compensatio illa non est pro solutione, sed justa compensatio tantum, ut *l.* 4. *qui pot. in pign. hab.*

Ad L. XXV. Depos.

Die sponsaliorum, aut postea, res oblatas puellæ, quæ sui juris fuit, pater suscepit. Heres ejus ut exhibeat, recte convenietur etiam actione depositi. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit; post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est.

DUæ sunt partes hujus legis. Primam exposui in *l. fidejussor, §. ult. de neg. gest.* Secunda pars est apertissima. Ego deposui apud te sacculum pecuniæ non obsignatum: Videor tibi facere potestatem utendi pecunia & convertendi in usus tuos, quia non obsignavi sacculum pecunia plenum, ut scilicet tu mihi tantudem reddas, vel etiam palam pecuniam non obsignatam apud te deposui, ut non eadem, sed tantundem in genere mihi redderes: si eam convertisti ad usus tuos, aut est mutuum, aut depositum. Quæritur, utrum sit? quod magni interest scire. Nam si est mutuum, nec post moram ejus pecuniæ debentur usuræ, quia non sunt deductæ in stipulatum, *l.* 3. *C. de usur. l. qui negotia, mand. l. Titius, de præscrip. verb.* si est depositum, ut in bonæ fidei judiciis fit, debentur usuræ ex mora: depositum est contractus bonæ fidei, *l. mora, §. in bonæ fidei, de usur.* Et respondet Papinianus potius depositum esse, licet nonnihil degeneret a depositi conditione; quæ talis est, ut eadem pecunia reddatur in specie, quæ deposita est, non eadem quantitas in genere, ut fit in mutuo. Denique depositum est nonnihil accedens ad mutuum, sed tamen quod depositi jure potius censendum sit; secundum hoc dicit, ex mora ejus pecuniæ deberi usuras.

Ad L. VII. Mandati.

Salarium procuratori constitutum, si extra ordinem peti cœperit, considerandum erit; an laborem dominus remunerare voluerit, atque adeo fidem adhiberi placitis oporteat, an eventum litium majoris pecuniæ præmio contra bonos mores procurator redemerit.

NOnnunquam procuratori litium salarium constituitur remunerandi laboris gratia. Constituitur autem non tantum pactione, sed etiam pollicitatione certæ quantitatis, puta, solo domino offerente & promittente, non interrogato, se daturum salarium certum, si bene rem gesserit & utiliter. Regulariter ex pollicitatione actio, aut persecutio non est, sed excipiuntur casus quidam in tit. *de pollicit.* & hic etiam casus: si dominus procuratori suo salarium polliceatur, & is, cui constitutum est salarium, appellatur salariarius in *l.* 10. §. *idem Labeo, hoc tit.* Non omnis procurator est salariarius, sed is tantum, cui constituit dominus salarium. Unde apparet procuratori non esse petitionem salarii, si ei constitutum non fuerit: quare maxime distat ab advocato: nam advocato honorarii petitio est, etiamsi ei cautum non fuerit, *l.* 1. §. *in honorariis, de extraord. cog.* Et ratio differentiæ hæc est, ut infra demonstrabitur plenius, quia officium procuratoris constituitur mandato, quod est gratuitum, advocati officium non est gratuitum. Petit autem procurator salarium, quod ei constitutum est non per actionem, sed per persecutionem, id est, extra ordinem, cognitione Prætoris vel Præsidis, ut omnia salaria & honoraria constat pertinere ad cognitionem Prætorum vel Præsidum, & extra ordinem peti persecutione extraordinaria, *d. l.* 1. ut fideicommissa Ulpianus *lib. sing. Reg.* scribit non peti per actionem, sed in urbe cognitionem esse consulum vel Prætoris fideicommissarii: in provinciis autem præsidum provinciarum, hoc est, extraordinariam persecutionem fideicommissorum, ut in *l. pecuniæ, §. persecutionis, de verbor. signif.* Nec dicas cum interpretibus procuratorem salarium petere, quod ei constitutum est per actionem mandati ex *l. prox. in princ.* quia causa salarii nihil habet commune cum causa mandati, cum lite, cujus executio procuratori mandatur; & nominatim in *l.* 56. §. *salarium, hoc tit.* dicitur, procuratorem actione mandati non petere, ut sibi salarium constituatur: qui locus etiam probat, quod initio diximus, salarium constitui pollicitatione nuda, ut *l. ult. §. ult. de oblig. & act.* ubi mulier quædam ita scribit ad quendam: *Veni hoc, tibi quamdiu vivam præstabo aureos decem: veni, & præstabo tibi salarium*, id est, *decem annuos*. Quæritur: an ex ea scriptura, si ille venit, possit petere salarium? Respondit Scævola illo loco, judicem æstimare debere ex causis & personis, an sit danda actio, id est persecutio extraordinaria, actionis nomine accepto latissime. Nam posset mulier eum vocare turpi ex causa, ex qua non esset danda persecutio salarii. Denique ut posuimus initio, verum est salarium constitui nuda pollicitatione, & peti non actione proprie, sed persecutione extraordinaria, hoc est, interventu ipsius Prætoris vel Præsidis, non ut in judiciis ordinariis a Prætore vel Præside accepto speciali judice. Et quod ait *l. prox. supr. Si remunerandi causa honor intervenerit*, id est, si salarium, sive honorarium procuratori constitutum fuerit remunerandi laboris causa, esse mandati actionem, eo non significatur salarium peti actione mandati, sed etiam si salarium interveniat, nihilominus ex negotio gesto esse ultro citroque mandati actionem: salarium non esse mercedem, sed honorarium, sive honorem: alioquin salariarius non esset procurator, quia procurator constituitur per mandatum, & mandatum nisi gratuitum nullum est *l.* 1. *hoc tit.* Nam, inquit, originem ex officio & amicitia trahit: hominum autem charitas & amicitia gratuita est, contraria officio, contraria amicitiæ merces. Hinc manifestum est, quam distet officium procuratoris, ab officio advocatorum: qui ut Seneca ait in Hercule furente.

Clamosi rabiosa fori jurgia vendunt
iras & verba locant.

Nec ducuntur amicitia, ut procuratores, sed quæstu. Non loquor de procuratoribus hujus temporis rapacissimo hominum genere: sed de amicis, qui nobis absentibus rogatu nostro libenter suscipiunt defensionem litium nostrarum, & nobis suam operam accommodant. Officium advocati, non est amici officium, sed procuratoris, & sic vocatur a Marco Tullio *amicus voluntarius*: & negotiorum gestor sine mandato, procuratori est adsimilis. Locatio est si interveniat merces, & pretium operæ; non si interveniat modicum salarium honoris gratia, *l.* 7. *si mens. fals. mod. dix.* si interveniat ἀντίδωρον, & quod interveniat salarium, honorarium, ἀντίδωρον, non ideo minus est mandatum, non ideo minus est ultro citroq; actio mandati. Est hoc est, quod ait *l. prox. in prin. Si remunerandi gratia honor interveniat*, id est, ἀντίδωρον, *nihilominus ultro citroque esse actionem mandati.* Non ex ea constitutione salarii, quæ alia res est, sed ex ipso contra-

ctu:

ctu: non ergo petitur salarium procuratori constitutum actione mandati, vel qua alia actione ordinaria, sed petitur extra ordinem, ut ait hæc lex. Et in *d.l.56. §.ult.* proditum est, *extra ordinem*, id est, cognitione Prætoria vel præsidiali, ut *l.1. C.eod.t.* non accepto speciali judice a magistratu, ut fit in judiciis ordinariis, quia jure ordinario Prætor non cognoscit nec judicat, sed dat judicem specialem in quaque lite: at salario petito extra ordinem, Pap. ait hoc loco, considerandum esse, hoc est, Prætorem vel Præsidem, apud quem petitur salarium, debere animadvertere, utrum vere salarium dominus constituerit remunerandi laboris gratia, ut ejus petitionem admittat: an vero malo more atque perverso procurator eventum litis redemerit, puta, interposita cautione hujusmodi, quæ damnatur etiam in advocatis, ut si vinceret, ferret tertiam vel dimidiam partem litis, quæ plerumque majoris pecuniæ est, quam salarium, quod tenue esse solet atque modicum, cum honoris tantum gratia detur. Exiguum est semper, quod defertur tantum honoris ergo. Hæc pactio longe egreditur modum salarii solemnem, & est contra leges, contra bonos mores, nec ex ea Prætor vel Præses petitionem admittere potest *l.20.C.mand.l.litem, C.de procur.l.proxima, §. ult. sup. h. t.* quæ etiam ait idem esse (quod notandum) si procurator ex eventu litis de proprietate rei, qualis fuit ea de qua ibi agitur, pactus sit sibi dari certam quantitatem, puta, quingentos aureos: quæ forte adæquent dimidiam, aut tertiam partem litis. Nam quid refert partem paciscatur, an quantitatem parti parem? nec cum Interpretibus ulla nobis unquam est in hoc constituenda differentia.

Ad L. LVI. Mandati.

Qui mutuam pecuniam dari mandavit, omisso reo promittendi, & pignoribus non distractis, eligi potest: quod uti liceat, si literis exprimatur, distractis quoque pignoribus ad eum creditor redire poterit. Etenim quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt.

Si creditor ex mandatu alterius L. Titio pecuniam crediderit sub pignorib. vel hypothecis, certum est hoc jure creditorem posse omisso debitore principali, & omissis pignoribus mandatorem convenire, qui mandavit, ut pecuniam crederet, quod obtinuit ante Nov. Just. *de fidejuss. & mandat.* Nam ex ea Novella non potest creditor eligere mandatorem, sed creditori jus electionis, quod erat vetustissimum, adimit Justinianus. At servato jure veteri fingamus ita convenisse atq; etiam ut ait hoc loco, literis cautum fuisse, forte facto nomine, ut *l.non figura, de oblig. & act.* vel mandato contracto per epistolam, ut *l.1.h.t.* convenisse, inquam, ut liceret creditori, omisso reo principali, & omissis pignoribus eligere mandatorem, quod hoc jure utique liceret, etiamsi nihil de eo convenisset. Inde quæritur: si creditor non eligat mandatorem, ut conventio permittit, sed eligat pignora, & minoris distrahat, an possit reliquum, quod credito deest, a mandatore petere? & potest quidem jure communi, *l.reos, C.de fidejus.* sed quia convenit hoc tantum, ut omisso debitore, & omissis pignoribus possit eligere mandatorem, non etiam, ut electis pignoribus possit redire ad mandatorem: quod omissum est in conventione, videtur creditori non licere, & minor esse electio permissa conventione, quam sit electio permissa jure communi: imo jus commune conventione restringi & coarctari. Sed aliud sequitur Pap. hoc loco: quia conventio illa ex abundanti facta est, cum ipso jure ita se res haberet: igitur supervacua conventio est, & facta in hoc tantum, ne quis dubitaret de mente contrahentium, an in jure electionis jus commune servari voluissent. Denique ut appareret perspicue, eos velle sequi jus commune, & permittere electionem creditori, & quæ dubitationis tollendæ gratia, εἰς ἀναίρεσιν ἀπορίας, contra-

A ctibus inseruntur, jus commune non lædunt, quæ sententia etiam repetitur in *tit. de reg. jur.* Ergo in specie proposita jus commune per omnia servatur, non tantum in casu conventione expresso, sed etiam in non expresso, in omni casu. Valde notandum est hodie (quia sublatum est jus electionis Novella Justiniani) illam conventionem, ut liceat creditori omisso reo principali eligere mandatorem, non esse supervacuam, quia aliud Novella constituit, & esse justam, vel quod consentiat etiam cum jure veteri, quo contrahentes etiam post Novellam si velint, uti possunt. Quidni? nec Novellæ locus est, aliter quam si aliud non convenerit. Hodie igitur, quia illa conventio non est supervacua, etiam accipiemus stricte, nec aliud permittemus creditori, quam quod in ea scriptum est, ut omittat reum
B principalem si velit, & eligat fidejussorem vel mandatorem, ut conventio ea quam minimum recedat a Novella: denique quod in ea erit omissum, pro omisso habebitur.

Ad §. Fidejussor.

Fidejussor, qui pecuniam in jure obtulit, & propter ætatem ejus, qui petebat, obsignavit, ac publice deposuit, confestim agere mandati potest.

Fidejussor conventus a creditore minore xxv. annis, debitam pecuniam ei obtulit in jure, hoc est, dixit se habere pecuniam in manu, & se paratum esse eam recte solvere, & ita in jure, ad tribunal Prætoris obtulit ei pecuniam, sed non tradidit, metu, ne
C minor eam perderet, & perdita pecunia restitueretur in integrum adversus solutionem sibi factam, & rursus cogeret fidejussorem sibi solvere eandem pecuniam: hac ratione motus fidejussor obtulit minori pecuniam debitam, non tradidit, sed obsignavit & deposuit in æde sacra, ut in *l.7. de minor. l. 64. de fidejuss.* Quæritur: an confestim possit fidejussor agere mandati adversus reum promittendi, quod mandatu ejus fidejusserit? & respondet posse, nimirum, quia obsignatio & depositio pro solutione est, cum nunquam sit fidejussor eam pecuniam recuperaturus.

Ad §. Non ideo.

D *Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos 5. provincia reversus, mox reipublicæ causa profecturus, non acceptis rationibus mandatum instauraverit. Cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit, quicquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.*

Dominus profecturus in provinciam, Romæ procuratorem rerum suarum reliquit L. Titium, & reversus ex provincia post quinquennium, mox Reip. causa in alium locum profectus est non acceptis rationibus quinquennii a procuratore, videtur tacito intellectu restauraße mandatum, quia neque exigit rationes, neque
E accepit. Non ponit id, dominum instauraße specialiter, sed tacite, quod discesserit non acceptis rationibus. Nec sentit Pap. reditione domini ex provincia revocari mandatum: revocatur enim redditione rationum quasi actu peracto, negotio confecto, non reditione domini ex provincia in urbem. Verum ut duæ sunt profectiones, ita quasi instaurato mandato duæ intelliguntur esse administrationes, & pro ratione profectionum distinguenda sunt tempora administrationis negotiorum absentis, sive procurationis negotiorum absentis, ita ut, quod ex prima administratione procurator domino se non debere non ignorat, id a seipso exigat, & transferat in rationem secundæ administrationis, ut scilicet quod in aliorum persona præstare debet, id præstet in suam, ut *l.si neg.h.t.* Denique, ut quod debet ex prima administratione, id transferat in secundam, quæ cœpit a secunda profectione domini. Quamobrem in lite de secunda administratione veniet etiam ratio-

tio primæ administrationis, quasi translata in secun- A dam, nec videbitur procurator liberatus prima, quod sit ei restauratum mandatum non accepta ratione primæ imo non in omni contractu, ut ait *l.si mandati §. 1. h.t.* In utraque administratione utroque tempore se bona fide rem gessisse probare & præstare debet: & nihil est præterea in hoc §.

Ad §. Salarium.

Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat.

EX hoc loco (ut solent Imperatores uti libentius Pap. quam ceteris) sumpta est *l.salarium, C. eod. t.* sic legenda: *Salarium incertæ pollicitationis peti non* B *potest*. Sententia hæc est: Salarium incertum, quod pollicetur dominus procuratori, puta hoc modo; feres non leve præmium, si bene gesseris rem meam, neque posse peti extra ordinem, ut solet peti, cum jure constitutum est, nec actione mandati, ut scilicet constituatur certum atque præstetur. Denique constitutio salarii incerti, nullius momenti est. Interdum & tutori constituitur salarium a Prætore, a testatore, vel a judice, ut eo contentus non deprædetur pupilli bona, ut Demosthenes in Aphobum. 1. orat. ait, patrem constituisse salarium tutori filii: sed exigimus, ut etiam salarium, quod tutori constituitur, sit certum; alioquin nihil agitur, *l. a tutoribus, §. ult. de administ. tut.* Votum quoque incertæ pecuniæ pontifices censent non valere apud Titum Livium 35. C

Ad §. Sumptus.

Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem, adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est.

PRocurator ad litem vel ad negotium sumptus fecit necessarios bona fide, eventus rei non est sequutus, non potuit optatum negotio finem imponere, an ideo non restituentur ei sumptus bona fide facti? Imo vero restituentur etiamsi eventus non responderit, ut in *l.ex mandato, h.t. & l.4.l.11.C.eod.t.* Idem est etiam in tutore, *l.3.§.sufficit, de contr.jud.tut.* non idem est in negotiorum gestore, qui non rogatus, ultro se offert defensioni litis alienæ, & causa cadit. Hic quod D ex condemnatione præstiterit sane recuperat, quia bona fide accessit ad negotium alienum: sumptus litis non recuperat, quia debuit exploratius litem alienam non rogatus defendendam suscipere, quod Glossa recte notat & exponit: & memini me tradere *lib.2. ad leg. liberto de negot.gest.*

Ad L. LXXXII. Pro socio.

Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.

POnit unum ex sociis mutuam pecuniam accepisse, & cum quæreretur, an ex ea causa, alter socius obligatus esset: Respondet Pap. non esse obligatum eo E nomine alterum socium, nisi pecunia versa sit in rem & in arcam communem: quod non ita est accipiendum, ut dicat alterum socium eo nomine creditori, qui mutuam pecuniam dedit alteri, socio non obligari aliter, quam si pecuniæ versæ sint in rem aut arcam communem: neque enim hoc sentit Pap. quia etiamsi pecunia, quam socius mutuam accepit, versa sit in arcam communem, alter socius eo nomine creditori non obligatur, cum quo nihil contraxit: sicut quum quis alius mutuam pecuniam sumit, & eam mox vertit in rem meam, ego creditori non teneor condictione, quæ de mutuo dato proponitur, vel qua alia actione, *l.eum qui, C.si cert.pet.* Non quærimus in credita pecunia, ad quem ea pecunia pervenerit, sed quis eam mutuam rogarit, quis contraxerit, ut hic solus obligetur. Etiam Seneca 5.de benef. *Pecunia ab eo petitur, cui credita est, quamvis illa ad me aliquo modo pervenerit.* At semper excipio ab hac definitione argentarios socios, in quibus jus hoc esse consuetudine receptum Cornificius scribit *secundo ad Herennium*, ut quod, quis argentario expensum tulerit, id a socio argentarii in solidum repetere possit. Nec mirum, cum e diverso, quod quis argentario acceptum tulerit, id socius argentarii in solidum repetere possit, ut aperte dicitur jure singulari esse constitutum in *l.si unus ex argent.in princ.sup.de pact.* Hoc jure singulari in argentariis tantum sociis receptum est, non in ceteris sociis: falsum igitur, quod Cynus & Baldus generaliter statuunt, socium communi nomine mutuum in solidum accipientem, alterum socium obligare creditori in solidum condictione creditæ pecuniæ, hoc est, creditorem, quod uni ex sociis expensum tulerit, id ab altero socio, cum quo non contraxit, in solidum repetere posse, quod receptum tantum est in argentariis sociis propter necessarium usum argentariorum & mensæ, propter utilitatem publicam, *l. quod prius, depos.* sicut & pleraque alia constat esse recepta singularia in argentariis ex Novel. 136. Verum quod attinet ad sententiam hujus responsi, hæc verba Papiniani: *Jure societatis*, aperte demonstrant, hanc esse Papiniani sententiam, ut nomine æris alieni, quod socius fecit atque contraxit, ei socio alter socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint: nam hoc casu, quum pecuniæ in communem arcam versæ sunt, socio qui mutuam pecuniam sumpsit: alter socius obligatur, & tenetur actione pro socio, ut ejus pecuniæ reputationem admittat in distrahenda societate, & deductionem ex arca communi, in quam ea pecunia versa est, videlicet, si præsente die pecunia debeatur: vel si debeatur sub conditione, aut in diem, ut alter socius pro sua parte, ei qui mutuam pecuniam sumpsit caveat de indemnitate, & hac denique ratione fiat, ut quod in arcam communem versum est, ex communi arca solvatur, *l.27. & 28. hoc tit.* Omnis societas habet arcam pecuniamque communem, sicut omne collegium & omnis universitas, *l. 1. §. quibus. quod cujusque univer.* At si ea pecunia, quam unus ex sociis mutuam sumpsit, versa non sit in arcam communem, alter socius ei non obligatur jure judicioque societatis, hoc est, actione pro socio. Atque ita apparet, quod unus ex sociis pecuniam mutuam sumpserit non hoc quæri in hac lege, an alter socius creditori teneatur actione creditæ pecuniæ, sed hoc quæri tantum, an alter socius teneatur socio actione pro socio, ut nomen quod fecit socius, ratum habeat, patiaturque dissolvi ex arca communi, quod nequaquam faciet, nisi pecuniæ versæ sint in arcam communem societatis.

Ad L. LXXXIII. de Contr. empt.

Æde sacra terræ motu diruta, locus ædificii non est profanus: Et ideo venire non potest.

CErtum est loci sacri vel religiosi emptionem nullam esse, *l.6.in pr.l.22.l.51.h.t.§.ult. Inst. de emp. & vend.* quia scilicet res sunt divini juris, non humani. Et ideo Pap. ait in hac lege, si ædes sacra corruerit, si terræ motu, aut vetustate areæ, quæ superest, emptionem non esse, quia area sacra permanet, nec diruto ædificio mutatur jus & conditio soli. Et hoc quidem est ex Pap. nominatim relatum in *Inst. §. locus, de rer. div.* & confirmatur etiam Epistola Trajani ad Plinium: *Si*, inquit, *sacra ædes esset, licet collapsa sit, religio ejus occupavit solum.* Victoria quidem locus desinit esse sacer, aut religiosus, non ruina ædificii, victoria fit profanus *l.cum loca, de rel. & sum.* quod etiam M. Tullius indicat libro de signis, *Has tabulas*, inquit, *M. Marcellus cum omnia victoria sua profana fecisset, tamen religione impeditus non attigit.* Et Virgilius in 12. Æneid.

Quæve

Quæve loca Æneadæ bello fecere profana.
Locus etiam, quem mortui illatio religioſum fecit, profanus fit mortui reliquiis translatis in alium locum, *l. cum diverſ. de relig.* quam translationem ait lex impetrari debere, a Principe ſcilicet vel collegio Pontificum, ut in *l. oſſa, eod. t.* Et legenda eſt ad hanc rem Epiſt. Plinii ad Trajanum, de transferendis mortui reliquiis. Nec omittam, quod additur in *d. l. cum in diverſis*. Si in diverſis locis ſepultum ſit, utrumque locum non eſſe religioſum, quod unius hominis ſepultura, plura ſepulchra efficere non poſſit, ſed eum locum eſſe religioſum in quo quod principale eſt conditum & inhumatum eſt, vel ut in ead. l. dicitur, *ubi quod eſt principale conditum eſt, id eſt, caput, cujus imago fit, inde cognoſcimur*. Sic enim recte in Florentinis eſt ſcriptum *principale caput, cujus imago fit*, non reliqui trunci: In pompa funebri ſcilicet circumfertur imago vultus tantum, quod inde cognoſcamur potiſſimum. Et hanc rationem etiam adfert Ari. Problematum parte ſecunda, διὰ τῆς τὸ πρόσωπον τὰς ἰκόνας ποιοῦνται, ὅτι μάλιστα γινώσκεται: & ita recte illo loco *principale*, id eſt, caput, cujus imago tantum fieri ſoleat, quod inde cognoſcimur potiſſimum.

Ad §. Intra maceriem.

Intra maceriem ſepulchrorum hortis, vel ceteris culturis loca pura ſervata, ſi nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinet.

Sepulchra olim, quod nemo ignorat, erant divitibus propria & privata in agris ſuis & ſuburbanis, ſervis autem & inopibus erant communia atque publica; quæ ad urbem puticuli, ad municipia culinæ, quia ex 12. tabulis jus non erat, nec fuit unquam jure civili populi Romani ſepeliendi vel urendi in urbe, *l. mortuum, C. de relig. l. 8. §. Divus, inf. de ſepul. viol.* Sepulchra autem propria qui habebant in agris ſuis, plerumque macerie circumdare ſolebant, intra maceriem relictis hortis aut vineis, aut aliis culturis aut ædificiis. Et ipſa quidem ſepulchra erant religioſa, quatenus corpus vel oſſa condita erant, quatenus corpus humatum erat, nec enim totus locus ſepulturæ deſtinatus, & forte, ut poſui, maceria recluſus, religioſus erat, nec qua fines ſepulchri finiti erant in frontem & in agrum, & in ambitum quaqua verſus, ut eſt in *l. 2. §. ſepulchrum, ſup. de relig.* ut Celſus definit. *Non totus locus eſt religioſus, qui ſepulturæ deſtinatus eſt, ſed eatenus duntaxat, quatenus humatum eſt.* Loca igitur ſepulchris cohærentia vel adiacentia ædificia, horti, vineæ, ceteræque culturæ, etiamſi poſitæ ſunt intra maceriem ſepulchrorum, loca ſunt pura, id eſt, profani juris, *l. locum, C. eod. t.* Et huc maxime pertinent antiquæ ſepulchrorum inſcriptiones, Romæ: *Agrum, ſive hortum cum ædificio macerie incluſum poſteris ſuis, & libertis libertabuſque ſuis dominus conſecravit.* Et Neapoli: *Hujus monumenti jus, qua maceria clusum eſt cum taberna & cœnaculo heredem non ſequitur, nec intra maceriam humari quemquam licet.* Hæc autem loca pura, quæ ſunt intra maceriem ſepulchri emptorem fundi ſive agri totius ſequi Pap. ait, ſi ea venditor nominatim non exceperit. Nec mirum, cum & ſepulchri locus ſequatur emptorem ſi exceptus non ſit. Nec obſtat quod dicitur loci ſacri nullam eſſe venditionem, quia etiam non ipſe locus ſepulchri veniit, ſed emptioni majoris partis acceſſit, puta agri totius *l. 22. 23. 24. h. t.* ut rei ſuæ nulla emptio, ſed ſi fundi portiuncula ſit mea emendo fundum totum, & partem meam videor emere, *l. 13. & ſeq.* Sic igitur locus ſepulchri vendi ſpecialiter non poteſt, accedere tamen poteſt venditioni majoris partis. Et ita eleganter Ambroſius lib. 1. de Abrahamo; *Sæpe*, inquit, *cum alienationibus poſſeſſionum, venales fiunt quæ in iiſdem locis ſunt ſepulturæ*. Sed hoc ita in ſepulchro procedit, ſi ad ſepulchrum venditori vendito agro aut fundo aditus nullus ſuperſit: Finge, ſepulchrum eſſe in meditullio agri, nam ſi venditori ſit aditus ad ſepulchrum, fac ſepulchrum poſitum ſecundum viam publicam, jus ſepulchri venditor retinet etiam ſi id non exceperit in vendendo fundum, *l. ſi mercedem, §. 1. inf. de act. emp.* In qua cum ita Labeo ſcripſiſſet: *Si fundum vendidiſti, in quo ſepulchrum habuiſti, nec ſepulchrum tibi nominatim excepiſti, parum eo nomine tibi cautum habes*: notat Paulus, *minime: ſi modo ad ſepulchrum iter publicum tranſit*, hoc eſt, ſi habeat aditum ad ſepulchrum venditor fundi, qui non excepit ſepulchrum, ſi habeat aditum per viam publicam, non amittit jus ſepulchri. Ceterum excepto ſepulchro in venditione fundi vel nominatim vel tacite, ut dixi, cum venditori ſupereſt aditus ad ſepulchrum. Denique excepto tantum ſepulchro, non videntur excepta loca pura, quæ ſunt intra maceriem ſepulchri. Et hæc eſt ſententia Pap. dum ait, intra maceriem ſepulchrorum hortis vel ceteris culturis.

Ad Leg. ult. de in diem addict.

Prior emptor poſt meliorem conditionem oblatam, ob pecuniam in exordio venditori de pretio ſolutam, contra ſecundum emptorem citra delegationem jure ſtipulationis interpoſitam agere non poteſt.

Sententia l. hujus hæc eſt. Si venditor emptori fundum in diem addixerit, hoc eſt, ſi ea lege fundum ei vendiderit, tradiderit ut ſi alius intra certum diem meliorem conditionem venditori offerret, ut puta, ſi pretio adjiceret, fundus eſſet inemptus, & dominium ejus abiret a priore emptore: hac lege interpoſita, alio, intra eum diem pretium adjiciente, eique venditore fundum addicente, prior emptio irrita conſtituitur, & inter emptorem priorem & venditorem ultro citroque eſt actio empti & venditi, nimirum venditori in priorem emptorem eſt actio venditi, ut fundum reſtituat, & fructus medio tempore perceptos, *l. item quod, l. Imperator, h. t.* Et retro, priori emptori in venditorem eſt actio empti, ut pretium reſtituat, quod ei prænumeravit, & ſumptus neceſſarios, quos in rem emptam fecit medio tempore, *d. l. Imperator.* Priori, inquam, emptori eo nomine eſt actio in venditorem, non in poſteriorem emptorem, qui meliorem conditionem obtulit. Prior in poſteriorem nullam habet actionem, quia nihil cum eo contraxit: nullam, inquam, habet actionem, niſi ſi poſteriorem emptorem priori venditor delegaverit, & is poſterior emptor novatione facta priori promiſerit ſe redditurum pretium, quod ſolverat venditori, & ſumptus in rem neceſſario factos. Et hoc eſt, quod ait Pap. in hac lege: *Citra delegationem jure ſtipulationis interpoſitam priori in poſteriorem nullam eſſe actionem*. Delegatio peragitur per ſtipulationem, delegato ſcilicet promittente ſtipulanti ei cui delegatus eſt, *l. 11. inf. de nov. l. 1. l. pen. C. eod.* Delegare eſt jubere debitorem noſtrum, quod debet nobis, expromittere (quod verbum ſignificat novationem) creditori noſtro ſtipulanti, quo genere fit novatio obligationis, hoc eſt, in propoſita ſpecie liberatur poſterior emptor a venditore, & obligatur priori emptori: poteſt etiam citra delegationem in poſteriorem prior agere de pretio venditori ſoluto, ſi poſterior conſtituerit ſe id ſoluturum, quod ſolverat venditori, *d. l. pen. C. de novat.* ſed hoc genere non fit novatio, *l. item, l. ubi quis, de conſt. pec. l. ſi filiusfam. de in rem verſo, l. 3. §. 1. de admi. rer. ad civit. pert.* Poteſt etiam priori emptori venditor cedere actionem ex vendito adverſus poſteriorem emptorem ob pretium, quod fecit poſterior emptor, *l. ult. C. quando fiſcus, vel priv.* ſed hoc etiam genere non fit novatio obligationis, *l. 3. C. de nov.* Pap. igitur hoc loco eum tantum caſum expreſſit, quo fieret novatio obligationis.

Ad L. pen. de Peric. & comm. rei vend.

Habitationum oneribus morte libertorum finitis, empta domus

domus ob eam causam venditori non tenetur si nihil aliud convenit, quam ut habitationes secundum defuncti voluntatem super pretium libertis præstarentur.

DUo sunt responsa in hac lege. Prioris species hæc est. Quidam in testamento liberis suis legavit habitationem in domo illa, quam post mortem testatoris heres vendidit sub onere præstandæ habitationis libertis secundum voluntatem testatoris: habitatio sive habitationis legatum, quod libertis relictum est, finitur morte libertorum, quia jus est personale quod non transit in heredem, *l. si habitatio, sup. de usu, & habit.* Unde quæritur, an finito onere habitationis morte libertorum, quicquam heres ab emptore domus exigere possit: hac ratione, quod minoris domum vendiderit propter onus habitationis, & nunc eo onere sublato morte libertorum, debeat ei præstari, ut intendit, quanto pluris ea domus nunc valet? Et respondet Pap. ob eam causam venditori emptorem non teneri, quia nihil sibi eo nomine cavit, & de se queri heres debet, qui in eum casum sibi non caverit. Opus est cautione sive conventione speciali, puta, ut remoto onere habitationis pretio aliquid adjiciat emptor; alioquin, si hoc non convenit, commodum finitæ habitationis pertinet ad emptorem domus secundum regulam hujus tituli, ut post perfectam venditionem omne periculum, & omne commodum pertineat ad emptorem, & sic legato, quod notandum, usufructu domus & herede vendente proprietatem, postea mortuo fructuario consolidationis commodum dicerem pertinere ad emptorem proprietatis, non ad venditorem.

Ad §. Ante pretium.

Ante pretium solutum dominii quæstione mota, pretium emptor solvere non cogetur: nisi fidejussores idonei, a venditore ejus evictionis offerantur.

SEntentia hæc est: actione ex vendito non cogi emptorem, cui res tradita est fide habita de pretio, solvere pretium venditori, si ei fiat statim in ipso limine sive exordio emptionis, controversia dominii ab extraneo quodam, nisi paratus sit venditor emptori dare secundum auctorem, hoc est, fidejussorem idoneum evictionis nomine. Hæc est sententia posterioris responsi; cujus auctoritas tacite refertur & comprobatur in *l. si post, C. de evict.* alias venditor non satisdat, sed repromittit tantum nuda cautione ob evictionem, nisi aliud convenerit nominatim, *l.4.l.empt. l. si dictum, inf. de evict. l. 1. §. stipul. de præt. stip.* quod etiam olim in venditionibus caveri nominatim solebat, ne venditor daret fidejussores evictionis nomine, sed contentus esset emptor nuda repromissione: id, hodie etiamsi omissum sit pro cauto habetur, & transiit in jus commune, ut non aliter satisdet de evictione venditor, quam si id nominatim convenerit inter emptorem & venditorem. Varro 5. de lingua Latina: *Cavere lege certum est ab iis, qui prædia venderent vadesve darent, evictionis nomine, ne poscerentur.* At in casu proposito, cum in ipso limine venditionis movetur emptori quæstio dominii, statim venditori emptor exprimit & extorquet satisdationem per retentionem pretii, si cum eo venditor agat ob pretium ex vendito, nempe opposita exceptione doli mali, & ideo ponit Pap. hoc loco: ante solutum pretium dominii quæstionem motam, quia post solutum pretium nulla ratio est venditori extorquendæ satisdationis. Ait, *dominii quæstione mota*, sed idem est, si emptori moveatur quæstio hypothecæ, ut *d.l. si post, in fin.* Valde etiam notandum est, quod ait Pap. *ejus evictionis*, non omnis evictionis generaliter, sed ejus evictionis, quæ intentatur in ipso limine contractus: quod aperte demonstrat hoc casu, non generalem evictionis, satisdationem extorqueri venditori, sed specialem ejus evictionis quæ fit in ipso limine contractus, quo nihil est certius ex illis verbis *ejus evictionis*: ut plane sint resupini Doctores, qui hoc loco concertant generalis an specialis evictionis nomine sit satisdandum emptori in hac specie. Non est autem aliena hæc sententia Pap. ab hoc tit. *de peric. & com. rei vend.* quia a regula hujus tituli excipitur periculum evictionis, *l. 1. C. de peric. & comm. rei vend.*

Ad L. XLI. de Actionibus empti.

In venditione, super annua pensitatione pro aquæ ductu infra domum Romæ constitutam, nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit. Itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.

SPecies l. 41. hæc est: domus Romæ constituta veniit: quæ debuit fisco, vel ærario annuam pensitationem pro aquæ ductu, id est, pro forma aquæ ductus, quæ transibat infra eam domum, κάθω τῆς οἰκίας, *subtus eam domum*. Ut in *l. cum servus, §. heres, de leg. 1.* Fuit hujus pensitationis mentio pro forma aquæ ductus, sive pro aquæ forma, quod idem est, ut in *l. si pendentes, §. si quid cloacarii, de usuf. l. 1. C. de aquæ ductu lib.* 11. Quibus locis etiam ostenditur: possessores per quorum prædia aquæ ductus transit pensitare certum tributum, aquæ ductus reficiendi & purgandi causa, & inde agrimensores, qui de limitibus agrorum scripserunt, Mago & alii quidam: *aquarum*, inquit, *ductus per medias possessiones diriguntur, qui a possessoribus ipsis vice temporum repurgantur, propter quod levia tributa persolvunt.* In domo autem illa, quæ veniit, si venditor non dixerit emptori quod sciebat aut scire poterat & debebat domum huic oneri esse subjectam pro aquæ forma, decepto emptori, qui id ignorabat, tenetur actione ex empto, ut vel præstet emptori, quanto minoris empturus esset, si id ita esse scivisset, ut in *l. si minor, C. eod. tit.* Quæ lex idem esse statuit, si venditor dixerit sciens vel ignorans, minus esse tributum aliudve quoddam, vel minorem esse capitationem prædii, quod notandum illo loco Capitationem dici etiam de prædiis, tributum soli etiam, Capitationem appellari, ut in *l. ult. Cod. Theodos. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse*. Ergo lex ait, quod si venditor minus id tributum dixerit, quod majus esse postea inveniatur, sive sciverit, sive ignoraverit onus prædii, aut oneris quantitatem certam, emptori tamen teneatur, quanto minoris actione ex empto. Ergo in hac specie emptori in venditorem, qui reticuit onus ædium, competit actio ex empto quanto minoris, vel ut adjicit, si venditor agat cum emptore domus ob pretium, opposita exceptione doli mali, ut fit in secundo responso, *l. pen. de peric. & comm. rei vend.* habebitur ratio improvisi oneris, quod veluti ex improviso emersit, cum ante latuisset emptorem domus, hoc est, quanto minus ex pretio consequeretur venditor. Et hæc est sententia hujus legis, cui merito potest opponi lex *si sterilis, §. 1. h. t.* Quæ differentiam facit inter venditorem ignorantem & scientem: ita, ut si venditor sciens de tributo non dicat, quod debet prædium quod vendit, istius reticentiæ causa emptori teneatur ex empto: ignorans autem si de tributo nihil prædixerit, ut non teneatur ex empto: & tamen ante nos indistincte diximus teneri venditorem, sive scierit, sive ignoraverit: Sed ita est, si quod ignoraverit, scire debuerit aut potuerit, si justa non fuerit ignorantia ejus, non si justa fuerit ignorantia, ut in exemplo proposito in *d. l. si sterilis §. 1.* Si domus hereditaria erat, quam heres vendidit post aditam hereditatem, nam qui succedit in jus alterius, ignorantiæ habet justam causam, nec statim scire potest conditiones, & jus rerum hereditariarum, atque ita plane ignorans, qui vendidit domum hereditariam, & nihil dixit de tributo, quod debet, ignorantia eum excusat: At qui scire debuit, aut potuit pro sciente habetur, ut *l. pen. sup. ad Senatusc. Macedon. l. si Titius, de fidejussor. l. 1. §. causa, de ædil. edic.* ubi ait, venditorem teneri, quia potuit vitia rei venditæ nota habe-

habere ; ut Marcus Tull. eadem de re ſcribens 3. *de offic.* unus, quia ſcire debuit, alter quia ſcire potuit : utrumque idem poteſt. Et ita Græci in *l. pen. de condict. cauſa data* : illo loco: *Cum ſciret, ſe invito domino uti*, hæc ſupplent, *γινώσκων, ἢ ὀφείλων εἰδέναι*, *ſciens vel ſcire debens*, quia hæc ſunt paria. Nec vero alia eſt ratio, cur nunquam ignorantia excuſet venditorem vaſorum, ſi vaſa non ſint integra, quod generaliter dicitur de omnibus vaſis, non de doliis tantum in *l. ſed addes*, §. 1. *loc.* ſed etiam de omnibus vaſis in *l. 6. §. ſed ſi vas*, *h. t.* ut ſi vaſa vendita ſint vitioſa, ſi non ſint integra, ut ſemper eo nomine venditor emptori teneatur, etiam habens juſtam ignorantiæ cauſam, quoniam in venditione aliarum rerum, quæ non ſunt integræ, ignorantia aliquatenus excuſat, *l. Julianus h. t.* Ignorantia in venditione vaſorum, numquam excuſat, quoniam integra ea præſtare ſemper debet, quo jure utimur. Integra vaſa ſemper præſtare debet venditor, quia ſcilicet ſcire poteſt facile, aut ſcire debet quæ vaſa habeat integra vel non. Non eſt adferenda hæc ratio, quam alias audivi aliquem adferentem ; quod in doliis curandis ſoleant optimi patresfam. adhibere ſummam curam & diligentiam ; quod ſoleant ea picare & defricare, & inſolare, ut non poſſint non vitia doliorum nota habere, quoniam hoc ita proditum eſt in quocunque vaſe, & ſingulare eſt in venditione vaſorum.

Ad L. II. de Pignor. & hypoth.

HÆc lex expoſita eſt ſupra ad *l. fidejuſſor.* 32. *de neg. geſt.*

Ad L. II. Qui potior. in pign.

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior eſt, cui poſtea prædium ex his bonis datur : quamvis ex ceteris pecuniam ſuam redigere poſſit. Quod ſi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur ; ſi pecunia de his quæ generaliter accepit, ſervari non potuiſſet, deficiente ſecunda conditione : ſecundus creditor in pignore poſtea dato, non tam potior quam ſolus invenietur.

HUjus legis duæ ſunt partes. Primæ partis ſententia hæc eſt : duo ſunt creditores hypothecarii ex diverſis contractibus, alter prior altero, ſeu antiquior altero, & priori ſive antiquiori generaliter omnia bona debitoris pignori ſeu hypothecæ obligata ſunt, poſteriori autem creditori ſpecialiter ex eis bonis certum prædium : quæritur, uter in eo prædio potior ſit? Is, cui id generaliter, an is, cui ſpecialiter obligatum eſt ? Et reſpondet Pap. privilegio temporis in eo prædio priorem eſſe eum, cui generaliter omnia bona obligata ſunt, etiamſi omiſſo illo prædio poſſit ex aliis bonis redigere ſuam pecuniam ; mavult redigere ex prædio & repulſo poſteriore creditore, cui tantum id prædium ſpecialiter & nominatim obligatum erat, quia ſcil. in generali hypotheca prioris ineſt ſpecialis : proinde quaſi ſingulæ res debitoris pigneratæ ſunt, *arg. l. ſi chorus, in pr. de leg.* 3. Eſt autem in arbitrio creditoris ex rebus ſibi obligatis, quib. velit, electis ad ſuum commodum pervenire, *l. creditore, de diſtr. pign.* Et cum hoc reſponſo Pap. congruit etiam *l. generaliter, C. de diſtract. pign.* Nec ab eo diſcrepat *l. 2. C. de pign.* quam objicit Acc. hoc loco, quoniam in *dict. l. 2.* non ponitur eadem ſpecies generalis hypothecæ in priori creditore, & ſpecialis in poſteriore, qualis ponitur in prima parte hujus reſponſi, ut perperam illa lex hujus legis primæ parti objiciatur, quæ non eandem ſed aliam ſpeciem continet. Non eadem igitur in *l. 2. C. de pignor.* ponitur ſpecies, quæ in prima parte hujus reſponſi, ſed ea ipſa ſpecies, quæ mox a Pap. ſubjicitur in ſecunda parte hujus legis, videlicet primæ hypothecæ ſpecialis & puræ, ac ſecundæ hypothecæ generalis & conditionalis in priore creditore, in poſteriore autem ſpecialis tantum, in ſpecie idem conſtituit *d. l. 2.*

A quod Pap. hoc loco. Eſt autem ſpecies talis. Priori creditori ſpecialiter res quædam pignoratæ ſunt, ſubdita conventione ſive hypotheca generali ſub conditione, ut ſi ex iis rebus, quas ſpecialiter creditor pignori accepit, integram pecuniam redigere non poſſet, tum cetera bona præſentia & futura perſequeretur, quæ conventio vulgaris erat, hoc eſt, vulgo adjici ſolebat in hypothecis. Speciali hypothecæ ſolebat ſubjici generalis ſub conditione ante *l. & quæ nondum*, §. 1. *de pign. l. 9. de diſtr. pign.* Et quod hac conventione vulgo agitur, agique ſolebat, ut ita demum generali hypotheca ea creditor utatur, ſi ſpecialis, quæ præceſſit, non ſufficiat, id etiam actum ſemper intelligitur, ubicunque ſpeciali hypothecæ ſubjicitur generalis, etiamſi omiſſa ſit illa conditio, ut *d. l. 2. C. de pignor.* Quia quod vulgo fieri ſolet, ſi ſit omiſſum

B ſuppletur, & ſubintelligetur : atque ideo æquale jus in bonis omnibus, quæ volet eligere, creditor exercere poteſt, ſed prius æquum bonum eſt, ut excutiat ſpecialem hypothecam, quoniam ita ſenſiſſe intelliguntur contrahentes, hoc eſt, egiſſe tacite, quod vulgo agi ſolet expreſſe in contrahendis hypothecis. Pono igitur priori creditori res certas ſpecialiter fuiſſe pignori nexas, & ſi eæ res non ſufficerent redigendo ſeu ſervando debito, cetera bona generaliter : Poſteriori autem creditori ex ceteris bonis ſpecialiter fuiſſe obligatas res certas, & ita poſita ſpecie, ſi priori creditori ſpecialis hypotheca non ſufficiat, hoc eſt, ſi exiſtat conditio generalis, in ceteris bonis, prior potior eſt poſteriore ; at ſi priori ſufficiat ſpecialis, hoc eſt, ſi deficiat conditio generalis, poſterior in ſpeciali ſua hypotheca ex ceteris bonis non tam po-

C tior, ut eleganter Papinian. ait, quam ſolus habetur, non concurrente alio creditore, quia deficit conditio hypothecæ generalis factæ priori creditori. Et hæc eſt ſententia ſecundæ partis hujus l. in qua illo loco, *Ut ita demum cetera bona pignori haberentur, ſi pecunia de his quæ generaliter accepit ſervari non potuiſſet* ; manifeſtum eſt, pro *generaliter*, eſſe ſcribendum *ſpecialiter*, ut in marginis ſpatio quidam adnotavit, alias legi *ſpecialiter*, non *generaliter*, & profecto rectiſſime: alioquin ita poneret conveniſſe Papin. ut ita demum cetera bona pignori haberentur, quæ verba *Cetera bona*, demonſtrant generalem hypothecam, ut *l. 1. de diſtract. pign.* Ut igitur ita demum generali hypothecæ locus eſſet, ſi de generali hypotheca pecunia ſervari non poſſet, quæ conventio eſſet inepta & ridicula ; Accurſ. cum illo loco legit *generaliter*, in

D ſecunda parte hujus legis ex depravata ſcriptura hauſto errore, perperam ponit in priori creditore præceſſiſſe generalem hypothecam, quod ponit etiam male in *d. l. 2. C. de pign.* Non eſt omittendum huic reſponſo Papiniani locum eſſe non tantum, ſi inter priorem & poſteriorem creditorem ſit controverſia de jure hypothecæ, puta priore contendente, ſe etiam in generali hypotheca eſſe potiorem, in poſteriore negante, hac ratione, quia ſufficiet ſpecialis, quæ præceſſit, cujus intentio poſterioris, ſcil. melior & verior eſt : ſed etiam huic reſponſo locum eſſe, ſi lis ſit inter debitorem & creditorem, qui caſus frequenter contingit, puta creditore, qui habet ſpecialem & generalem hypothecam agente ſtatim ex generali hypotheca, & debitore negante, jus eſſe creditori perſequi generalem hypothecam, quandiu ſpecialis juſta & idonea

E eſt, & ſufficit ſervando æri alieno : quod æquius eſt, licet ſubtili jure omiſſa conditione illa, creditor æquale jus habet in omnibus bonis, quia generali hypothecæ, quæ ſubjicitur ſpeciali, ſemper ineſt tacita conditio, ſi ſpecialis idonea non ſit, quia quod vulgo agi ſolet pro acto habetur. Obſervandum eſt etiam, ſecundam partem hujus legis eſſe exceptionem primæ partis. Primæ enim partis definitio hæc eſt, priorem creditorem habentem generalem hypothecam præferri poſteriori habenti ſpecialem. Et exceptio ſecundæ partis hæc eſt ; niſi prior creditor habuerit etiam ſpecialem hypothecam, quæ præceſſerit generalem, & convenerit tacite vel expreſſe, ne uteretur generali, ſi ſufficeret ſpecialis, & ſufficiat ſpecialis : hoc enim caſu in alia ſpeciali hypo-

theca, quam posterior creditor habet, posterior creditor, ut ait, non tam potior, quam solus habetur, quia sufficiente priori creditori sua hypotheca speciali, cetera bona ei non tenentur, ergo posteriori soli tenentur, quæ ex ceteris bonis ei specialiter obligata sunt: denique in eis posterior creditor est solus. Cui dicto Pap. Accurs. objicit *l. idemque*, §. *si tibi*, *h. t.* ubi si tibi generaliter obligaverim bona futura, quæ habiturus sum, & Titio specialiter fundum certum, quem acquisiturus sum, nondum adquisivi, adquisito fundo illo lex ait, utrumque creditorem concurrere in pignore fundi, non solum in eo haberi Titium cui specialiter fundus obligatus est; nec te item solum haberi, tametsi ex pecunia debitoris tibi soli obligata, in quam habuisti generalem hypothecam, cum fundum debitor comparaverit, quæ est sententia *d.* §. *si tibi.* Sed Acc. recte respondet in *d.* §. *si tibi*, duobus creditoribus, tibi & Titio simul eodem tempore ita fuisse nexa pignora, ut proposuimus, idcirco concurrere in persecutione fundi. In specie autem hujus legis separatim diversis temporib. priori creditori res certas fuisse obligatas specialiter, etsi hæ specialiter obligatæ non sufficerent, res ceteras generaliter: posteriori autem creditori ex ceteris reb. res certas specialiter, & non concurrere utrumque in ceteris rebus, quia si deficit conditio generalis hypothecæ in persona primi, id est, si specialis hypotheca fuit idonea, sed & si exstitit conditio generalis hypothecæ, id est, si specialis hypotheca non fuit idonea, dicemus utrumque creditorem non concurrere, sed meliorem esse causam prioris; quia quum conditio exstitit, pignoris obligatio retrotrahitur atque recurrit ad præteritum tempus, quo de hypotheca sub conditione convenit, & pro eo habetur, ac si ab initio pure contracta fuisset, ut probat aperte *l. potior*, §. 1. *h. t.*

Ad L. III. de Distr. pign.

Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori, non superesse jus offerendæ pecuniæ convenit. Si tamen debitor, non interveniente creditore pignus vendiderit, ejusque pretium priori creditori solverit: emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, & usura medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obligatur.

Legis 3. *de distract. pign.* duæ sunt partes. Prioris sententia hæc est. Certum est, posteriori creditori esse jus offerendæ pecuniæ creditori priori cum interusurio, id est, cum usuris medii temporis; ut scil. posterior in pignore, quod utique diversis temporibus obligatum est, potiora jura habeat adimpleto priori & absoluto, *l.* 12. §. *simpliciter*, & §. *pen. qui pot. in pign. l.* 1. *C. eod. t.* At si prior creditor ex pacto pignus distraxerit, posteriori creditori non est jus offerendæ pecuniæ emptori, & auferendæ rei sibi olim pignoratæ, quia venditione pignoris rite facta jure creditoris, pignoris obligatio omnino perimitur in persona omnium creditorum, & res in emptorem transit liberas, optimo jure. Et hoc quidem proponitur in prima parte hujus legis, & in tit. *C. si anter. cred. pign. vend.* Et aliis plerisque locis. At in secunda parte ostenditur, aliud esse dicendum, si debitor ipse, qui est dominus pignoris, non prior creditor pignus vendiderit, ut ex pretio satisfaceret priori creditori: nam hoc casu posteriori creditori jus est cum interusurio offerendæ pecuniæ emptori, quæ ex arca emptoris pervenit ad priorem creditorem, quia emptor in prioris creditoris locum successit, & venditio pignoris facta a debitore non perimit jus pignoris secundi, *l.* 12. *C. de distr. pig.* Sicut nec si debitor versura facta tertio creditori accepta pecunia idem pignus obligaverit primi creditoris dimittendi gratia, jus secundi non perimitur, sed tertius creditor in locum primi succedit, & secundo jus est offerendi tertio, *d. l.* 12. §. *a Titio stip. qui pot. in pig. hab.* Hoc vero agitur semper, ut tertius succedat in locum primi, quando primi dimittendi gratia pignus ei obligatur, non etiam, si simpliciter debitor a tertio creditore versuram faciat primi dimittendi gratia, non obligato ei eodem pignore, quia licet ejus pecunia primus dimittatur, tamen non potest succedere in jus primi sine conventione expressa pignoris, *l.* 3. *quæ res pig. obl. pos.* Atque ita; ut ait lex, melior est conditio emptoris quam tertii creditoris: nam qui emit pignus a debitore primi creditoris dimittendi gratia, omnino succedit in jus & locum primi: qui autem credit pecuniam debitori primi creditoris dimittendi gratia, non aliter succedit in locum primi, quam si de pignore convenerit, ut tertius succederet in jus pignoris. Non est omittendum postremo, quod in hac secunda parte hujus legis ait, dum tractat de venditione pignoris facta a debitore, dum ait, *Si tamen debitor non interveniente creditore*. Unde notandum est, venditione pignoris a debitore facta auctore creditore, interveniente creditore, & quodammodo vendente pignus per interpositam personam debitoris, quo magis ei satisfiat, ut ait *l. sicut* §. *illud, t. seq.* perinde esse, atque si ipse creditor jure suo pignus vendidisset, & posteriori creditori non esse jus offerendæ pecuniæ emptori, quia utriusque pignus perimitur ita facta venditione. Ubi autem interveniente creditore animo remittendi pignoris debitor pignus vendit, aut obligat tertio creditori, non est necesse secundum offerre pecuniam emptori, vel tertio creditori, quia neque hic, neque ille succedit in locum primi, sed primo consentiente venditioni aut obligationi pignoris, ac pignus suum remittente, ipso jure secundi causa melior efficitur *l. Paulus*, *in princ. tit. seq.* Et ex his potest intelligi, quam sit verum, quod est in titulo de reg. juris: aliud esse vendere, aliud vendenti consentire, ad quam regulam creditor vendendo pignus etiam secundi pignus perimit, consentiendo autem vendenti debitori, pignus secundi non perimit. Et hæc sufficiant ad hanc legem, de qua etiam diximus lib. 2. *ad l. h. t.*

Ad L. IV. de Naut. fœn.

Nihil interest trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum, & conditionem impletam, periculum esse creditoris desierit. Utrubiq; igitur majus legitima usura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo nec pignora, vel hypothecæ titulo majoris usuræ, tenebuntur.

Illud in primis sciendum est, regulariter creditæ pecuniæ periculum pertinere ad debitorem, qui mutuam pecuniam accepit, & hoc esse, quod ait *l. incendium*, *C. si cert. pet.* Incendium ære alieno non liberare debitorem; de quo solo ille titulus est: debitorem enim intelligit creditæ pecuniæ, non qualemcunq; debitorem, & æs alienum non quodcunque debetur quacunque ex causa, sed quod debetur ex crediti causa: alioquin falsa ea definitio esset. Et eodem sensu *l. ult. Cod. de naut. fœn.* Naufragium non liberare debitorem, hoc est, debitorem creditæ pecuniæ; debitorem corporis certi quis nescit liberari naufragio vel incendio, si corpus debitum perierit sine culpa ejus ante moram? At debitorem creditæ pecuniæ nullus casus liberat, etiamsi confestim acceptam pecuniam incendio vel naufragio perdiderit, nec converterit in usus suos. Hoc vero utique verum est, nisi ita convenerit, ut pecuniæ creditæ periculum pertineret ad creditorem ipsum, non ad debitorem, id est, ut amissa ea pecunia incendio vel naufragio, vel quo alio casu majore, creditor jus crediti amitteret, nec quod credidisset repeteret. Hæc conventio justa est, ut fieri solet, quum impendet aut subest amittendæ pecuniæ creditæ, & periculi metus aliquis, ut quum athletæ vel gladiatori descensuro in arenam fœnerator mutuam pecuniam dat, qua se exerceat, ornet, & exhibeat, & comparet ad pugnam ea lege, ut si non vicerit, nihil referat, nihil reddat. Quæ lex sive pactio periculum quod fuisset debitoris, transfert in creditorem, & justa pactio est: vel quod etiam (quod fit fre-

quen-

quentius) quum negotiatori trans mare navigaturo fœnerator mutuam pecuniam dat, qua inſtruat navem, vel comparet merces ea lege, ut ſi naufragium fecerit, nihil reddat; neque vero ſolent navigaturi negotiatores a fœneratorib. mutuam pecuniam ſumere, niſi ſub hac lege ut periculum, quod metuitur ex navigatione maris, fœneratores in ſe recipiant: qua de cauſa cum dicimus nauticam pecuniam vel trajectitiam vel maritimam, eam dicimus quæ periculo fœneratoris mutuó datur. Verum iſtud onus ſuſcepti periculi fœnerator compenſat cum uſuris, quas contra ſibi paciſci & cavere poteſt in infinitum, quantumvis licet maximas: in hunc caſum ſcilicet ſi navis ſalva redierit, vel ſi ad portum appulerit quem petit: ſive perierit navis, aut pecunia, vel merx ex pecunia comparata, ut ſibi petierit, nec ſibi ſit repetitio pecuniæ. Olim potuit ſibi paciſci infinitas uſuras pro pretio ſuſcepti periculi, ut Paulus ſcribit 2. *Sentent. tit.* 14. Infinitas quum dicimus, hoc dicimus, ut poſſit ſibi paciſci duas, tres, quatuor, quinque centeſimas, ut de fœneratore quoque eſt apud Juvenalem;

Quinas hic capiti mercedes exigit.

Id eſt, ut quinas ſortis centeſimas exigit, idem poſſit ſibi paciſci uſuras ultra duplum, quoniam regulariter ubi uſuræ æquaverunt ſortem, ut ſors ſit centum, & uſuræ jam effecerint centum, quod eſt duplum, hoc eſt, alterum tantum, conſiſtunt uſuræ nec ultra excurrunt, ſed tamen pro præmio ſuſcepti periculi creditori debentur etiam ultra duplum. Hoc quidem obtinuit jure veteri, de quo eſt hæc lex: nam hodie ex conſtitutione Juſtiniani, is qui credidit mutuam pecuniam ſuo periculo, qui credidit nauticam pecuniam, non poteſt ſibi paciſci vel ſtipulari infinitas uſuras, ſed uſuram centeſimam tantum, quæ ſcil. in centenos aureos quotannis reddit duodenos, & centeſimo menſe æquat ſortem, non ut Accurſ. arbitratur duodecimo menſe, cujus opinio jamdudum exploſa eſt. In idiotiſmo centeſima uſura eſt, *au denier huict. & tiers*. Proinde ex conſtitutione Juſtiniani, qui credit pecuniam ſuo periculo, non poteſt ſibi cavere uſuras majores centeſimis, ergo nec ultra duplum; nam uſuræ, quæ accipiunt taxationem certam, puta finem centeſimæ, vel beſſis, vel ſemiſſis uſuræ, ſemper etiam duplo finiuntur, id eſt, ne altero tanto amplius ſorte inferantur aut debeantur. Denique ubi æquaverint ſortem uſuræ, quod deinde uſuris ſupernumeratur, imputetur in ſortem, minuat ſortem, deducatur ex ſorte. Et hoc quum creditor ſuſcepit pecuniæ periculum: nam non ſuſcepto pecuniæ periculo, creditor nullas uſuras, ſibi paciſceretur utiliter ſine ſtipulationis vinculo, *l.* 3. *C. de uſur.* quia mutuæ pecuniæ uſuræ non debentur ex pacto nudo ſine vinculo ſtipulationis. At jure veteri adhibita ſtipulatione non potuit ſibi cavere, niſi centeſimam uſuram creditor, qui non recipiebat in ſe pecuniæ periculum. Centeſima uſura fuit olim legitima uſura in omnibus cauſis *l.* 2. *C. Theod. de uſur.* Idemque patet ex §. *pen.* hujus legis, & ex *l. ſi pro mutua*, *C. ſi cert. pet.* in illo loco, *Uſurarum tit. legitima tantum recte petitur*, ſic legendum. Et legitimam vocat, quam paulo ante dixit centeſimam. Ergo centeſima uſura, eſt legitima uſura. At hodie creditor, qui non recepit in ſe periculum, non poteſt ſtipulari ſibi centeſimam uſuram, ſed ſemiſſem tantum, aut beſſem, aut trientem, ſecundum diſtinctionem Juſtin. in *l.* 5. *C. de uſur.* Nec tamen ultra duplum hodie ut olim, ut in hac *l.* §. *pen.* *l. ſi non ſortem*, §. *ſup. duplum*, *de cond. ind.* *l. pen. C. de uſur.* Pro mercede autem & pretio ſuſcepti periculi olim, ut dixi, creditor ſibi infinitas uſuras, & ſupra duplum cavere potuit: hodie centeſimas tantum & intra duplum, & cavere ſine ſtipulatione pacto nudo, ut in *l. ſeq.* & *l.* 7. *h. tit.* quod etiam hodie locum obtinet. His cognitis non erit difficile, quod ſcribit Papinian. in hac lege; ſi modo, ut oportet, id omne, quod ſcribit accipiamus ſecundum jus vetus, quod obtinuit ante Juſtinianum. Primum ait Papinianus: *Trajectitiæ ſive nauticæ pecuniæ, cujus periculum creditor noluit ſuſcipere, nunquam fœnus ei deberi majus legitima uſura*; hoc eſt majus centeſima uſura, quia uſura major centeſimà legibus non permittitur, niſi repenſandi ſuſcepti periculi gratia. Ergo qui periculum non ſuſcepit, ei non poteſt deberi fœnus majus centeſima legitima, & vulgari ſive communi uſurà. Item ſi nauticæ pecuniæ periculum ſuſceperit creditor ad diem tantum & conditionem certam, non in omne navigationis tempus, puta ſi navis perierit intra trigeſimum navigationis diem, intra certum diem, ut in *l.* 6. *h. t.* Papin. ait, hoc caſu ante diem ei poteſt deberi uſura major centeſima, ſi de ea convenerit, puta, duæ, aut tres, aut quatuor centeſimæ in infinitum; poſt diem vero periculi, quia periculum eſſe deſiit creditoris, non poſſunt ei deberi uſuræ majores centeſima, nec ultra duplum. Addit Papinianus: *Nec pignora, nec hypothecas titulo majoris uſuræ teneri*, qua de re dubitari poterat, nam pignoris retentione ſæpe ſervamus uſuras, quas alio remedio conſequi non poſſumus, veluti uſuras mutuæ pecuniæ creditæ ex pacto nudo, ſi & in eas pignus acceptum ſit. Nam etſi non poſſint peti ex pacto, tamen ſervabuntur per retentionem pignoris, *l. per retentionem*, & *l. pignor. C. de uſur.* Et ſimiliter retentione pignoris ſecundum quaſdam leges veteres, ut refert Juſtinianus in *l. pen. C. de uſur.* Uſuræ poterant ſervari ſupra duplum, ſed non etiam uſuræ majores centeſimis poterant ſervari per retentionem pignoris, *l. pretii*, *C. man.* nec hodie, nec olim, niſi ex quibuſdam legibus ſervari poterant uſuræ ſupra duplum per retentionem pignoris, *d. l. pen.* Et hoc eſt, quod ait Papinian. *titulo majoris uſuræ*, hoc eſt, titulo illegitimæ uſuræ, non poſſe retineri pignus vel hypothecam, non poſſe ſervari illegitimas uſuras per retentionem pignoris: illegitimas eſſe, quæ dupli finem excedunt, vel finem centeſimæ. Sequitur §. penultimus.

Ad §. penult.

Pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratia ſecuti, quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra duplum debetur.

INcipit §. penultim. ab his verbis: *Pro operis ſervi*, & in Baſil. & Flor. (nam antea perperam hæc verba aptabantur ſuperioribus) cujus §. ſententia hæc eſt: Cum creditor non ſuſceperit periculum totius navigationis, ſed verbi gratia Roma in Salonæ portum tantum, ut in ſpecie *l. pen. C. eod. tit.* qui portus eſt in Dalmatia, & cavet, ut ſalva nave in eum portum delata, ſibi fænebris pecunia reddatur Salonæ cum uſuris graviſſimis, de quibus convenit, tum ſolet etiam ſervum, qui naviget, cum debitore mittere proſequendæ pecuniæ nauticæ gratia, ut nave ſalva delata in portum ſua die, ſervus eam pecuniam exigat cum uſuris, ac ſi tardius ſolvat debitor eam pecuniam, in hunc caſum ſolet ſtipulari certam ſummam pœnæ nomine in dies ſingulos. *In hunc caſum*, hoc eſt, ſi non ut convenit ſua die ſervo pecunia reddatur, *l. trajectitiæ de oblig. & act. l. qui Romæ*, §. *Callimachus*, *de verb. obl.* Stipulatur autem hanc pecuniam, hanc pœnam pro operis ſervi, atque adeo in dies ſingulos, quia operæ ſunt diurnum officium, *l.* 1. *de oper. libert.* pro operis, inquam, ſervi, quibus caret propter moram debitoris, qua de cauſa, & ſtipulatio operarum dicitur in extremo hujus legis. Hæc autem ſtipulatio operarum, ſive pro operis, quia interponitur diſcuſſo periculo poſt diem & conditionem, in quam creditor periculum ſuſcepit, & vice uſurarum cedit plerunque, ut *l. pœnam*, *ſup. tit. prox.* Non poteſt excedere finem centeſimæ, quæ legitima uſura eſt, neque finem dupli, hoc eſt, altero tanto ſorte major eſſe non poteſt, quia ſtipulatio in id tempus confertur, quo periculum deſiit eſſe creditoris, qua de cauſa etiam ſtipulatio exigitur, nec pactum nudum ad augendam obligationem quicquam proficit. Sic apertiſſima videbuntur eſſe hæc verba, *Pro operis ſervi trajectitiæ*, &c. quia ſtipulatio confertur in tempus, quo periculum deſiit eſſe creditoris, hoc eſt, poſt diem periculi, ut jam non poſſit de-

debeti nisi centesima, quæ est communis usura, & intra duplum.

Ad §. ultimum.

In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita, quod in ea legitimæ usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.

POst diem periculi creditor, vel pœnam stipulatur pro operis servi nauticæ pecuniæ exigendæ gratia secuti debitorem, vel stipulatur usuras, vel stipulatur utrumque, ad finem tamen & modum legitimarum usurarum. ut si post diem periculi stipulatus sit bessem usurarum, qui stipulari potuit centesimam, quoniam hæc erat vulgaris & legitima usura, subdita alia stipulatione pro operis servi, poterit supplere, quod centesimæ usuræ deest, puta, trientem; Idemque est e contrario, si quod primum pro operis servi stipulatus est, minus sit centesima, nimirum quod deest centesimæ, suppleri potest per alteram stipulationem usuræ trientis. At si vel stipulatio usurarum, quæ interposita est ab initio sufficiat ad centesimam, si per eam creditori caveatur centesima usura, ei stipulationi non potest subjici altera, quia supplendæ tantum usuræ legitimæ, non etiam augendæ, alteram stipulationem subjici lex concedit.

Ad L. XV. de Fundo dot.

Dotale prædium, cujus vir possessionem retinuit post literas ad uxorem emissas, quibus dotis non fore prædium declaravit in matrimonio defuncta muliere, virum retinere placuit: quia mulier actionem ex pacto non habuit.

LEgis 15. *de fundo dot.* eadem est sors, quæ fuit superioris legis, quoniam neque hanc, neque illam glossæ, vel commentarii intellexerunt. Dotale prædium in hoc titulo, sive fundus dotalis est, cujus dominium marito per traditionem adquisitum est, *l.* 13. §. *dotale, hoc tit. l.* 5. *inf. sol. matrim.* Ergo & in hac lege sic potius accipiamus dotale prædium, quod traditione, non ut Glossa, & commentarii, quod conventione sola constitutum est. Fateor constitui etiam conventione sola, ut in *l. si ego* 9. & *l. si rem, de jure dot. l. creditor,* §. *prædium, de act. emp.* Sed in lege de fundo dotali, de qua est hic titulus, tantum id prædium dicitur dotale, cujus lex alienationem prohibet, quod traditione constitutum est; & in specie hujus legis, etiam traditione constitutum fuisse, vel ex eo apparet, quod ait, Maritum post literas ad uxorem missas, quibus prædium dotale, dotis nomine non fore declaravit uxori fuit, eum maritum possessionem prædii retinuisse. Si possessionem retinet, ergo etiam ante tradita ei fuit. Denique species legis hæc est: Maritus inter cetera prædium sibi traditum a muliere accepit in dotem, dos adventitia fuit, id est, non profectitia a patre mulieris, vel desiit esse profectitia morte parentis, qui dotem dederat: deinde per literas ad uxorem scriptas, maritus declaravit, id prædium se non habiturum in dotem, quod tamen in dotem acceperat, quæ literæ pro nuda pactione habentur, *l. qui negotia, ff. mand.* Si modo uxori gratum fuerit, quod maritus scripsit: hoc vero tantum maritus scripsit & declaravit per literas, ceterum uxori prædium non restituit, sed retinuit possessionem ejus; restitutio prædii dotalis inutilis fuisset, quia instar donationis obtineret, *l.* 1. *C. si const. matrim. dos sol.* Et donatio inter virum & uxorem constante matrimonio non valet: donatio autem, ut semper obtinuit ante Justinianum, re, non nudo consensu, aut nuda pactione perficitur, re, id est, traditione, non nudo consensu nudove pacto, quo jure etiam utimur, & vulgo, dicimus; *Donner, & retenir ne vaut,* nec utimur nova constitutione Justin. ex qua donatio perficitur sicut emptio nudo consensu. In hac specie igitur maritus, qui non restituit dotale prædium, sed id dotis non fore tantum scripsit,

A nihil donavit uxori, quia nihil tradidit, sed ut dixi hoc tantum pactus est per epistolam, ne prædium datum in dotem, doti esset, ex quo pacto solo non desiit esse dotale, nec mulier ex eo pacto, ut ait Papinianus, actionem habet propter regulam juris, ne ex eo pacto nudo obligatio nascatur vel tollatur. Unde sequitur, mortua in matrimonio muliere, maritum, quamvis pactus sit doti non fore, prædium id retinere jure dotis, nec restituere heredi mulieris, quia dos fuit adventitia & mortua in matrimonio muliere, dotem adventitiam constat ipso jure remanere apud maritum, & remanere semper, ut ait Ulpianus *lib. sing. reg. tit. de dot.* Semper, id est, sive extent liberi ex eo matrimonio, sive non extent. Et hoc quoque probant multæ admodum leges, *l. mulier, de cond. instit. l. Celsus, de usurpationib. l. ei, qui mortem, de his, quibus*

B *ut indig. l.* 5. *de bonis damnat. l.* 23. *de evict. l. si ab host.* §. *ult. sol. matrim. l.* 1. *C. si advers. dot.* Ex alienis auctoribus etiam Cornutus in Persium: *Dos, inquit, a cive Romano data, non patrio dicta nomine, id est,* dos adventitia, *si repudium non intervenerit, post mortem mulieris remanet apud virum.* Et imperitiæ arguuntur, qui hoc nesciunt in *l. si filia* 20. *in. pri. fam. erc.* idemq; procedit in dote profectitia præmortuo patre, qui dotem dedit, superstite filia & genero: nam si postea filia moriatur in matrimonio, æque dos illa remanet apud maritum, quia desiit esse profectitia morte patris auctoris dotis: quod idem Ulpian. scribit eo loco, & probat *l. cum patrem, C. de jure dot.* Dixi autem mortua in matrimonio muliere, dotem illam ipso jure remanere apud virum, quoniam etiamsi vir pactus non sit de dote lucranda in casum mortis mulieris, ipso jure ita

C se res habuit ante Justinian. Imperatorem. Et quod hoc loco Græci interpretes fingunt, tale pactum intervenisse, & ex pacto maritum retinere prædium dotale, hoc est ex constitutione Justiniani, quæ vetat mortua in matrimonio muliere citra speciale pactum, dotem cedere lucro mariti, sed jubet eam restitui heredi mulieris, *l. un.* §. *illo proculdubio, C. de rei uxor. act.* Hoc inquam, Græci affingunt ex constitutione Justiniani, quia jure veteri supervacuum est tale pactum, cum ipso jure ita se res habeat. Ceterum recte addunt Græci, *Si quo casu ejus prædii possessio ad heredem mulieris pervenerit,* id eum per exceptionem alterius pacti, ne prædium dotale esset, retinere posse, quia ex pacto, etiamsi non nascatur actio, nascitur tamen exceptio jure prætorio, quod est notissimum, & ob id ipsum Papinianus ponit in hac lege, virum prædii

D possessionem retinuisse, & actionem tantum denegat heredi mulieris, qua prædium repetat ex pacto, quoniam nec mulier ipsa habuit: & ita hæc lex explicatur, Accursii omni glossa obliterata.

Ad L. VII. de Fidejuss. & nom.

Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caveant, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierunt, atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros, quod ab eo servari non potuisset; placuit inter eos qui solvendo essent, actionem residui dividi: quod onus fidejussorum susceptum videretur. Nam etsi mandato plurium pecunia credatur, æque dividitur actio. Si enim quod datum pro alio, solvitur: cur species actionis æquitatem divisionis excludit?

E PLures sunt fidejussores unius tutoris, qui caverunt rem pupilli salvam fore, ii fidejussores finita tutela adolescentem rogaverunt (quo verbo constat, contrahi mandatum, *l.* 1. §. *rogatus, mand.* Et apud Virgil.

... *Orans mandata dedit.*

Verbum *oro,* vel *rogo,* mandatum perficit, verbis *rogo* & *recipio,* perficitur mandatum, si qui rogatus est recipiat se facturum, quod rogatus est. Denique verbo *oro,* & *rogo,* mandatum perficitur.) Fidejussores igitur finita tutela adolescentem rogaverunt, & impetrarunt, ut prius tutorem excuteret & conveniret, & ideo stipulanti adolescenti promiserunt; se reddituros, quod a tutore servare, & consequi non potuisset, propter ejus inopiam. Potuisset autem statim ab initio finita

finita tutela adolescens convenire unum ex fidejussoribus in solidum dimisso tutore sine metu exceptionis epistolæ Adriani, quæ inter plures fidejussores dividit actiones, ut singuli conveniantur non in solidum, sed in partem virilem, quoniam huic epistolæ non est locus inter fidejussores unius tutoris, id est, fidejussores unius tutoris non habent beneficium divisionis, *l. ult. rem pupilli salv. fore*. Et alia est ratio *l. 6. hoc t.* ut docui *lib. 2. sup.* ex quo ducta est. At in hac specie, quia adolescens maluit convenire tutorem dimissis fidejussoribus, & quasi novatione facta post pubertatem a fidejussoribus stipulatus est sibi reddi id, quod a tutore servare non posset: si agat ex hac stipulatione posteriori, in id forte, quod a tutore servare non potuit, quæ actio residui dicitur hoc loco, fidejussoribus uti licet beneficio divisionis, & desiderare, ut pro parte virili tantum singuli conveniantur, si omnes, ut epistola D. Adriani exigit, solvendo sint litis contestatæ tempore. Et ratio cur hoc casu fidejussores habeant beneficium divisionis, quod non haberent, si convenirentur ex priore stipulatione, rem pupilli salvam fore, hæc redditur a Papiniano hoc loco, quia videtur adolescens onus fidejussorem suscepisse cum electo tutore, ab eis denuo stipulatus est residuum, id est, quanto minus a tutore consequerentur. Onus, inquam fidejussorum videtur suscepisse, puta, si quis eorum rei judicatæ tempore non esset solvendo, inopia ejus oneraret adolescentem non ceteros confidejussores, sive collegas, qui id promiserunt novissime, quod adolescens a tutore consequi non posset, & quod ii ita promiserunt, non pro tutore id promiserunt quasi fidejussores, sed in rem suam, sive pro se, quoniam adolescenti mandaverunt, ut prius tutorem excuteret, *l. si mulieri dederim, ff. ad Senatusc. Vell.* Igitur nunc plures mandatores sunt in rem suam, non plures fidejussores tutoris. Placet autem non tantum inter fidejussores debitoris, sed etiam inter mandatores, puta, quorum mandato pecunia credita est, vel quid aliud factum est, dividi actionem ex epistola D. Adriani. Fateor epistolam tantum fuisse scriptam de fidejussoribus, sed ex æquitate, quæ eadem est in mandatoribus, atque in fidejussoribus, & ex auctoritate Papin. epistola Divi Adriani porrigitur etiam ad plures mandatores. Nam, hæc est ratio Papin. si plures mandatores creditori, quod dedit pro alio solvunt, aut solvere coguntur actione mandati, perinde atque fidejussores actione ex stipulatu, cur diversa species actionis æquitatem divisionis excludet? cur æquitas divisionis non valebit in omnibus actionibus, vel mandati, vel ex stipulatu, vel aliis, quæ dantur in eum, qui pro alio obligatus est, & solvere tenetur? quæ verba Papin. ipse Justinianus usurpat in *l. ult. C. de const. pec.* Definit etiam epistolam D. Adriani pertinere ad plures reos constitutæ pecuniæ, ergo & ad omnes, qui pro aliis pecuniam solvunt, sicut & illud, ut sortis tantummodo damnum agnoscant, non usurarum. Pertinet ad omnes, qui pro aliis pecuniam solvunt, ad omnes intercessores, *l. quæro, ff. locat.* Quod ergo dicitur, singulos mandatores teneri in solidum, non pro virilibus portionibus, *l. ult. sup. quod jussu, l. si mandati, §. Paulus, & l. seq. §. duob. mand.* id sane in mandatoribus excludit beneficium divisionis, sive beneficium epistolæ D. Adriani, non admittit, licet in dicto §. *Paulus*. subjiciat, pluribus mandatoribus simpliciter condemnatis, quorum rogatu pecunia credita erat, dividi sententiam in personas, quoniam id obtinet in omnibus reis condemnatis; *l. 1. & 2. si plur. una sentent. condem. sint.* Sed primus Papin. hoc loco auctor est producendæ epistolæ Divi Adriani etiam ad mandatores. Hoc debetur soli Papin. cui & hæc laus tribuitur ab omnibus, quod auxerit & locupletarit jus civile: & quod mandatores fidejussoribus conjunguntur in *d. l. ult. C. de constit. pecun.* quasi omnibus competat beneficium epistolæ D. Adriani. Sane quod ad mandatores attinet, non est ex ipsa epistola, sed ex interpretatione Papin. cujus etiam ratio proponitur iisdem verbis in *d. l. ult.* Quandoquidem in ea loco horum verborum *Æquitatis*

A *enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo potest*, ex hac lege nostra omnino est legendum: *Æquitatem enim divisionis diversa species actionis nullo modo excludere potest*, id est, qui pro alio solvere tenentur, quacunque actione conveniantur, sive mandati, sive ex stipulatu, sive ex constituta pecunia, sive qua alia, impetrare possunt, ut conveniantur singuli, non in solidum, sed pro virilibus portionibus, latius accepto beneficio Epistolæ Divi Adriani.

Ad L. XXVIII. de Donat.

Hereditatem pater sibi relictam filia sui juris effectæ donavit: creditoribus hereditariis filia satisfacere debet, vel si hoc minime faciat, & creditores contra patrem veniant: cogendam eam per actionem præscriptis verbis, partem ad- B *versus eos defendere.*

AIt in *l. 28. de donat. Hereditatem pater sibi relictam, &c.* Est elegantissimum responsum. Pater donavit filiæ emancipatæ hereditatem Titii, a quo heres institutus erat: filiæ emancipatæ, quia filiæf. donasset inutiliter. Id donando autem usus est nomine *hereditatis*, quod est juris nomen, quo scil. continentur omnia jura & actione omnes, quas heres habet in alios, vel quibus ipse aliis obstrictus est. Continet *hereditatis* nomen non commoda tantum, sed etiam incommoda & onera hereditaria; denique omnia jura continet, quæ defunctus habuit, vel quæ alii habuerunt in defunctum, bonave defuncti, & funeris impensam, ceteraque onera, quæ heredi incumbunt, neque enim semper est lucrativum hoc nomen, sed sæpe etiam detrimentosum *l. 8. §. 1. de legat. 2. l. heredita-* C *tis appellatio, de verb. signif.* Nihil autem interest, donaverit hereditatem, an vendiderit, an legaverit. Nam & emptorem, & donatarium, & legatarium vicem heredis, id est, vicem suam obtinere vult, qui scilicet vendit, vel donat, vel legat hereditatem sibi relictam ab alio, nihil inquam interest donaverit hereditatem an vendiderit, nisi quod ad speciem actionis attinet, sive modum & rationem compellendi emptoris hereditatis, vel donatarii, vel legatarii ad subeunda onera hereditaria: nam si vendiderit, actione ex vendito compellit emptorem hereditatis, ut se damno indemnem servet, & defendat adversus creditores hereditarios, *l. 2. de her. vel act. vend.* A creditoribus hereditariis emptor compelli non potest ad solutionem, quia nihil cum eis contraxit, vel quasi contraxerit, & venire duntaxat possunt creditores hereditarii adversus ven- D ditorem, qui quasi contraxit cum eis adeundo hereditatem, quia heres est, & heres manet, etiamsi hereditatem vendiderit: nec potest, qui semel heres extitit, desinere esse heres. Igitur cum eo sunt acturi creditores hereditarii, sed vel pro eo illis satisfacere debet emptor hereditatis, vel cavere de indemnitate adversus eos, aut præstare id quod interest actione ex vendito. Si donaverit hereditatem, donatarium in idem compelli actione præscriptis verbis, ut defendat, ut ait hoc loco, donatorem adversus creditores hereditarios, vel præstet donatori id quod interest. Nam actio præscriptis verbis semper concluditur in id quod interest dari fierive, quod convenit. Hoc igitur nomine donatori in donatarium est actio præscriptis verbis, quasi scilicet præscriptis verbis proprii contractus negotio gesto, qui nomine vacat, E hoc actum sit inter donatorem & donatarium hereditatis, ut donatarius susciperet onera hereditaria, quod utique satis agit expressim donator, cum dicit se hereditatem donare: nam *hereditatis* nomen etiam onera comprehendit. Donat igitur non tantum lucra, sed etiam onera utraque conjunctim. Id vero non agit, qui donat res simpliciter, vel bona, vel corpora hereditaria, quia hæc nomina non sunt nomina juris. Quamobrem eum, cui donatæ sunt res hereditariæ, vel bona, vel corpora hereditaria, non sequuntur onera hereditaria, nisi ex incontinenti donator id nominatim paciscatur, quo etiam nomine eo casu donatori in donatarium est actio præscriptis verbis, ut impleat pactum, *l. cum res, l. legem, C. de donat. eod.* Quod tamen pactum necesse non est adjici, si here-

A hereditatem donaverit, inest enim satis verbo hereditatis. Creditores autem hereditarii nullam actionem habent in donatarium, quia, ut ante dixi, nihil cum eis contraxit, vel quasi contraxit donatarius. Quod si quis legaverit hereditatem Titii sibi relictam per retentionem hereditatis, ex ordine legatarius ab herede compelli potest, ut caveat defensum iri heredem adversus creditores hereditarios, ut *l. cum filius*, §. *Lucio*, *de leg.* 2. *l. qui concubinam*, §. *cum ita*, *de leg.* 3. vel omisso isto ordine, omissa ista cautione, si eam hereditatem heres legatario præstiterit, vel si quo casu inconsulto herede possessio ejus hereditatis ad legatarium pervenerit, adhuc æquum est heredi dari condictionem incerti, qua condicat vel possessionem, quæ sine voluntate ejus, vel imprudentiam ejus ad legatarium pervenerit, vel, qua condicat cautionem omissam, ut in *l. qui exceptionem*, §. *pen. de cond. indeb. l.* 21. *ad Senatusc. Treb. l. hoc Senatusconsultum*, §. 1. *de usufr. earum rer.* B *quæ usu consum*. Et ex his apparet verum esse, quod initio proposui, nihil interesse donaverit quis an vendiderit, vel legaverit hereditatem alteri, quod ad effectum attinet: interesse, quod attinet ad genus actionis, quo res ad eum effectum perducitur.

Ad L. LI. de Fidejuss.

Inter eos fidejussores actio dividenda est, qui solidum, & partes viriles fide sua esse jusserunt: diversam erit verbis ita conceptis: solidum aut partem virilem fide tua esse, jubes? *tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere convenit.*

C IN hac lege plura sunt responsa Papin. quæ fere omnia pertinent ad beneficium divisionis ex epistola Divi Adriani. Hoc beneficium divisionis, id est, dividendæ actionis, in personas competit pluribus confidejussoribus, qui ab initio singuli se in solidum obligaverunt, si omnes solvendo sint tempore litis contestatæ, quo cum eis creditor agit: hoc eis dedit epistola D. Adriani, id est, D. Pii, ut patet ex *l.* 49. §. *quod si duo*, *in fi. tit. hujus*. Quod etiam relatum fuisse ex ea Epistola in edictum Prætoris, atque adeo idem beneficium fuisse confidejussoribus propositum edicto prætoris, docet Paulus 1. *Sent. t. de fidejus. & spons.* Quod etiam docuimus in *l.* 7. *de fidejus. tut.* fuisse porrectum ad plures mandatores, & ad plures reos constitutæ pecuniæ, & uno verbo ad omnes, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, & docebimus inferius, Novel. D Just. etiam fuisse idem beneficium porrectum ad duos vel plures conreos debendi, ad plures debitores principales, qui singuli obligati sunt in solidum, & pro se in solidum solvere tenentur. Recte autem hoc beneficium dari confidejussoribus, qui singuli in solidum obligati sunt. Nam si ab initio singuli se obligaverint, in partem virilem tamen, nihil indigent isto beneficio, quod ipsi jam sibi patefecerint initio contrahendæ obligationis, & de quo satis sibi caverint & prospexerint. Et hoc est quod ait initio hujus legis: Inter eos fidejussores, qui in solidum & partes viriles, conjunctim fide sua esse jusserunt, ut vulgo dicitur: *Chacun pour soy, & un seul pour le tout*; dividi actionem pro virilibus portionibus ex epistola D. Adria- E ni, quia manifestum est singulos ab initio se obligasse in solidum. At si disjunctim in solidum aut partes viriles fide sua esse jusserint, quia in disjunctivis stipulationibus semper quod minus est adsumitur, quo minuitur obligatio debitoris, manifestum est ab initio singulos intervenisse in partem virilem tamen, quia cum disjunctim promiserint in solidum aut in partem virilem, utique sunt semper adsumpturi partem virilem, nec igitur ad hanc speciem quicquam pertinet epistola D. Adriani, cum satis hac in re fidejussores sibi prospexerint.

Ad §. Fidejussor.

Fidejussor, qui partem pecuniæ suo nomine, vel rei promittendi solvit: quo minus residui divisione facta portionis judicium accipiat, recusare non debet. Eam. n. quantitatem A *inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, & si alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.*

SEquitur in §. 1. *Fidejussor qui partem, &c.* Recte itaque dixi initio, tempore litis contestatæ spectari, an omnes fidejussores solvendo sint, ut si omnes confidejussores solvendo sint, dividant inter se actionem, qua conveniuntur a creditore: nam & quantum debeatur tempore litis contestatæ spectamus, ut quod eo tempore debitum apparuerit, dividatur inter confidejussores, qui eo tempore idonei fuerint ex epistola Divi Adriani. Finge, duos fidejussisse apud creditorem in viginti pro uno debitore, & unum solvisse partem suam virilem ante litem contestatam, id est, solvisse 10. suo nomine, vel nomine debitoris principalis, nihil refert, deinde residuum peti ab utroque. Quæ- B ro an is, qui solvit partem suam, recte conveniatur in partem residuam? quod videtur, quia eam quantitatem ex epist. D. Adriani inter fidejussores, qui solvendo sunt, dividi placet, quam litis contestatæ tempore singuli debent, litis contestatæ tempore singuli in hac specie debent decem in solidum. Ergo etiam objecto creditori beneficio epistolæ D. Adriani singuli recte conveniuntur, & condemnantur in quinque. Et sane ipso jure ita se res habet; sed Papinianus ait esse æquius & humanius, φιλάγαθον, ut est in Basil. ut dicamus eum, qui solvit pro sua parte ante litem contestatam, etsi non liberetur ipso jure, sed pro altera parte, etiam maneat obligatus, quia ab initio se obligavit in solidum, liberari tamen eum, si alter solvendo sit per exceptionem doli mali, ut in *l.* 15. §. *ult. hoc tit.* Eo scilicet, quod solvit toto imputato in partem C suam, ut est in Basilicis, ἵνα λογισθῇ αὐτῷ τὸ ἴδιον μέρος; non etiam eo, quod solvit imputato in partem utriusque sive quod idem est, non deducto de sorte eo quod solvit, ut ait *l.* 37. *inf. de solut.* Quoniam si id quod solvit decederet de sorte, de summa, non de parte ejus sola qui solvit, solutio partis quam facit unus ex fidejussoribus suo vel debitoris nomine, non ei soli proficeret, sed etiam confidejussori, id est, uterque liberaretur pro parte dimidia, & uterque in alteram partem dimidiam maneret obligatus. Atqui solutio ei soli proficit, qui eam fecit, quia solus ipse liberatur, non quidem ipso jure, sed per exceptionem doli mali. Atque ita quod is solvit, non dicemus decedere de summa, sed de parte summæ, quæ eum contingit. Et ita quia ait *d. l.* 37. eum solum liberari, intelligere debemus ut liberetur per exceptionem. Sicut D in *l. qui res* 98. §. *mihi Romæ*, & *l. qui hominem*, §. *stipulatus*, *de solut.* Dicitur eum liberari, quod est scriptum simpliciter, & intelligendum, eum liberari per exceptionem, non jure ipso, alioquin illæ leges pugnarent cum aliis multis, sicut & *d. l.* 37. cum hoc §. & restat igitur confidejussorem hoc casu solum pro sua parte obligatum manere, & hoc recte notat *d. l.* 37. cujus tractatio est acutissima. Verumetiam, si unus ex fidejussoribus solverit partem dimidiam nomine debitoris principalis, non suo, quod & Papinianus proposuit initio hujus §. nomine debitoris, nomine rei promittendi, tanquam debitoris negotium gerens, quia cum fidejussor solvit partem nomine debitoris, id perinde habendum est, ut ait *d. l.* 37. atque E si e converso reus ipse solveret eam partem nomine illius fidejussoris. Quamobrem sive suo, rei debendi nomine unus ex fidejussoribus solverit partem, ipse solus, qui solvit, liberatur per exceptionem, quæ est sententia hujus §. Et quod ait de duobus confidejussoribus idem hodie, obtinet in duobus correis debendi, quia & iis dedit beneficium divisionis Just. in Nov. 99. Ante Justinianum unus ex reis debendi secundum jus Digestorum solvendo partem, omnino non liberatur, neque ipso jure, neque per exceptionem; sed in reliquum obligatus manet, etiamsi alter correus solvendo sit, *l. si ex toto.* §. 1. *de leg.* 1. Nisi si ita convenerit ne quid amplius ab eo ultra eam partem creditor peteret, ut in specie *l. si creditores*, *C. de pact.* Quo sane casu correus, qui solvit partem suam, liberatur omnino per exceptionem pacti, vel doli mali, quæ

con-

concurrit femper cum exceptione pacti, liberatur, inquam, per exceptionem pacti, etiamfi alter correus folvendo non fit. At unus ex fidejufforibus liberatur folvendo partem, etiamfi nihil convenerit, ne quid ab eo amplius peteretur, fi modo alter confidejuffor folvendo fit, vel etiam, fi id convenerit, licet alter folvendo non fit, ut in *d.l.* 15. §. *ult.* Et præterea animadvertendum eft in hoc §. agi de fidejuffore, qui folvit partem fuam, partem virilem, ut in *d.l.* 37. Nam fi minus virili folvit, recte Gloffa fentit, non omnino eum liberari, fed in id quod deeft parti virili obligatum manere, nifi fcilicet pactus fit cum creditore, ne quid amplius ab eo peteretur, ut in fpecie d. l. 15. §. *ult.* Quod fi plus folverit portione virili, proculdubio & ipfe liberatur pro fua parte, quia fuam partem utique folvit, & quando plus folvit, tanto minus etiam a confidejuffore peti poteft. Et ftulte Angelus hoc loco feductus Gloffa in verbo *folvit*, quæ tantum loquitur de eo, qui minus virili, non qui plus folvit, ait, *eum qui plus folvit, non liberari*, & argumento iftius Gloffæ, quæ hoc nunquam cogitavit, fe advocatum Florentiæ viciffe apud judicem certe imperitiffimum, quo etiam nomine a ceteris Angelus reprehenditur.

Ad §. Duo.

Duo rei promittendi feparatim fidejuffores dederunt: invitus creditor inter omnes fidejuffores actiones dividere non cogitur. Sed inter eos duntaxat, qui pro fingulis intervenerunt. Plane fi velit actionem fuam inter omnes dividere, non erit prohibendus: non magis quam fi duos reos pro partibus conveniret.

Recte dixi initio hujus legis, beneficium divifionis dari confidejufforibus: ii funt, qui pro uno vel pluribus debitoribus in caufam unius contractus, unius obligationis fidejufferunt fimul, vel feparatim, nihil intereft. Et ii funt confidejuffores, ut patet ex *l.* 48. *h. t.* Nam fi fidejufferint in caufam diverforum contractuum, diverfarum ftipulationum, quibus debitores feparatim obftricti funt, licet ex omnibus contractibus una eademque pecunia debeatur in folidum: tamen confidejuffores non funt. Diverforum contractuum, quibus debitores principales tenentur, fidejuffores, confidejuffores non funt, *l.* 43. *h. t.* & ideo indulgendum non eft eis auxilium divifionis. Finge, duo funt rei debendi ejufdem pecuniæ, qui finguli ftipulanti creditori feparatim eam pecuniam fe redditur os promiferunt, & fingulos quoque fidejuffores in fingulas ftipulationes finguli feparatim dederunt: hi fidejuffores, quia non funt confidejuffores, finguli in folidum conveniri, prout elegerit creditor, & condemnari poffunt: nec inter eos invito creditore dividetur actio, quæ inter confidejuffores divideretur invito creditore. At volente creditore nemo dubitat, quin, ut inter reos debendi actio dividi poteft parte petita a fingulis, *l.* 3. §. *ult. fup. de duob. reis*, *l. reos*, *C. de fidejuf.* ita etiam poffit creditor fua fponte dividere actionem inter fidejuffores reorum, tametfi confidejuffores non fint, quæ eft fententia hujus §. Adnotandum tantum eft, hodie, quia etiam rei debendi invito creditore habent beneficium divifionis ex Nov. 99. ex perfona reorum etiam beneficium dividendæ actionis habituros fidejuffores eorum: argumento *l. pupillus*, *fup. de fidejuff. tut.* Et vero ita eft.

Ad §. Creditor.

Creditor pignus diftrahere non cogitur, fi fidejufforem fpecialiter acceptum omiffo pignore velit convenire.

Excepto refponfo hujus §. cetera omnia funt de beneficio divifionis, cujus fententia hæc eft, brevis & facilis; creditorem, qui pignus & fidejufforem accepit, omiffo pignore poffe prius convenire fidejufforem, quod notatur utique eum fervare debere hodie ex Novella 4. fi pignus poffideatur ab extraneo, ut fcilicet prius conveniat fidejufforem, quam perfequatur pignus quod extraneus poffidet, atque diftrahat, non fi pignus ab ipfo debitore poffideatur: nam prius debet excutere pignus, quod debitor ipfe poffidet, quam experiri cum fidejuffore, ex eadem Novella. Quod autem ait in hoc §. creditorem omiffo pignore fidejufforem convenire poffe, & addo, debere, fi pignus poffideatur ab extraneo, & fupradicta Nov. ita verum effe ait, fi fidejuffor fimpliciter, fi ἀπλούστερον acceptus fit, id eft, fi non acceptus in id tantum, quod ex pignore redigi non poffit, ut in *l. omiffis*, *C. de fidejuffor.* & ita etiam fimpliciter acceptus fidejuffor dicitur in *l. reos*, *C. eod. t.* & *l.* 2. *C. de fidej. tut.* Hoc vero cafu, cum fidejuffor acceptus eft in id, quod ex pignoris diftractione fervari non poffit, prius debet excuti pignus, quam fidejuffor indiftincte, propter conventionem, five pignus poffideatur ab extraneo, five ab ipfo debitore.

Ad §. Cum inter.

Cum inter fidejuffores actione divifa, quidam poft litem conteftatam folvendo effe defierunt: ea res ad onus ejus, qui folvendo eft, non pertinet, nec auxilio defendetur ætatis actor. Non enim deceptus videtur jure communi ufus.

Finge: divifa eft actio inter confidejuffores, quod quidem defiderare poffunt implorato beneficio epiftolæ Divi Adriani quandocunque ante rem judicatam, quia peremptoria defenfio eft, *l.* 10. *C. de fidejuffor.* videlicet, fi omnes folvendo erant litis conteftatæ tempore, vel eo ipfo tempore, vel poft litem conteftam ante rem judicatam, defiderabunt dividi actionem, & fingulos damnari in partem virilem tantum. Finge, inquam, omnes fuiffe folvendo tempore litis conteftatæ, & inter eos fuiffe divifam actionem, fed poft litem conteftatam unum ex eis ad inopiam perveniffe. Quæritur, quem inopia iftius oneret, actorem, id eft, creditorem, an confidejufforem? Et definit inopiam ejus, qui lapfus eft facultatibus fuis, poft litem conteftatam onerare creditorem ipfum, non confidejufforem, licet creditor minor fuerit 25. annis. Quod habuimus etiam in *l.* 7. *de fidej. tut.* Nec poterit minori ex hac caufa dari reftitutio in integrum adverfus fidejufforem, quia reftitutio datur minori decepto tantum: deceptus autem non videtur, qui jure communi ufus eft: quam fententiam Pap. ufurpat Imperator, ut folet fæpe libenter hoc auctore uti, in *l. ult. C. de in integr. reftit.* quæ lex conftat tantum hac fententia: *Non videtur minor circumfcriptus, qui jure communi ufus eft.* Et ibidem Græci notant effe antiquam regulam, παλαιός τίς ἐστιν διατάξεως κανών. Et fane antiqua eft cum fit pofita fub tit. *de reg. jur. antiq. l. nihil confenfus*, §. 1. Jus autem commune eft, five jus publicum, ut dividatur actio inter fidejuffores, qui funt folvendo litis conteftatæ tempore. Minor divifit actionem inter fidejuffores, qui erant folvendo litis conteftatæ tempore; non videtur deceptus & circumfcriptus, licet poftea quidam ex eis exuti fint facultatibus. At fi ab initio minor inter eos divififfet actionem, qui tempore litis conteftatæ folvendo non erant, hoc cafu fateor ei fubveniri beneficio ætatis per reftitutionem in integrum, quia hoc cafu jure communi non eft ufus, quia imprudens inter inopes divifit actionem, ut *l. feq.* §. *inter h. t.* Et poteft quidem ad *l. ult. C. de in integr. reft.* poni fpecies congrua ex hoc §. fed propior eft & legi conformior fpecies, quæ conficitur ex *l. mulier*, *C. de jur. dot.* & *l. ult. C. de magiftrat. con.* fi conjungantur cum *d. l. ult. de in integr. reft.* Secundum quod paritas infcriptionis & fubfcriptionis in omnibus requirit. Et fpecies hæc eft. Mulier 25. annis minor, confenfu jufti curatoris dotem marito dedit vel promifit pro modo facultatum fuarum, & dignitate mariti familiæque fuæ, non poteft reftitui adverfus dotem vel dotis promiffionem, quia in ea conftituenda ufa eft jure communi. Recte data, recte promiffa dote pro modo patrimonii fui auctore curatore, proinde auxilio ætatis non defendetur, quo minus ab ea dos exigatur, ut ait *d. l. mulier*. Licet culpa fcribæ, qui inventarium bonorum ejus fecit, ei curator in mi-

minorem, quam dos fuerit, quantitatem caverit, dato fidejussore rem puellæ salvam fore, quo nomine propter culpam scribæ, puellæ quidem est adversus scribam actio in factum in id, quod interest ex Senatusconsulto, de quo in *d.l.ult.* & in toto tit. *de magist. conven.* Sed non etiam restituitur mulier adversus dotem semel jure communi constitutam pro viribus patrimonii, & consensu curatoris legitimi, quæ tamen restitueretur, si ultra vires & contra jus commune dotem constituisset, vel promisisset. *l.si causa*, §.1.*ff.de minor.* Jus commune est, ut mulier dotem constituat pro viribus patrimonii sui, & curatore auctore, si minor sit: hoc quæ fecit, non restituitur in integrum. Quæ secus fecit, id est, cavit dotem supra vires patrimonii sui, quia aberravit a jure communi, restituitur in integrum. Potest etiam ad eandem regulam positam in *d. l. nihil consensui*, §.1. quem ex verbis & inscriptione scimus pertinere ad restitutionem minorum, potest, inquam, ad eam quoque poni congrua species ex hoc §. sed propinguior est quæ sumitur ex *l. in causæ* 11.§. 2. *de minor.* Quoniam utraque est ex eodem Ulpiani libro, & species hæc est: Adolescens sive minor xxv. annis paulo minore pretio fundum suum rite vendidit, nempe ex decreto Prætoris, & curatore auctore, paulo, inquam, minore pretio, non tamen infra dimidium justi pretii: nam hic casus semper excipiendus est, an potest adversus eam venditionem restitui in integrum, quasi deceptus? Minime; quia in ea venditione facienda jus commune observatum fuit, licet reipsa deceptus sit paulo minore pretio accepto: nam jus commune est, ut liceat venditori quod minus est pluris vendere, si possit, & emptori quod pluris est minoris emere, *l. si voluntate*, *C.de rescind.vend.* Et in pretio constituendo possunt emptor & venditor citra dolum malum reipsa se invicem circumvenire, hoc est concessum naturaliter sive ἐμπορικῶς, ut ait Novel.97.c.1. Hæc scilicet est natura contractus emptionis & venditionis, ut vendat unus quanto pluris, emat alter quanto minoris potest, & sibi quisque rem suam bene gerat citra dolum malum, ideoque prætextu minoris pretii, nec a minore jure facta venditio rescindi potest per restitutionem in integrum, quia non videtur captus & circumscriptus, qui jure communi usus est.

Ad §. Bonis.

Bonis damnati fidejussoris fisco vindicatis, inter fidejussores actio postea si dividi cœperit, ut heredis, ita fisci rationem habere oportet.

NOtandum est beneficium dividendæ actionis non tantum confidejussoribus dari, sed etiam heredibus eorum, si ex eorum persona conveniantur, ut *l.27.sicut, &* *l.49.§.quod si duo*, *h.t.* Et non tantum heredibus, sed etiam quibuslibet successoribus eorum, ad quos bona eorum pervenerint: ergo etiam fisco, si fiscus occupaverit eorum bona, ut puta, si unius fidejussoris bona confiscata sint ex causa delicti, & creditor agat cum fisco quasi successore illius fidejussoris, vel cum altero confidejussore, si omnes solvendo sint litis contestatæ tempore. Fiscus semper est solvendo, & ideo nunquam dat fidejussorem, *l.2.de fun.dot.l.1.§.si ad fiscum. ut leg. nom. cav.* Fiscus, inquam, si ceteri fidejussores solvendo sint, implorato beneficio epistolæ Divi Adriani, potest desiderari, ut singuli pro parte conveniantur; atque etiam, ut ipse tantum pro parte conveniatur ex persona damnati fidejussoris: Nam est perpetuum, quod dicitur in *l.fiscus, de jure fisci*, fiscum, qui in jus privati succedit, jure privati uti. Ceterum in hoc §. hæc verba, *damnati fidejussoris*, sic exaudire oportet: *damnati* ex crimine scil. aliquo, ea pœna, quam sequitur publicatio bonorum, veluti morte, aut metallo, aut deportatione, ut *l.1.ff.de bo.dam.l.bona, de jure fisci* & expunge Glossam hoc loco, quæ dixit, etiam damnatum & confiscatum fidejussorem, si vivat, id est, si ultimo supplicio damnatus non sit, sed vel metallo, vel exilio, a creditore conveniri & condemnari posse: Quod omnino est falsum, quia damnatione illa tota obligatio perinde ac morte contra eum extinguitur, *l.47.h.t.* & transfertur in fiscum, & ita Bartolus recte, & alii: At non omnino recte quod ajunt ad fiscum non transire stipulationem conditionalem, qua verbi gratia deportatus tenebatur, si post deportationem conditio stipulationis extiterit, cum tamen transeat in heredem: si post mortem promissoris conditio exstiterit, *l.quoties, in fi.& l.novatio tit.seq.* Et ita dicunt, fiscum non esse per omnia heredis loco, & hanc esse differentiam inter fiscum & heredem: partim admitto hanc differentiam, partim non admitto. Admitto, si conditio extiterit ante aditam hereditatem, ut loquuntur illæ leges, vel antequam fiscus agnoverit damnati bona, & ratio differentiæ hæc est: quia eo tempore quo cedit, committiturve stipulatio conditionalis, id est, eo tempore, quo conditio exstitit, necesse est ut sit persona, cui debeatur, alioquin stipulatio conditionalis, existente conditione committitur inutiliter, si eo tempore, quo conditio existit, non sit persona, cui debeatur, aut deberi possit, ut *l.38.in fi.h.t.* At conditione exsistente ante aditam hereditatem, est persona, quæ obligetur, puta, hereditas jacens, id est, nondum adita, quæ in nostro jure personæ vice fungitur, *l.22.hoc tit.* At antequam fiscus bona agnoverit, nulla est hereditas, nullave successio, aut nulla hereditas potest esse capite deminuti, quæ personæ vice fungatur: & ideo inutiliter committitur stipulatio exsistente conditione, antequam fiscus agnoverit bona; quia non est persona ulla, ne fictitia quidem, in quam stipulatio committatur, verum post aditam hereditatem, vel agnita bona existente conditione stipulationis. Non admitto eam differentiam, quia cessat superior ratio diversitatis, propterea quod fiscus, qui agnovit bona, vice heredis est, *l.2.C.ad leg.Jul. de vi*. Hoc igitur casu nulla est differentia inter heredem & fiscum. Falso etiam tentat aliam esse differentiam inter heredem & fiscum, quasi in heredem transeat & transferatur judicium cœptum a defuncto: in fiscum autem non transferatur judicium cœptum a defuncto, vel ab eo, cujus bona postea publicata sunt, quam eruunt ex *l. si costante*, §. *ult. ff. sol. mat.* Quæ tamen non dicit, expirare judicium, quod ad fiscum attinet: judicium, scil.dotis, quo soluto matrimonio egit mulier adversus maritum, si interim pendente judicio dos mulieris publicata sit, non dicit, inquam, expirare judicium, quod ad fiscum attinet, sed quod ad mulierem tantum, quæ cœperat agere de dote, quæ publicata est: id .n. judicium peraget fiscus, nec ante occupabit dotem quam constiterit, cedere an debuerit lucro mariti, an restitui mulieri, qua de re cœptum erat judicium inter maritum & mulierem soluto matrimonio, quod sane transferetur in fiscum, si fiscus contendat dotem fuisse mulieris, atque adeo ad se redire jure confiscationis.

Ad L. XXVII. de Novationibus.

Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit, quicquid ex vendito dare facere oportet, *novatione secuta, usuras neutri post insecuti temporis debet.*

HUjus legis species hæc est: Luc. Titius emptorem sibi obligatum ex causa venditionis delegavit mihi creditori suo, ut quod sibi debet ex ea causa, id novatione facta promitteret mihi stipulanti, hoc modo: *Quidquid te Lucio Titio, ex vendito dare facere oportet, id mihi dari fieri spondesne?*

Finge autem, emptorem Lucio Titio venditori debuisse pretium, & usuras pretii post diem traditionis rei venditæ, ut in *l. Julianus*, §.*ex vendito*, *ff. de action.empt.* Ex ea stipulatione, quæ novandæ obligationis causa interposita est, mihi quidem usuræ præteriti temporis debebuntur, quæ venditori debebantur: sed quæritur, an etiam in futurum mihi usuræ pretii debeantur, aut si mihi non debeantur, quod est verius, quia mihi in futurum non cavit, an debebuntur venditori? Et respondet Papinin. post factam novationem usuras insecuti temporis

Poris neutri deberi, id eſt, neque venditori deberi, qui in univerſum receſſit ab obligatione empti venditi, ſive quia in ejus, in venditoris ſcilicet perſona, omnino novata eſt obligatio empti venditi; neque etiam deberi creditori, quia futuri temporis uſuras ſtipulatus non eſt. Unde generaliter conſtituamus: poſt novationem obligationis uſuras non currere, ut ait *lex* 18. *h. t.* Et hoc inter cetera diſtat novatio voluntaria, quæ fit per ſtipulationem, a novatione neceſſaria, quæ fit per litis conteſtationem, alio vice debitoris judicium accipiente, & conteſtante litem; quæ novatio dicitur neceſſaria, quia judicium redditur in invitos. Hoc autem dicimus diſtare novationem voluntariam a novatione neceſſaria, ſive litis conteſtatione, quia lite conteſtata uſuræ currere non deſinunt, *l. lite, ſup. de uſur.* quæ eſt conjungenda cum dicta *l.* 18. *h. t.* quæ aliud ſtatuit in novatione voluntaria, qua interpoſita negat currere uſuras. Sunt & multæ aliæ differentiæ inter novationem voluntariam, & novationem neceſſariam. Perit privilegium exigendi, quod habuit creditor facta novatione voluntaria, ſi modo abjiciendi privilegii animum habuerit, non etiam facta novatione neceſſaria, *l. 29. h. t. l. quæſitum, in fi. inf. de bon. auctor. jud. poſ.* Facta novatione voluntaria pignora liberantur & hypothecæ, ſi hoc agatur, ut agitur plerunque, non etiam novatione neceſſaria, *d. l.* 18. *& l. 30. h. t. l. 1. C. etiam ob chir. pec. pign.* Item novatione voluntaria fidejuſſores, & mandatores liberantur, *l. 4. C. de fidei.* non etiam facta novatione neceſſaria, *l. 27. & 28. C. eod.* Ac poſtremo ſtipulatio pœnalis, ut puta, ſi creditor ſtipulatus ſit pœnam, ſi ad diem pecunia ſoluta non eſſet, ea ſtipulatio perimitur facta novatione voluntaria, *l. 15. h. t.* non facta novatione neceſſaria, *l. 90. ſup. de verb. oblig.* Non omittam, quod in formula ſtipulationis propoſitæ hoc loco, *Quidquid ex vendito, dare facere oportet*, Baſilica, *facere*, interpretantur *παρασχεῖν*, non male imo rectiſſime: nam præſtare facere eſt, *l. ex empto in princip. ſup. de act. emp. l. ſi mandatu meo, §. quoties ſup. mandati.*

Ad L. XXXVI. de Jure fiſci.

Prædiis a fiſco diſtractis, præteriti temporis tributum eorundem prædiorum onus emptorem ſpectare placuit.

HUjus legis ſententia hæc eſt: Eum, qui emit prædia, a fiſco, quæ quondam privati hominis fuerunt, debere præſtare tributum, non futuri temporis tantum, ſed etiam præteriti, quod ea prædia ſcilicet fiſco debent, & nihil refert fiſcus ea prædia vendiderit jure hypothecæ vel jure ſucceſſionis, poſſeſſore damnato & confiſcato, an poſſeſſor ipſe vendiderit: nam emptor debet ſemper reliquum præteriti temporis, reliquum tributorum ſi prædia poſſideat, quoniam hæc tributa ſive vectigalia ipſa prædia debent, non perſonæ, *l. Imperatores, ſup. de publ. l. 2. C. de ann. & trib. lib.* 10. Demoſthenes in Timocratem, *εἰσφορὰς ὀφείλειν τὰ κτήματα, οὐ πρόσωπα*, *tributa poſſeſſiones debere, non poſſeſſores*. Aut quod idem eſt, *Poſſeſſores debere nomine poſſeſſionum. Poſſeſſores quoſcunque*. Et Theodoſius Imperator in Novella, cujus thema tale eſt. *Neque domum divinam, neque Eccleſiam, &c. omnem cenſum agrorum eſſe, non perſonarum*: omnem cenſum, inquit, id eſt, omne tributum. Omne tributum proinde ſequitur quemcunque poſſeſſorem agrorum. Unde in hac lege, tributum eorundem prædiorum onus eſt, *ἐπεξήγησις*, tributum, quod ſc. eſt eorundem prædiorum onus. Ac eadem ratione, cum dixiſſet *d. l. Imperatores*, emptorem, & quemlibet poſſeſſorem prædiorum reliqua, ſive præteriti temporis tributum, ſolvere debere, ſubjicit, *emptori tamen ſi ignoraverit, prædia eſſe obnoxia reliquis quamplurimis, qu' il y euſt beaucoup d' arrerages*. Emptori, inquam, dari actionem ex empto adverſus venditorem, ut vel præſtet venditor, quanto minoris empturus erat, ſi id non ignoraſſet, ut in *l. ſi minore, C. de act. emp.* Nam in *d. l. Imperatores* pro *exemplo*, jam olim oſtendi eſſe legendum, *ex empto*: & hoc ipſo libro idem Pap. ſcripſit de actione ex empto, quod venditor celaverit emptorem onera tributorum. Idem ſcripſit Pap. in *l. in venditione, de act. emp.* cum qua hanc legem non inepte conjunges.

Reſtant adhuc loci, ad quos nunc veniamus, quibus alii auctores ſumunt teſtimonia ex hoc lib. 3. Reſponſorum, in quibus Pap. citatur.

Ad §. Si quis Titio L. X. ff. mand.

Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus ſuis mutuam pecuniam acciperet: mandati eum non acturum Pap. libro tertio Reſponſorum ſcribit: quia de mutua pecunia eum habet obligatum, & ideo uſuras eum petere non poſſe, quaſi ex cauſa mandati, ſi in ſtipulationem deductæ non ſunt.

IN *l. 10. §. ſi quis Titio, & §. idem Pap. & §. ſi cui mandavero, mand.* proponuntur tria reſponſa Papiniani nominatim ex hoc *lib. 3. Reſpon.* 5. Primi ſpecies hæc eſt. Cum me Titius rogaret mutuam pecuniam, ei mandavi, ut acciperet ab actore rerum mearum hanc pecuniam, id eſt, ſervo meo diſpenſatore, & accepit. Quæritur utrum mihi Titius ex cauſa mandati teneatur, an ex cauſa mutui, quod magni intereſt ſcire, ut in *l. qui negotia 43. mand.* quia ex cauſa mandati uſuræ; (nam judicium eſt bonæ fidei) peti poſſunt: etiamſi in ſtipulatum deductæ non ſint. Ex cauſa mutui, quia eſt ſtricta actio, citra vinculum ſtipulationis uſuræ peti non poſſunt, *l. 3. C. de uſur. l. Titius, de præſc. verb. l. 10. §. ſed utrum, de in rem verſ.* Quæ fuit etiam cauſa dubitandi apud eundem Pap. hoc ipſo libro in ſpecie legis 25. *§. ult. depoſ.* eſſet ne actio depoſiti in hac ſpecie, an actio creditæ pecuniæ: quoniam depoſitæ pecuniæ uſuræ debentur etiam ex pacto nudo, creditæ autem pecuniæ non debentur ex pacto nudo ſine ſtipulatione. Et in ſpecie quidem propoſita in *d. §. ſi quis Titio*, Pap. reſpondet, Titium, qui mandato domini pecuniam ab ejus actore accepit, non mandati actione domino teneri, ſed condictione, quæ de mutuo dato proponitur, quia nihil refert ipſe Titio eam pecuniam numeraverit; an actor, qui rem ejus pecuniariam tractabat omnem, & ideo Titius uſuris, etiamſi quid de iis convenerit inter dominum & Titium, non obſtringitur citra ſtipulationem, quia non id agebatur, ut mandati contraheretur obligatio, ſed creditæ pecuniæ, cujus uſuræ non debentur citra ſtipulationem. Quod autem refertur ex eodem libro Papin. in *d. §. idem Papinianus*.

Ad §. Idem Papinianus, ff. eod.

Idem Papinianus libro eodem refert fidejuſſori condemnato: qui ideo fidejuſſit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet: utilem actionem dandam, quaſi inſtitoriam, quia & hic quaſi præpoſuiſſe eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur.

IDem Papinian. ſcripſerat in lib. 2. *l. liberto, in princip. de negot. geſt.* videlicet actione quaſi inſtitoria negot. geſtorum, quia dominus, qui procuratori mandavit, ut pecuniam mutuam acciperet in negotia ſua, tenetur non tantum creditori, qui pecuniam mutuam dedit, ſed etiam fidejuſſori ſi ſolverit. Et jam hujus reſponſi partem in hoc libro habuimus & expoſuimus ſatis in *l. pen. in princ. de inſt. act.* Eique poteſt adjungi, quod ex eodem libro 3. refertur in *l. Julianus, §. ſi procurator, de act. emp.* Dominus procuratori ſuo mandavit, ut rem aliquam ſuam venderet: vendidit & cavit emptori evictionis nomine, dominus tenetur emptori quaſi inſtitoria actione ex empto, etiamſi procurator, qui cavit emptori, ſolvendo ſit, *d. l. pen.* Contra quoque emptor domino tenetur actione ex vendito, quod tamen ita demum verum eſt, ſi procurator, cui mandavit rem vendendam, non ſit ſolvendo, ut expoſuimus in *d. l. pen.* & patet ex *l. 1. & 2. de inſtit.*

ſtit. act. l. in omnibus, de præt.ſtip. l. 1. §. ſed ex contr. de exer. act. & in *d. §. ſi proc.* Obſervandum eſt, actionem, quæ venditori competit, appellari *ex vendito*, quæ emptori *ex empto*. Sed quæ venditori competit appellatur interdum etiam *ex empto*. Id fit imperfecto quodam genere loquendi *ex empto* pro *ex vendito empto*. Nam perfecta oratio eſt, Actio *ex vendito empto*, quæ venditori competit, actio *ex empto vendito*, quæ emptori competit, & ſic in *l. 1. C. ſi ſervus ext. emi. ſe mandav.*

Ad §. Si cui mandavero, ff. eod.

Si cui mandavero, ut a Titio ſtipuletur, potero cum eo cui mandavi, agere mandati, ut eum accepto liberet, ſi hoc velim, vel ſi malim in hoc agam, ut eum deleget mihi, vel ſi cui alii voluero. Et Papin. libro eodem ſcribit, ſi mater pro filia dotem dederit, eamque mandante filia, vel illico ſtipulata ſit, vel etiam poſtea, mandati eam teneri, quamvis ipſa ſit quæ dotem dederit.

SPecies §. *ſi cui mandavero, verſic. & Pap.* hæc eſt: Si mater pro filia dotem dederit, & filia mandante *illico*, id eſt, initio dandæ dotis, vel *poſtea*, id eſt, ex intervallo, ſtipulata ſit mater, a genero divortio facto dotem ſibi reddi, quia ſtipulata eſt mandatu filiæ, mandati actione filiæ tenetur, quamvis ipſa dotem dederit de ſuo, vel ut liberet virum per acceptilationem, ſi quidem filia malit eum ſibi obligatum eſſe, quam matri, atque ita liberatum eum a matre, velit mutata ſententia ſibi ſtipulanti promittere in caſum divortii, ut in *l. pen. de negot. geſt.* Vel etiam mater tenetur filiæ mandati actione, ut virum deleget ſibi, vel alii cui voluerit, vel divortio facto, ut cedat ſibi actionem ex ſtipulatu, vel ſi jam dotem exegit, ut ſibi eam præſtet, *l. 59. in princ. ff. mand.* Et notandum, quod ait Pap. in eo reſponſo, filia mandante matrem, quæ dotem dederat pro filia donandi animo, ſtipulatam dotem ſibi reddi, & ſtipulatam vel illico tempore dandæ dotis, vel intermiſſo ſpatio: nihil referre igitur, ſtatim ſtipulata ſit, an poſtea: unde apparet filiam, aut matrem mandatu filiæ etiam ex intervallo recte ſtipulari dotem ſibi reddi, nec neceſſarium eſſe, ut ea ſtipulatio interponatur initio contractus dotis: filia quandocumque dotem a ſe datam, vel pro ſe datam recte ſtipulatur ſibi reddi divortio facto: at mater, quæ dotem dedit, non recte eam ſtipularetur ex intervallo ſine mandatu filiæ cui dos adquiſita jam eſt. Idque patet ex *l. ob res, §. 1. de pact. dot.*

Ad §. Papinianus quoque L. LII. Pro ſocio.

Papinianus quoque libro tertio Reſponſorum ait. Si fratres parentum indiviſas hereditates, ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune ſentirent, quod aliunde quæſierint in commune non redigetur.

SI duo fratres conſortes ſocii ſint, qui patris hereditatem inter ſe pro indiviſo habeant communem, non omnia bona ſua, quod quis aliunde adquiſivit, quam ex ea hereditate, id Pap. reſpondet in commune non redigi. Rectiſſime: nam e contrario, quod quis eorum amiſit ex bonis ſuis propriis, ex aliis bonis ſuis, id communi hereditati non reputat, *l. ex parte, §. filius, fam. erciſ.* Et ita jam ante Ulpianus docuit ex reſcripto Severi. Si duo ſint argentarii ſocii, quod quis eorum vel adquiſivit extra cauſam menſæ argentariæ, id in commune non redigi. Ergo etiam, ſi quis eorum amiſerit ex aliis bonis ſuis, id non imputari menſæ communi, ut ſit eadem ratio inter eos tam lucri, quam damni. Denique idem jus eſſe in ceteris ſociis omnibus, qui ſunt ſocii non univerſorum bonorum, ſed certorum, certæ rei, negotiationis, profeſſioniſque, quod eſt in argentariis ſociis, qui tantum ſunt ſocii menſæ argentariæ, & in ceteris qui argentariis ſunt ſimiles, quales erant coactores & nummularii, ii ſunt parvi argentarii, qui partem tantum officii argentarii exſequuntur, quod de nummulariis liquet ex *l. quidam, §. pen. ff. de edendo*, & de coactoribus etiam manifeſtum eſt, qui, poſtquam argentarii pro aliis auctionem fecerunt, oſtiatim cogunt pecunias ſive pretia quæ fecerunt, qui licitati ſunt, ut fit hodie, qui & collectarii dicuntur in *l. quiſquis, C. ſi cert. pet.* Ii ſunt dicunturque etiam quodammodo argentarii, ut in Gloſſis Philoxeni interpretatur etiam argentarius, comactor, quod etiam verbum Latinum pro coactor, & etiam apud Heſychium, Καμάκτωρ, qua voce quid ſignificetur non interpretatur, ſed dicit eam vocem tantum eſſe apud Rhinthonem in Medea. Sane eſt coactor, ſive argentarius, ſive argentarii miniſter, vel adſecla: illius Rinthonis auctoritate etiam Heſych. utitur in verbo Καλάβρια, & Athenæus duobus in locis. Fuit poeta Tarentinus, ſimilis Rabeleſio noſtro, qua de cauſa nebulo vocatur a Columella *lib. 8. cap. 16.* Et Varr. *lib. 3. de re ruſt.*

Ad §. Item ex facto eadem l.

Item ex facto conſultum reſpondiſſe ſe ait, libro tertio Reſponſorum: Inter Flavium Victorem & Vellicum Aſianum placuerat, ut, locis emptis pecunia Victoris, monumenta fierent opera & peritia Aſiani: quibus diſtractis, pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, ſuperfluum Aſianus acciperet, qui operam in ſocietatem contulit. Erit per ſocio actio.

AIt in hoc §. Papin. recte contrahi ſocietatem inter duos, uno conferente pecuniam, altero conferente artem tantum, vel operam ſuam, ut in hac ipſa lege 52. *§. ſi in coeunda, & l. 1. C. eod. t. §. de illa, Inſt. de ſociet.* Marcus Tullius pro Roſcio Am. *Non eſt captioſa*, inquit, *aut iniqua ſocietas, ubi alter corpus, alter diſciplinam in ſocietatem adfert.* Exempla ſumuntur ex dicto *§. ſi in coeunda*. Si paſtori paſcenda mea pecora dedi, ea lege, ut fœtus eſſent communes, ego confero rem, paſtor operam tantum, & rata eſt ſocietas, ut *l. ſi paſcenda, C. de pact.* Item ſi politori meum agrum poliendum dedi, εἰς ἐργάσαι, ut eſt in Baſil. ut poliret meum agrum, ea lege, ut fructus eſſent communes: & addit rationem in *§. ſi coeunda*, cur juſta ſit ſocietas, ubi unus confert rem vel pecuniam, alter artem vel operam ſuam? *Quia*, inquit, *pretium artis operæve eſt levamentum*, ſic jampridem oſtendi, eſſe legendum trajectis literis, pro *velamentum*. Pretium autem artis operæve eſt levamentum, *Eſſe levamentum*, id eſt, æquamentum, libramentum, & amuſſim, ut apud Non. Marcell. Varro *lib. 2. Plaut. quæſt.* Amuſſim eſſe examen, & levamentum. Denique pretium artis vel operæ facere libramentum, æquilibrium, quod levamentum dicitur, & tantum pollere artem, quam pecuniam vel rem, quam alter confert. Eſt & aliud exemplum in ſpecie *§. item ex facto*, de qua Pap. ſe ex facto conſultum reſpondiſſe ait. *Ex facto*, quod Theophilus noſter in *§. ult. de fid. hered.* interpretatur, φάκτυ συμβάντος, & ſæpe hoc modo auctores noſtri loqui ſolent, ſignificantes otioſam quæſtionem non eſſe, ſed uſum forte natæ rei ita tuliſſe, ut de ea re quæreretur. Species vero illa eſt hujuſmodi.

Inter me & te convenit, ut loci quidam extra urbem mea pecunia emerentur: in quibus, cum eſſes faber, tua arte & opera fabricarentur monumenta & conditoria mortuorum, & monumentis venditis (conſtat enim pura monumenta, quæ nondum ulla religio occupavit vendi poſſe, *l. 6. §. ult. de relig.*) Convenit igitur inter nos, ut venditis monumentis ego pecuniam, quam contuli in emptorem locorum reciperem cum acceſſione certa (nam in hoc §. recte ſcriptum eſt, *cum certa quantitate* in Flor. & in Baſilicis: σὺν ἐτέρᾳ δηλῃ ποσότητι) ut igitur eo reciperem pecuniam, quam contuli in emptionem locorum cum acceſſione certa, tu haberes reſiduum pretii, quod ex venditione monumentorum redigeretur: Contuli pecuniam, ut fabrilem operam tantum; & videtur inter me & te recte contracta ſocietas diſtrahendorum monumentorum. Et ex hoc negotio eſt ultro citroque actio pro ſocio. Nec omittam in hoc §. illo loco, *Bellicum Aſianum*,

num, recte ſcribi *Vellicum*, ut & in *l. Julianus*, *§. per contrarium*, *de act. emp.*

Ad §. Idem Papinianus ead. l.

Idem Pap. eodem libro ait, ſi inter fratres voluntarium conſortium initium fuerit, & ſtipendia ceteraque ſalaria in commune redigi judicio ſocietatis; quamvis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri, inquit, in poteſtate manenti, quia etſi in poteſtate maneret, præcipua ea haberet.

SUbiicitur ſtatim in §. *idem Pap, eod. lib.* aliud reſponſum. In quo proponitur differentia una inter ſocietatem voluntariam, & neceſſariam. Voluntariam contractus conciliat, & ex ea naſcitur actio pro ſocio: Neceſſariam fortuna conciliat, & ex ea naſcitur actio pro ſocio, ſed communi dividundo, ſicut ex voluntaria utraque actio. Ex neceſſaria communi dividundo tantum, non pro ſocio, ut ſi duobus communiter hereditas, vel legatum obveniat, *l. 31. & ſeq. h. t.* Utramque ſocietatem ſignificat M. Tull. in Quintiana, his verbis: *Socius cui cum te voluntas congregaſſet, aut fortuna conjunxiſſet.* Et infra, *Cum eo tu voluntariam ſocietatem coibas, qui te in ſocietate hereditaria fraudarat*. Et ſic voluntariam ſocietatem in *l. virum*, §. *in heredem*, *h, t.* quod eſt, in hoc §. *voluntarium conſortium*. In quo differentia quam initio proponi dixi, hæc eſt. Si ſocietas ſit neceſſaria, ſive hereditaria inter fratres, ut puta, ſi patri ſimul heredes exſtiterint, frater emancipatus fratri in poteſtate manenti, id eſt, qui fuit in poteſtate patris morientis, non confert caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe peculium, ſed id ſibi habet, retinetque præcipuum, *l. 1. §. nec caſtrenſe, ff, de collat. bon.* Quia etſi manſiſſet in poteſtate patris, id præcipuum retinuiſſet, nec adquiſiiſſet patri. Ex quo generaliter definies, ea quæ ſui non adquirunt patri, nec emancipatos conferre fratribus ſuis, cum quibus vocantur ad ſucceſſionem patris, quod eſt verum. At ſi inter fratres coita ſit voluntaria ſocietas omnium bonorum, etiam caſtrenſia, aut quaſi caſtrenſia bona in commune conferuntur, aut conferre coguntur actione pro ſocio. In caſtrenſib. bonis, exempli gratia, Pap. hoc loco numerat ſtipendia militaria: in quaſi caſtrenſibus cetera ſalaria, quæ merito officii aut dignitatis tribuuntur de publico, *ut l. ult. C. de inof. teſt.* Et hæc eſt ſententia §. *idem Papin.* Sequitur aliud ex eodem libro Pap. relatum in *l. 4. eleganter, de lege commiſſ.*

Ad §. Eleganter, L. IV. ff. de Leg. commiſſor.

Eleganter Papinianus libro tertio Reſponſorum, ſcribit: ſtatim atque commiſſa lex eſt, ſtatuere venditorem debere, utrum commiſſoriam velit exercere, an potius pretium petere, nec poſſe ſi commiſſoriam elegit, poſtea variare.

LEx commiſſoria, eſt pactum, quod venditoris cauſa adjicitur emptioni venditioni, *l. 2. h. t.* puta, ut ſi ad diem condictum emptor non ſolvat pretium, res ſit inempta, qua lege commiſſa, id eſt, pretio ad diem non ſoluto, in arbitrio eſt venditoris ea lege eove pacto uti, aut non uti: Nam ſi hoc malit, poteſt pretium petere poſt diem lege commiſſoria comprehenſum, & non ut lege commiſſoria ſecundum regulam juris, ex qua licet contemnere & remittere cuilibet ea, quæ ſua cauſa introducta ſunt, *l. pen. C. de pact.* ſed ſi ſemel ei legi renuntiarit venditor, ſi ſemel conſtiterit ea lege, ſive pactione non uti, & poſt diem pretium petierit, poſtea variare, & ex pœnitentia eam legem ſive pactionem exercere non poteſt, ut in *l. 7. h. t.* cujus reſponſi hanc dico eſſe rationem. Quia non poteſt iterum variare, qui ſemel variavit. Semel variatio admittitur in quibuſdam cauſis jure noſtro, Bis non item. Et in hac ſpecie variare non poteſt venditor, qui jam variavit ſemel, cum legem commiſſoriam, quæ placuerat initio venditionis poſt diem lege commiſſoria comprehenſum, non exercuit. Et ſpiſſe, aut vix permittitur unquam cuiquam, ut bis variare liceat: & præterea, quia venditor variare & mutare ſententiam non poſſet ſine injuria emptoris, cui a venditore ſemel electo, & petito pretio poſt diem jus emptionis firmo & perpetuo jure acquiſitum ac confirmatum eſt.

Huic reſponſo ſimile eſt, quod proponitur etiam ex eodem libro in *l. 1. de ſerv. export.* Si venditor ſervi hanc legem dicat in venditione, ut is ſervus exportetur ab emptore, nec Romæ moretur, ubi venibat, venditor hanc legem remittere poteſt emptori & ſervo, quia propter ejus ſecuritatem dicta lex fuit, ne periculum ſubiret, quod metuebat a ſervo nequiſſimo, cujus oculos ferre vel conſpectum non poterat. Denique unuſquiſque poteſt remittere, quod ſui cauſa ſibi cavit, & ex hac lege 1. *de ſer. export. & d. l. 4. §. eleganter, de lege com.* ſumes duo aptiſſima exempla ad illam regulam juris, ut unuſquiſque poſſit renuntiare iis, quæ pro ſe introducta ſunt, ſed in hoc exemplo poſteriori dicemus etiam venditorem, ſi ſemel emptori permiſerit ſervum Romæ retinere, non poſſe variare, & ad eam legem redire, ne variatio bis admittatur, quod abſurdum eſt, ne injuria fiat emptori. Præterea in teſtimonium vocatur etiam Pap. ex eod. li. in *l. creditor §. ſi qui potior. in pign. hab.*

Ad §. Sciendum L. creditor XII. ff. qui pot. in pign.

Sciendum eſt ſecundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in ſuum debitum, quam in primi creditoris, & in uſuras ſuas, & quas primo creditori ſolvit. Sed tamen uſurarum quas primo creditori ſolvit, uſuras non conſequitur. Non enim negotium alterius geſſit, ſed magis ſuum. Et ita Pap. lib. 3. reſponſorum ſcripſit. Et verum eſt.

HUjus §. ſententia hæc eſt: Si duo ſint creditores, quibus idem pignus datum & obligatum ſit, & poſterior creditor priori oblata pecunia cum uſuris in locum prioris ſucceſſerit, & pignus ſibi confirmarit, in quo ante oblationem non erat potior, retinet id non tantum in ſuum debitum, & in uſuras ſibi debitas, ſed etiam in id debitum, eaſque uſuras, quas priori creditori ſolvit, & ob utramque ſummam recte pignus diſtrahit etiam invito debitore, ut in *l. 5. in princ. de diſtrab. pign.* Ceterum in uſuras uſurarum, quas ſolvit priori creditori, pignus non tenetur, quod eſt caput iſtius reſponſi, & confirmatur *l. 2. C. de pignor. & hypothec.* Ratio autem eſt hæc, cur pignus non teneatur in uſuras uſurarum quas ſolvit priori creditori, quia in ſolvenda ſorte, & uſuris priori creditori debitis, poſterior creditor magis ſuum, quam debitoris negotium geſſit. Geſſit quidem reipſa negotium debitoris, quia ſolvendo eum liberavit a priori creditore, ſed animum tamen habuit gerendi ſui negotii, id eſt, confirmandi ſui pignoris. Et ideo ſortis quidem ſolutæ priori creditori uſuræ currunt in perſona poſterioris, quæ currerent in perſona prioris, ſi ei ſatisfactum non eſſet, ſed non currunt etiam uſurarum ſolutarum uſuræ. At ſi quis alius non creditor negotium ſoli debitori gerens ſolviſſet creditori ſortem & uſuras ei debitas, non tantum ſortis, ſed & uſurarum ſolutarum uſuras reciperet judicio negot. geſtorum, quia omnis pecunia quam pro alio ſolvit ultro vice ſortis fungitur, ut fit etiam in ſpecie *l. qui negotiationem, §. ex duobus, & §. ult. de adminiſtrat. tut.*

Ad §. Si impuberis, L. Illud quæritur de evict.

Si impuberis nomine tutor vendiderit; evictione ſecuta, Pap. libr. 3. Reſponſorum ait, dari in eum cujus tutela geſta ſit, utilem actionem, ſed adjicit: in id demum, quod rationibus ejus acceptolatum eſt. Sed an in totum, ſi tutor ſolvendo non ſit, videamus, quod magis puto. Neque enim male contrabitur cum tutoribus.

SI tutor pupilli nomine rem vendiderit ex utilitate pupilli & bona fide, ſic enim eſt ponendum ex *l. cum plures, §. 1. de adm. tut.* idemque tutor forte emptori caverit de evictione, ſecuta poſt finitam tutelam evictione, quæ-

quærebatur, quis emptori ob evictionem teneretur, tutor A qui vendidit & cavit, an adolescens, cujus nomine venditio facta est? Et respondet Pap. adolescentem teneri utili actione ex empto evictionis nomine. Et utique sine dubio adolescens eo nomine emptori tenetur in id, quod rationibus ejus acceptolatum est, & ut dicam vernacule: *Jusques a la concurrence de ce qu'il a receu du prix de la chose vendue, jusques au concurrant de la chose vendue par la reddition du compte, jusques a la reddition du compte*. Imo vero adolescentem teneri in totum evictionis nomine, maxime si tutor solvendo non sit. Qua in re magna est differentia inter procuratorem, qui si vendiderit & caverit, finita procuratione nullo modo liberatur ab emptore, & tutorem, vel alium, qui fungitur invitus munere publico. Procurator munere voluntario fungitur, quam in rem velim vos relegere, quæ dixi *lib. 1. ad l. 3. §. in eum, de adm. rer. ad civ. pert.* B

Ad §. ult. Servo CXIII. de Leg. I.

Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam (veluti vestes: aut si qua alia supervacua, ut in funus impendantur) non valere, Pap. libro tertio Respons. scribit.

MArtianus in hoc §. ait Pap. respondisse, ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam non valere; ut si jubeant vestes, vel quæ alia impendi supervacua in funus, aut (ut fiebat antiquitus) comburi secum vestes suas. Et inde hoc tacite consequitur heredem non esse indignum, qui his voluntatibus non obtemperat, quæ ineptæ sunt; alioquin indignus est heres jure veteri, qui C non exequitur justam voluntatem defuncti. Et tamen videretur posse objici, quod in justas impensas funeris numerantur etiam vestiaria, ut in Basil. est scriptum in *l. funeris, sup. de relig.* & quod pro vectigali datur: denique, quod in justas impensas funeris numerantur vestes, in *l. 14. §. funeris, eod. t.* Et apud Virg. *6.* Æneid.

Purpureasque super vestes velamina nota, Conjiciunt.

Sed hic Papin. tantum respondet de vestibus, quæ consumuntur supervacue & supervacue comburuntur, ut in funere Achillis apud Homerum Odyss. ω, & apud Lucianum in Nigrino idem refertur.

JACOBI CUJACII J.C. D

COMMENTARIA

In Lib. IV. Responsorum ÆMILIJ PAPINIANI.

Ad L. IX. de Senatorib.

Filiam Senatoris nuptias liberti secutam, patris casus non facit uxorem, nam quæsita dignitas liberis, propter casum patris remoti a Senatu, auferenda non est.

HÆC verba, ut intelligantur, sciendum est, ex *l. Julia, & Papia, de maritandis ordinib.* libertinam non esse justam uxorem Senatoris, vel filii, aut nepotis Senatoris, non esse justas nuptias E inter libertinam & Senatorem aut Senatoris liberos *l. 23. & 44. de ritu nupt.* Et contra; non ex eadem quidem lege Julia, ut plerique inconsiderate, sed ex SC. & oratione Divi Marci, filiam quoque ac neptem Senatoris non esse justam uxorem libertini hominis *l. 27. & 42. eod. t.* Unde quæritur hoc loco: an tamen filia Senatoris, quæ libertino nupsit fiat justa uxor, si postea pater ejus Senator esse desierit, puta, si ob crimen aliquod Senatu motus sit, & rescribit Pap. eam non fieri justam uxorem, quia etsi pater ejus desierit esse Senator, ipsa tamen non desinit esse Senatoris filia: nec enim dignitas natalium semel quæsita liberis ejus aufertur ob casum patris, quod est æquissimum. Cui tamen responso obstare videtur, quod ex contrario dicitur in *l. 27. eod. t. de ritu nupt.* libertinam, quæ nupsit Senatori fieri justam uxorem, si maritus Senator esse desierit, si Senatu propter turpitudinem aliquam remotus fuerit. At revera nihil obstat: est enim idem juris in utroque casu, sive Senator, aut Senatoris filius duxerit libertinam, sive filia Senatoris nupserit libertino; nam ut priore casu convalescunt, justæque fiunt nuptiæ, si vir clarissimam, id est, Senatoriam dignitatem amittat: ita & posteriore casu justæ fiunt nuptiæ, si filia Senatoris eam dignitatem amittat, ut si profiteatur impudicitiam apud Ædiles, si corpore quæstum faciat, *l. 47. eod. t.* At quandiu manet dignitas integra, injustæ nuptiæ sunt, sive filia Senatoris nupserit libertino, sive filius Senatoris duxerit libertinam. Integra autem eis dignitas manet, etiamsi pater, a quo eam dignitatem habent, ea dignitate exciderit. B Nota aspersa patri, non pertingit filium vel filiam: denique non facit justas nuptias, quas filius vel filia Senatoris contraxerit cum libertinæ conditionis hominibus.

Ad L. IV. de Offic. adsess.

Diem defuncto Legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitutum est, debetur: modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.

HÆc lex celebratur plurimum, & vexatur ab interpretibus, necdum explicatur, & est repetitio brevis *l. 19. §. ulti. locati*. Constat inter omnes, Legatum Cæsaris C in hac lege esse Præsidem provinciæ, & Comites in hac lege esse adsessores & Consiliarios quos ex Italia secum Præses ducit in provinciam, Comites sedendi. Est autem, quod notandum in hac lege, ἐπαλλαγὴ numerorum, quia cum de Præside loquitur, initio ait, *Legato Cæsaris*: deinde plurativo numero, *Legatis*, non est existimandum alium esse legatum, alios legatos, sed de præsidibus aut de Præsidum comitibus, sive adsessoribus tota lex agit, & sunt frequentissimæ in jure nostro ἐπαλλαγαὶ. Constat etiam ex *l. administrantes, §. 1. de excus. tut.* Comitum, sive Adsessorum certum fuisse numerum, quem Præsidi jus erat ducere in provinciam, ne multi gravarent fiscum: Publico enim salario Adsessores fruebantur, ut ex contrario demonstrat *l. ult. h. t.* Ideoque in commentarium Principis, vel in ærarium referebantur, *l. abesse; ex quib. cau.* D *major. Ils estoient couchez en l'estat.* Et erat ei adversus fiscum vel adversus Rempublicam petitio salarii extraordinaria, ut *l. 1. §. sed etsi Comites, & l. 4. de ext. cogn.* uno loco dicuntur Comites, altero, juris studiosi, ut in *l. 1. h. tit.* Quoniam omnes Adsessores magistratuum erant Jurisconsulti, & Juris studiosi & Jurisconsulti. idem est, sicut σοφοὶ, & φιλόσοφοι, idem est. Defuncto autem Præside provinciæ (quæ est sententia hujus legis) ante annuum tempus, (erat enim plerunque annuus magistratus, vel ante id, quod decreta provincia ei lege, aut SC. finitum erat.) Defuncto, inquam, Præside ante legitimum tempus provinciæ, & administrationis suæ, Pap. docet hoc loco Comitibus, sive Adsessoribus defuncti Præsidis deberi totius legitimi temporis salarium integrum: *Salarium*, inquit, *residui temporis, quod a legatis præstitutum est*, E sic Florentinæ: sed affirmo esse illo loco parvam quandam transiectionem literarum duarum, & legendum: *residui temporis, quod Legatis præstitutum est*, ut sit residui temporis, quod præstitutum, & finitum ac definitum est Legatis, id est, præsidibus, ut provinciam administrarent: nec enim præstitui salarium unquam dicitur, sed præstitui dicitur tempus tantum, *l. 1. de jure deliber.* Et ita Marc. Tull. Proconsul. Ciliciæ epistola 8. lib. 2. & 7. lib. 15. ad Fam. optat, nequid accedat temporis ad id, quod lege, & SC. ei præstitutum & finitum erat, nequid temporis accedat ad annuum munus: ne ut ait alio loco, lib. 2. tempus provinciæ prorogetur: unde & in fine hujus legis agit de Præside, qui ante tempus præstitutum scil. successorem accepit: proinde nihil est certius,

tius quam præſtitutum dici de tempore præſidatus, non [A] de ſalario. Ita vero demum reſidui temporis ſalarium deberi ait Comitibus ſive Adſeſſoribus, ſi reſiduo tempore aliis præſidibus operam ſuam non accommodaverint, ſi otioſi fuerint, quia per eos non ſtetit, quo minus injuncto munere fungerentur, ſed per caſum præſidis, ſive abſentiam, ut veteres loquebantur, quo argumento in *d.l.19.§.pen.loc.* Defuncto præſide, vel alio quocunque qui conduxerat operas exceptoris, id eſt, ſcribæ ſive notarii, vel operas alterius, nihil refert, ut in *l. qui operas, eod.tit.* Defuncto, inquam, eo qui conduxerat operas exceptoris, ſive librarii in certum tempus, dicitur exceptori deberi mercedem integram, ſi modo reſiduo tempore mercedem ab alio non acceperit, & alii operas ſuas non locaverit. Et in fine legis Papin. oſtendit rectiſſime in Adſeſſoribus præſidum ſive Comitibus [B] aliud eſſe dicendum, ſi præſes vita defunctus non ſit, ſed ante tempus præſtitutum, & præfinitum ſucceſſorem acceperit, quoniam hoc caſu Adſeſſoribus ejus reſidui temporis ſalarium non debetur, & ratio hæc eſt: quia datio ſucceſſoris & Præſidem, & Comites ejus expunxit ærario ſive tabulario Principis, in quod relati erant, perinde ac ſi legitimum tempus explevisſent: hæc eſt ſententia hujus legis. Non quærit lex, an etiam heredibus Præſidis defuncti debeatur ſalarium reſidui temporis, nam & Præſides erant ſalariarii, de eo vero non quærit, quoniam certiſſimum erat, deberi ſalarium reſidui temporis: poteſt tentari etiam, Adſeſſoribus defunctis, heredibus eorum deberi ſalaria etiam reſidui temporis, ſicut proximis ſacrorum ſcriniorum, qui & literarum & juris periti erant non minus quam Adſeſſores, proditum eſt deberi [C] ſalarium totius temporis heredibus eorum, ſi moriantur in *l.11.C.de prox.ſacr.ſcrinor.lib.12.* Itemque defunctis fiſci patronis ejus anni; quo defuncti ſunt integrum ſalarium tranſmitti in heredes eorum, *l.poſt duos,C. de advoc. diverſ. jud.* Et idem obtinuiſſe audio heredes Eguinarii Baronis adverſus conſilium iſtius civitatis, fretos auctoritate Accurſ. in *l. 1. §. Divus de extr.cogn.* Ubi cenſet Doctoribus Juris defunctis, ejus anni, quo defuncti ſunt, integrum ſalarium heredibus eorum tranſmitti debere: quod tamen ego nolim temere porrigi ad omnes ſalariarios, quia hoc privilegii loco concedi ſolet, & in honorem memoriæ defuncti. Certe qui locavit operas ſuas in annum, ſi interim moriatur, non tranſmittit in ſuum heredem totius anni mercedem, ſed neque miles totius anni ſtipendium, *l.41.C.de re milit.* neque ſcriba quæſtoris [D] miſſi in provinciam, ut fuiſſe pronuntiatum refert Plinius 4.Epiſt. in ea quæ incipit, *Amas.* Ergo etiam dicam, procuratori meo ſi conſtituero ſalarium, eo defuncto hoc anno, heredibus ejus reſidui temporis ſalarium non deberi, neque item advocatis totius cauſæ honorarium, ſi deceſſerint ante peractam cauſam, quoniam hoc tantum in advocato conſtitutum legimus, ut ſi quid perceperit honorarii nomine, id heredes ejus reſtituere non cogantur, quia per eum non ſtetit quamdiu vixerit, quo minus cauſam perageret, *l.1.§.ejus de extraord.cognit.* Nec item ſi legatus provincialis in legatione deceſſerit, antequam reverteretur in patriam, ſumptus, qui proficiſcenti ei prorogati ſunt, viaticum quod ei prorogatum eſt, vel legativum quod dicitur, heredes ejus nec reſtituere tenentur, ut in *l.legatus, §.1.de legation.* [E] Deniq; quod Legatus provincialis, vel advocatus acceperit in anteceſſum, *d'aduance*: ſive quod idem eſt, pro mutuo, & ut Græci dicunt ἐν προχρείᾳ: quod prorogatum ei fuerit; ſi interim moriatur ante expletum injunctum munus, heredes ejus id reſtituere non tenentur. Ceterum ſi nihil prorogatum ſit, non poſſunt etiam petere reſidui temporis ſalarium, quoniam hoc tantum proditum eſt; ne cogantur reſtituere tantum quod prorogatum eſt defuncto: non reſtituunt ergo quod defuncto prorogatum eſt: obſtat quod ſi prorogata ſit nautæ vectura, nave amiſſa reſtituit actione ex locato quod ei prorogatum eſt, ſive datum pro mutuo, *l.15. §.item,ff.loc.*& in anteceſſum, ut Seneca loquitur. Ac ſimiliter, ſi prorogata ſit penſio domus, domo combuſta, repetitur penſio quæ prorogata eſt pro rata temporis, quo habitare non licuit, *l.19.§. ſi quis cum in annum, eod.tit.* Hæc vero non ſunt contraria iis, quæ diximus, non repeti ab heredibus defuncti advocati vel legati provincialis, quod eis ſui laboris remunerandi cauſa prorogatum eſt. Quoniam ſuperioribus caſibus per advocatum, aut legatum provincialem non ſtetit quandiu vixit, quo minus injuncto munere fungerentur, idcirco ab ejus heredibus nihil repetitur. Inferioribus autem caſibus per locatorem operarum vel ædium ſtat propter caſum & amiſſionem rei, ſive navis vel ædium, quo minus fidem contractus impleat. Et multum intereſt, interierim ego, an res mea. Nam ſi ego interierim, recte dicis per me non ſtetiſſe, qui quamdiu vixi fidem ſervavi, quæ non poteſt perduci ultra vitam meam, quoniam opera mea fuerat electa, quæ non eſt eadem in herede meo. At ſi res mea interierit, vel quid aliud me vivo acciderit, quod me impediat fidem contractus implere, ſi modo adverſarius meus id non effecerit, non attulerit impedimentum, recte dices per me ſtetiſſe, quod per adverſarium ſtetiſſe dicere non potes. Et rectiſſime Accurſius in *l.pen.C.de cond.ob cauſ.dat.* Pecuniam datam ob cauſam, ut fieret aliquid, non repeti, ſi caſus fortuitus & fatalis, quo minus ea cauſa ſequeretur non culpa accipientis pecuniam, impedimento fuerit, ut ait lex pen. Hoc ita verum eſſe, ut ipſe interpretatur: ſi caſus is contigerit in perſona dantis ab eo, qui accepit, nihil poſſe repeti, non ſi is caſus contigerit in perſona accipientis pecuniam. Sed male ſubiicit hanc exceptionem non obtinere, niſi in advocatis, ut in *l.1.§.dominus, de ext. cognit.* quoniam hac in re advocati nihil habent præcipuum, & debuit dicere, *niſi accipientis mors contigerit.* Nam & hoc caſu non poteſt repeti datum ob cauſam cauſa non ſecuta propter caſum accipientis.

Ad L.LIV. de Ædilitio edicto.

Actioni redhibitoriæ non eſt locus, ſi mancipium bonis conditionibus emptum, fugerit, quod ante non fugerat.

AIt, *Bonis conditionibus emptum mancipium*, quæ verba Accurſius non intelligit, qui modo interpretatur, *mancipium fuiſſe venditum a bono quodam viro & probo,* & modo, *fuiſſe venditum mancipium probum & frugi*; modo, *venditorem excepiſſe fugam mancipii, quæ contingeret poſt venditionem*, quæ commenta omnia refellet perſpicua & vera interpretatio, quam paulo poſt ſubjiciam. Sicut & quod ſtultior quidam in *Inſtitutionib. tit.de iis, qui ſunt ſui vel ali. jur.* Quo loco jubetur dominus ſervum, quo flagitioſe utitur, vendere bonis conditionibus: *bonis conditionibus venditum*, interpretatur, *Juſto pretio venditum*, nec audit Theophili interpretationem, quo nullus melior, aut antiquior Inſtitutionum interpres, opponentem bonis conditionibus duras conditiones, quibus ſervus, qui venit, oneratur, ut ſi veneat ea lege & conditione, ut exportetur in longinquam provinciam, ſi veneat ἐπ' ἐξαγωγῇ, ſi veneat ea lege & conditione, ut nunquam manumittatur ab emptore, vel in vinculis habeatur; quæ conditiones duræ ſolent imponi ſervis nequam, *l.25. de ſtatuliber.* Iis conditionibus ſunt oppoſitæ bonæ conditiones, quæ non ſunt duræ, quæ non onerant emptum venditum mancipium. Bonis conditionibus dicitur emptus, cui non ſunt impoſitæ duræ conditiones, ut ſi ſervus venierit ſimpliciter, nec tanquam fugitivo impoſita ſit lex, ut vinculis, & in nervo & compedibus habeatur. Et ita quidem ſimpliciter venditus ſervus ſi fugerit apud emptorem, qui ante non fugerat apud venditorem, cuique etiam in vendendo nulla tanquam fugitivo conditio impoſita fuerat, venditor eo nomine actione non tenetur redhibitoria emptori, puta ut reddat pretium, quæ eſt ſententia hujus legis, & *l.3.C.de ædil.action.* Quam cum adducit Accurſius hoc loco, in hoc ſolo bonus eſt Accurſius. Et generaliter, vitia ſive caſus, qui cœperunt poſt venditionem, ad emptoris periculum non venditoris pertinent *l.Lucius, de eviction.l.1. C.de per.& comm.rei vend.*

Si

Si venditus servus fugerit ex pristino vitio, quod hauserat apud venditorem sive contraxerat, neque id nominatim venditor exceperit, aut contra affirmaverit, eum fugitivum vel erronem non esse, proculdubio eo nomine venditor emptori tenetur actione redhibitoria, si etiam post venditionem fugerit more suo pristino, ac pridem inveterato, & ingenerato vitio. Cum autem dubitatur, vitium fugæ antiquius sit venditione, necne, hac in re deficientibus indiciis antiquioris fugæ; servi responso tormentis elicito credendum est *l.58. §.ult.hoc tit.* Quia in se interrogatur, non in dominum, vel pro domino, *l.7. de probat.*

Ad L. XV. de Ritu Nuptiarum.

Uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privignæ maritus fuit.

HÆc lex est de nuptiis prohibitis ratione affinitatis, quæ quondam intercessit inter aliquos. Nam quamdiu manet affinitas, quæ contrahitur ex nuptiis, id est, quamdiu manent nuptiæ, certum est nuptam ab affine duci non posse. Ideoq; quum tractatur de nuptiis prohibitis ratione affinitatis, tractatur tantum de iis, quæ prohibentur in venerandam memoriam affinitatis, quæ fuit inter aliquos, & docet in hac lege, non tantum inter eam quæ nurus aut socrus, & eum, qui socer vel gener fuit, vetitas esse nuptias, sed etiam inter eam, quæ nurus fuit vel socrus loco, non revera nurus aut socrus, & eum, qui generi fuit aut soceri loco non vere gener aut socer, ac primum quidem eam, quæ fuit uxor quondam privigni, non esse vitrico justam uxorem. Quia quum privignus vitrico fuerit filii loco, sequitur eam, vitrico mariti, fuisse nurus loco, non nurum, sed nurus loco, & vicissim illi vitricum, non socerum, sed soceri loco fuisse: & vice versa, novercam non esse justam uxorem marito quondam privignæ suæ, quia cum privigna fuerit novercæ loco filiæ, sequitur maritum privignæ, fuisse novercæ generi loco, & vicissim illi novercam socrus loco, & ideo nec debere eam in ejus manum convenire, ut Papin. scripsit hoc loco, & quidam codices retinuerunt, ut Tribonian. mutavit cum hoc loco, tum in *l. ex parte*, §.1. *de verb. oblig.* convenire in matrimonium, quod conventione solemni in manum nuptiæ contrahi desiissent. Hæc vero in sententia hujus legis quam interpres Harmenopuli non animadvertit ob eo referri 4. Epitom. tit. περὶ τῶν ἐκ τριγενείας συναπτομένων. At hæc Papiniani sententia hodie abrogata est decreto Innocentii in *cap. non debet, ext. de consanguin. & affin.* quo in primo tantum genere adfinitatis nuptiæ prohibentur, non in secundo vel tertio. Et personæ, de quibus in hac lege agitur, sunt in secundo genere adfinitatis, non in primo. Quod ut intelligatur, sciendum est: tria esse genera affinitatis possis facere quatuor vel quinque, sed rei propositæ cognoscendæ, satis erit tria facere. Primo genere cognati uxoris, sunt adfines marito, & vicissim cognati mariti sunt adfines uxori, & ii sunt proprie adfines, maritus & uxor non sunt adfines; cognati uxoris, & cognati mariti non sunt adfines, sed cognati uxoris sunt marito adfines: & retro, cognati mariti, sunt adfines uxori: Ii sunt proprie affines. Secundo autem genere affines uxoris ex aliis nuptiis, quæ ante nupserat, sunt marito secundo adfinium loco, & vicissim adfines mariti ex aliis nuptiis, sunt uxori secundæ affinium loco, ut in specie hujus legis, nurus uxoris marito est nurus loco, & gener mariti, uxori est generi loco. Itaque personæ, de quibus hic agitur non sunt adfines primo genere, sed affinium loco secundo genere. Tertio autem genere adfinitatis uxor secunda quondam generi mei uxoris mihi est adfinis loco: nam privigna est mihi affinis primo genere, maritus privignæ est mihi affinis secundo genere, non gener, sed quasi gener. Uxor autem secunda istius quasi generi est mihi adfinis loco tertio genere. Denique in tertio genere constituendo quatuor personæ interveniunt, in secundo

A tres, in primo duæ. Quamobrem a Græcis primum genus dicitur ἐκ διγενείας, secundum ἐκ τριγενείας, tertium ἐκ τετραγενείας, quod interveniant quatuor personæ. Sic etiam in tertio genere mulieri est adfinis maritus secundus, quondam nurus sui mariti: nam privignus fuit ei affinis primo genere, uxor ejus secundo, quasi nurus: maritus autem secundus istius, quasi nurus tertio. Et olim quidem erant vetitæ nuptiæ, non tantum primo, sed etiam secundo & tertio genere adfinitatis. Secundo vetantur in hac lege, & amplius in canone *& hoc 35. quæst.2.& 3.* quum dicitur, *Non posse matrimonium contrahi cum relicta patris uxoris suæ*, id est, cum noverca uxoris quondam suæ, neque cum relicta fratris uxoris suæ, id est, cum fratria: sic vocatur uxor fratris, id est, cum fratria uxoris suæ, neque cum relicta filii uxoris suæ, id est, cum nuru B uxoris suæ, qui casus est expressus in hac lege. Vetabantur etiam olim & vetantur & tertio genere adfinitatis in *c. de propinquis, ead. caus. & quæstione.* At ex supradicto decreto Innocentii, illi canones antiquantur in *d. c. non dicitur*, & vetantur nuptiæ in primo tantum genere adfinitatis usq; ad tertium gradum inter eos, qui proprie sunt adfines: nam ceteri non sunt adfines, sed loco adfinium, & recta quidem linea, sive directo limite in infinitum vetantur utroque jure inter eos, qui parentum & liberorum locum obtinent, ut puta inter vitricum & privignam, inter privignum & novercam, inter socerum & nurum, inter socerum & generum, quæ appellationes latissime patent, quia excrescunt veluti in pronurum & abnurum. Et sic de ceteris ut in *l. prox. sup. h.t. l.4. de grad. & affin.* In transverso autem limite vetamur tantum ducere C re quondam uxorem fratris, vel quondam uxoris sororem, *l. fratris, l. pen. & ult. C. de incest. nupt.* Jure Pontificio, prohibitio extenditur ad quartum quasi gradum, quia proprie nulli sunt gradus affinitatis, numerandi, scil. non civili more, ut in causa hereditatum & tutelarum, sed Pontificio more, id est, ut tardius procedant gradus jure Pontificio, quam jure civili. Cujus rei explicatio nihil amplius desiderat, & ita, ut cognati defuncti usque ad quartum gradum non ducant eam, quæ defuncti uxor fuit; quo gradu defuncto sum cognatus, eodem sum affinis ejus uxori. Et ex hac disputatione patet, quanta sit differentia, quam tamen auctores juris Pontificii plerunque confundunt inter genera & gradus affinitatis: & liquet etiam ex ea quid sit, quod Innocentius in *c. non debet*, permittit nuptias in secundo & tertio genere affinita-D tis contra jus vetus & contra hanc legem: nam & jure civili latius patebat prohibitio nuptiarum, propterea quod in nuptiis contrahendis non tam spectatur quid licet, quam quid deceat, ut *l.14. h.t.* In nuptiis contrahendis naturale jus & pudor inspiciendus, & sola honestatis ratio est idonea.

Ad L. XXXIV. de Ritu Nuptiarum.

Generali mandato quærendi mariti filiæfamilias, non fieri nuptias, rationis est. Itaque personam ejus patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiæ contrahantur necesse est.

SCiendum est filiamfam. non esse justam uxorem, si nupserit sine consensu patris, in cujus potestate est: un-E de quæritur hoc loco, an nuptiis videatur consensisse pater, si dederit filiæ mandatum quærendi mariti, & illa optaverit, atque ita junxerit sibi matrimonio aliquem, an justæ sint nuptiæ? Minime, quia debuit eum, quem optaverat prius demonstrare patri, deinde facere nuptias consensu patris: neq; enim illo generali mandato data fuit potestas faciendi nuptias, sed querendæ conditionis tantum, ut Græci notant iis verbis: ζητῆσαι μόνον ἐπέτρεψεν. Qui etiam recte ponunt mandatum fuisse filiæ non proxenetæ sive parario, in quo id multo certius erat verum. Et ipsi filiæ dato ejusmodi mandato quærendi mariti non intelligitur ei permissum, ut nuberet inconsulto patre, & ita respondit Papinianus. Hoc responsum singulare est, in quod tamen inquiri possit, an justæ sint nuptiæ, quas con-

contraxit filiafamil. non adhibito patre, non consentiente patre, si eas pater posuerit in arbitrio filiæ, si generaliter mandaverit, ut nuberet quicunque vellet: & dico, etiam hujusmodi mandato, eas nuptias filiæ permissas videri tantum, quas verisimile est, specialiter patrem permissurum fuisse, ut de generali hypotheca dicitur in *l. 6. de pignor.* Non ergo cum impari, cum ignobili & infami. Nullus est adeo generalis sermo a quo tacite quædam non excipiantur ex mente loquentis, *l. si cui, de servit.* multa dicuntur ὑπερβολικῶς, a generali hypotheca quædem excipiuntur, *d. l. 6.* & a generali mandato gerendorum negotiorum, *l. mandato, de procurat.* Et a generali quoque mandato quærendæ conditionis, vel contrahendarum nuptiarum.

Ad §. Primum.

Ream adulterii, quam vir jure mariti postulavit, non prohibetur post abolitionem uxorem denuo ducere, sed etsi non jure mariti ream postulavit, jure contractum matrimonium videbitur.

CErtum est maritum qui uxorem, quam dimisit, & damnavit adulterii judicio publico, domum reduxit, teneri pœna legis Juliæ de pudicitia, qua & quicunque alius tenetur, qui duxit damnatam adulterii *l. mariti, §. 1. ad leg. Jul. de adult. l. castitati, C. eod. tit.* Et injustæ sunt nuptiæ, injusta uxor: denique neque ducere, neque reducere licet damnatam adulterii: recte damnatam: Nam si maritus postulaverit tantum adulterii uxorem, inchoata accusatione, nec peregerit ream, sive damnaverit, sed ab accusatione destiterit, pœnitentia ductus, petita abolitione, quod exigit *lex abolitionem, C. ad l. Jul. de adult.* hoc casu non prohibetur eam reducere, *l. sine metu, Cod. eod.* Nec interest, ut ait hæc lex jure mariti eam postulaverit, quod est jus privilegiarium, quo uti potest maritus a repudio, intra 60. dies utiles, & sine inscriptione, an postulaverit eam jure publico, sive jure extranei post 60. dies & cum inscriptione, ut in *d. l. abolitionem, & l. 6. eod. tit.* nam quoque jure eam postulaverit, satis est ante damnationem, si impetrarit abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis temere institutæ, & reducendæ uxoris. Prioris pars hujus responsi est de eo, qui uxorem postulavit ream adulterii jure mariti, posterior de eo, qui postulavit jure extranei, illo loco; *sed etsi non jure mariti ream postulavit*. Et ex priori parte hujus responsi, in posteriore sunt repetenda illa verba: *post abolitionem*, veluti ἀπὸ κοινοῦ. Quoniam utroque casu idem juris est, ut postulatam adulterii jure mariti, vel jure extranei possit reducere petita abolitione.

Ad §. inter Privignos.

Inter privignos contrahi nuptiæ possunt, etsi fratrem communem ex novo parentum matrimonium susceptum habeant.

PRivignos quos vocat hoc loco Theophil. ἀλλιοπρογόνους in *§. mariti, Inst. de nupt.* puta, filium uxoris ex alio marito, & filiam mariti ex alia uxore, ii inter se contrahunt justas nuptias; ut patet ex hoc §. & ex *d. §. mariti, & l. Titio, de verb. obligat.* Inter se contrahunt justas nuptias, tametsi ex novo parentum matrimonio fratrem communem susceptum habeant, privignum scil. uterinum, & privignam germanam, quo casu evenit, ut frater ille communis susceptus ex novo parentum matrimonio possit dicere nupsisse sororem suam fratri suo, item ut alteruter ex privignis possit dicere, fratrem, aut sororem fratris sui, id est, fratris illius communis, non esse sibi fratrem aut sororem, quia comprivigni inter se non sunt fratres, non sunt cognati vel affines, sane nec affines sunt; quia cognati viri uxori tantum adfines sunt; non cognati uxoris: & flexa vice, cognati uxoris viro tantum sunt adfines, non cognati viri; & ut glutine duo tigna junguntur, sic nuptiis duæ cognationes junguntur, ita tamen, ut extrema tantum & oræ vel fines conjungi & copulari dicantur. Et hoc est, quod ait *l. 4. §. adfines, de grad. & aff.* alteram cognationem ad alterius finem, id est, extremitatem accedere posse, non in totam cognationem irrepere & infundi. Quamobrem comprivigni inter se non sunt adfines, sed neque consoceri, id est, pater mariti & mater uxoris, ideoque inter se matrimonio jungi possunt: neque item filius mariti & mater uxoris: idcirco & ii matrimonio inter se jungi possunt, *l. ult. §. gradu, de grad. & aff.* Et generaliter duo cognati duabus cognatis jungi possunt, avunculus & nepos ex sorore duabus sororibus in *c. quod super, ext. de cons. & aff.* Sed quod notandum, non sunt cognati & adfines utique semper, quibuscum matrimonium contrahere non possumus, ut ii de quibus dicebamus in *l. 15. h. t.* non sunt proprie adfines, & tamen inter eos ex sententia Papin. vetitæ sunt nuptiæ, quia sunt loco adfinium, eorum scil. qui parentum & liberorum locum habuerunt. Ergo prohibitio nuptiarum non semper est idoneum argumentum cognationis & adfinitatis, & impositio quoque propriorum nominum cognationis, vel quasi adfinitatis, licet nulla subsit vel intercedat, non est idoneum argumentum adfinitatis, ut Janitrices, quæ dicuntur propria appellatione, id est, quæ duobus fratribus in eandem familiam nupserunt, quæ ab Homero & Callimacho dicuntur εἰνατέρες inter se non sunt affines, quæ dicuntur a Græcis, nam Latini non habent proprium nomen ἀέλιοι, id est, duarum sororum viri inter se non sunt adfines.

§. ult. h. l. expositus est in d. l. 9. de Senat.

Ad L. LXII. eod. de Ritu Nuptiar.

Quanquam in arbitrio matris pater esse voluerit, cui nuptum filia communis collocaretur: frustra tamen ab ea tutor datus eligetur. Neque enim intelligitur persona tutoris cogitasse: cum ideo maxime matrem prætulit, ne filiæ nuptias tutoris committeret.

QUod est initio legis 62. explicatur simul cum §. ult. Si pater in test. filiæ tutorem dederit, & nuptias ejus, cum nubilis foret ætatis, permiserit arbitrio matris, eam mater nuptum collocabit quum volet pro dignitate familiæ & natalium, sed non poterit tamen, licet generaliter filiæ nuptias in ejus potestate fecerit pater, eam collocare tutori ei dato, ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ. Pater potuisset tutori destinare aut despondere filiam, *l. 36. h. t.* mater non poterit, quia tantum abest, ut hoc voluerit pater, ut ideo maxime ejus rei arbitrium permiserit matri, ne sibi vindicaret tutor, id commisit matri, ne committeret tutori filiam. Justæ non sunt nuptiæ inter tutorem & quondam pupillam, quamvis adulta est, antequam tutor rationes reddiderit, & præterea exierint tempora petendæ restitutionis in integrum. Denique justæ non sunt nuptiæ inter eum, qui tutor, & eam quæ pupilla ei fuit, nisi post 29. annum secundum novam constitutionem Justiniani. Et hoc est, quod ait in *§. ult.* tutorem, qui rationes curatori reddidit, pupillam suam ante constitutum tempus ætatis, id est, ante 29. annum ex Constit. Justiniani, intra quem puella in integrum restitui potest adversus tutorem, & rationes tutelæ retractare, etiamsi curatori redditæ fuerint, olim intra 25. annum & annum utilem, ut in *l. filius, §. pen. de lib. & post. l. si patris, C. de interd. matr.* Hodie intra 29. annum, quia pro anno utili Justinianus substituit quadriennium continuum in *Const. Cod. de temp. in integ. rest.* Ergo ait, tutorem etiamsi rationes tutelæ curatori reddiderit, ante constitutum tempus ætatis, id est, ante 29. annum, pupillam suam, uxorem ducere non posse, etiamsi ex alio matrimonio jam susceperit liberos, & post susceptos liberos eum maritum amiserit. Denique sententia hæc est, neque virgini, neque mulieri ante constitutam tempus petendæ restitutionis in integrum, tutorem conjungi posse.

Ad §. Mulier.

Mulier liberto viri ac patroni sui mala ratione conjungitur.

QUod autem ait in §.*mulier*, mulierem liberto viri, ac patroni sui mala ratione conjungi, hunc habet sensum, quem Glossa non percepit. Justas non esse nuptias inter mulierem & libertum mariti defuncti, quod ostendit *l.3.C.de nup.* Et hoc est, quod ait, *mulier liberto viri mala ratione conjungitur*, mala ratione, οὐκ εὐπρεπῶς, malo more, *l.cum servus, in fine, mand.* & quod ait *Patroni sui*, non est patroni mulieris; sed viri mulieris, ejusdemque patroni liberti; & ita hic versus accipiendus est.

Ad L. XXXI. de Jure Dotium.

Quod si non divortium, sed jurgium fuit, dos ejusdem matrimonii manebit.

UT intelligatur lex 31. quæ uno tantum versu constat, sciendum est, post divortium redintegratis, & renovatis nuptiis, & reducta uxore non damnata adulterii, tacite dotem renovatam videri, eam quæ fuit in priore matrimonio, nisi nominatim aliud actum & conventum fuerit; ne eadem dos esset in secundo matrimonio, quæ fuit in primo: si nihil actum sit in contrarium tacite eadem dos renovata intelligitur, quia mulier indotata in matrimonium rediisse non creditur, ut *l.prox.sup. l.40. h.t.* Quod utique verum est, etiamsi medio tempore mulier alii nupserit, deinde ab eo diverterit & renovarit nuptias cum priore marito; *l. 64. h.t. l.pen. §.uxor; sol. matr.* Aliud tamen erit dicendum, si post divortium dos, aut dotalia instrumenta mulieri reddita fuerint, quod *l.40. hoc tit.* significat his verbis: *non revocatis instrumentis*. Pro quibus Basilica: καὶ μήπω ἀνακαλεσαμένη τὰ προικῷα, id est, *necdum revocatis instrumentis*. Aliud enim dicendum est, si post divortium maritus mulieri caverit de reddenda dote, ut in *d.l.64.* quoniam his duobus casibus renovato matrimonio tacita dos non renovatur, quæ reddita est, vel quæ cauta, sed opus est expressa renovatione dotis, ut res omnis restituatur in pristinum statum. Et hæc quidem quum verum divortium intercessit, & post divortium restauratum est matrimonium: at si non verum divortium fuit, si non divortio, sed jurgio potius abacta uxor fuit, si frivusculum, quod Græci ἀψιμαχίαν, vel ἀθυμίαν, *brevem iram, brevem offensam*, Papin. ait in hac lege, hoc casu post jurgium reconciliata & reversa uxore, idem matrimonium esse videri, ergo & dotem esse eandem, quasi nec dum functam omnibus oneribus matrimonii, quod ex *l.33. supra, tit. proximo*, sic intelligi debet: Si non longo tempore jurgium illud sive diffidium duraverit, & interim res manserit integra; puta, neque reddita dote, neque aliis nuptiis mediis interpositis. Effectus autem ejus sententiæ quis est? quem nostri non explicant, hic est. Quod post jurgium etiamsi aliud actum & conventum sit, puta, ne eadem dos maneret, quod convenire plerumque solet, & pacisci vir cum uxore, quam vult reducere, ut eam facilius reconciliet sibi: si igitur hujus rei gratia pacificatur, ne eadem dos maneat, si velit uxor ad se reverti, nihilominus eadem dos manet, & si data sit, retineri, si promissa, peti potest, infirmata illa conventione, quæ donationis instar obtinet. Donatio autem inter eos, qui nec desierunt esse mariti, ob leve jurgium sive diffidium non valet, *l.si liberis, inf. tit. prox. l. vir mulieri, de don. int. vir. & uxor.* Denique hæc est differentia inter divortium & jurgium: quod post divortium si restaurato matrimonio id actum sit inter contrahentes, ne eadem dos maneret, ne restauraretur, rata est conventio; quasi donatione facta medio tempore, quo inter eos nullum fuit matrimonium: post jurgium autem si reversa uxore, vel ut reverteretur idem convenit, conventio nullius momenti est, quia desiit esse uxor, & uxori maritus donat inutiliter. Donat autem uxori, qui manente matrimonio donat ei dotem, restituit ei dotem, vel paciscitur, ne dos data, dos sit amplius, sed ut eam uxor habeat, quasi rem propriam pleno jure: ad hanc quæstionem pertinet, quod scribit Ulpianus *lib. sing. reg. tit. de dotibus*. Dos, quæ semel functa est, amplius fungi non potest, id est, quæ semel fuit dos & desiit esse, amplius dos esse non potest, nisi aliud matrimonium sit, id est, si ante verum divortium fuerit, non si ante jurgium, & ait, *dotem functam*, ut Paulus primo Sent. *functionem dotis pacto mutari non posse*.

Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot.

Cum post divortium, viro sciente, mulier in possessionem prædiorum, quæ in dotem promisit, longo tempore fuerit; convenisse tacite videtur, ne dos quæ promissa fuerat petatur, & si petere eam cœperit, pacti exceptione a muliere repellitur.

INitio hujus legis speciem aliter Accurs. aliter Græci ponunt. Accurs. mulierem prædia in dotem promisisse & tradidisse, Græci melius: Promisisse, non tradidisse, & divortio facto, eorum prædiorum, quæ promisit mulier in dotem, petitionem marito competere: Græci, quia ita convenerat: ut divortio facto maritus dotem lucraretur, Accursius melius, quia culpa mulieris factum divortium erat, ex utraque causa marito competit petitio prædiorum dotalium, etiam post divortium. Sed cum Accursio melius erit ponere, *culpa mulieris factum fuisse divortium*, sicut e contrario, ubi dos mulieri restituenda est, ponitur culpa mariti factum divortium; *l. si socero a genero, §. Lucius, inf. sol. matr.* Neque vero pacto solo dotem lucraretur maritus, non interveniente culpa mulieris: nec enim valet pactum, si convenerit, ut dirempto matrimonio bona gratia, vel culpa mariti, maritus dotem lucretur, ut docet recte Accursius in *l.1. de dote præleg.* Ponamus igitur culpa mulieris factum fuisse divortium, ideoque marito competere petitionem promissæ dotis, sicut retentionem traditæ dotis. Eo etiam casu traditæ dotis haberet retentionem, quæ species congruentior est. Alioquin, si non fuerit factum divortium culpa mulieris, dotem promissam petenti marito mulier objiceret exceptionem doli mali, & diceret: *Dolo facis, qui petis; quod si dedero, mox a te repetitura sum*, ut in d. §. *Lucius*, nimirum; quia divortio facto sine culpa mulieris, dos ad mulierem redit. Imo in hac specie recte desiderabit mulier, quæ promisit dotem divortio facto sine vitio & culpa sua, ut maritus eam liberet per acceptilationem, *l. 41. §. ult. hoc tit.* Dum soluto matrimonio ponit generum dotem promissam a socero petere, sane congruam speciem apponi oportet, quia soluto matrimonio dos pertinet ad maritum, & ita vero, ut dixi, posita specie in principio hujus legis, divortio facto culpa mulieris, dos pertinet ad virum, non ad mulierem, & a viro exigitur, præterquam in casu ibidem exposito. Si post divortium sciente & tacente marito ea prædia mulier longo tempore possederit, id est, decem annis inter præsentes, aut viginti inter absentes, ut Græci interpretantur, quia hoc casu marito petenti dotem obstat exceptio pacti, quia diuturna taciturnitas mariti, tacita pactio est, qua convenisse videtur, ne dotem peteret, & taciti pacti eadem vis est, quæ expressi, *l. 2.3.4. de pact.* Et in proposito expressi vel taciti vis hæc est, ut ne in dotis causa fuisse videatur, quod in dotem promissum est, ut in *l. ult. §. ult. tit. seq.*

Ad §. Mulier.

Mulier pecuniam sibi debitam a Sejo cum usuris futuri temporis in dote promittenda demonstravit. Eas quoque dotis portionem esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis est.

MUlier ante nuptias promisit in dotem nomen L. Titii, id est, pecuniam sibi debitam a Lucio Titio,

tio, & usuras futuri temporis, id est, quas in futurum A debere Lucius Titius, & ait quod mirum est, Papinianus eam promissionem sive conventionem valere, & ex ea conventione usuras ejus pecuniæ fieri portionem dotis, quoniam placuit, ut non tantum nomen doti esset, sed etiam usuræ nominis futuri temporis: usuras, inquam, non eas tantum, quarum dies cessit post promissionem ante nuptias, sed etiam eas, quarum dies cessit post nuptias, quoniam in dotem dicta est illa pecunia sine distinctione ulla cum usuris futuri temporis. Denique id actum est, ut in dotem esset ea sors & usuræ futuri temporis cujuscunque. Et vero si fiat ut convenit, id erit iniquum & falsum, quod ostendo manifestissima ratione: quia si post nuptias usuræ sortis datæ in dotem computantur in dotem, dos nulla constituitur, propterea quod usuris post nuptias insecuti temporis imputatis in B dotem, nulli supersunt fructus, aut quasi fructus dotis, qui serviant oneribus matrimonii. Dos est repensatio, sive pretium onerum matrimonii, ideoque *repensatrix* a Martiano Capella appellatur. *Nondum*, inquit, *est repensatrix data*, id est, nondum data est dos: dos quæ est sterilis, & quæ non servit oneribus matrimonii, nulla est, *l.76. in fine*, *hoc tit.* dos, quæ nullos fructus adfert viro, nulla est, quia non habet functionem suam. Denique sicut in dotem dato fundo, & fructibus futuri temporis nulla dos est, *l.4.tit.sequenti*, ita nomine dato in dotem cum usuris futuri temporis nulla dos est. Aliud esset, si vel fructus tantum vel usuræ certæ pecuniæ datæ essent in dotem, tanquam sors quædam, cum hoc ageretur, ut pro oneribus matrimonii maritus nihil ferat, quod est contra naturam & functionem propriam dotis, nisi C evidenter probetur id quoque actum inter contrahentes, ut & fructus & usuræ fundi vel nominis cederent sortis loco, & contentus esset maritus eo, quod redigeret ex usuris fructuum venditorum, vel ex usuris usurarum, vel etiam, nisi uxor in se receperit onera matrimonii, ut *d.l.4.* Nam cum ita placuit, ut nulla subiret onera maritus, sed mulier sua onera expediret, se aleret & suos homines suis sumptibus, tunc sane valet conventio, ut non tantum sors, sed etiam usuræ & fructus sint in dotem, & restituantur mulieri soluto matrimonio. At cum onera matrimonii sustinet maritus, & datur fundus in dotem, inutiliter paciscitur uxor, ut etiam fructus fundi sint in dotem, idemque dato nomine in dotem, si caveat, ut & usuræ ejus nominis, in futurum quæ cederent, sint in dotem, nisi id actum sit, quod ante retuli, quod cum non D ponatur actum in hoc §. sed simpliciter Lucii Titii aut Seii nomen cum usuris futuri temporis promissum in dotem, puto Papin. respondisse hoc modo, *eas quoque usuras dotis portionem esse, quarum dies, post nuptias cessit, rationis non est*. Rationis non est: nam hoc sermone uti solent negative, ut in *l.1.C.quo quisque ord.conven. vos damno onerari, rationis non est*, & Marcus Tullius in Epistol. *De Volusio quod scribis, non est id rationis*. Et ita in *l.2.de bon.eor.qui ante sentent.* perspicuis argumentis observ.1. docet esse legendum, *rationis non est*. Sensus igitur responsi Papin. dignissimus hic erit, nomine L. Titii cum usuris futuri temporis promisso in dotem, eas usuras, quarum dies ante nuptias post dotis promissionem cessit, portionem dotis esse, quo tempore nulla maritus subiit onera matrimonii, sed non eas quoque usuras portionem dotis E esse, quarum dies post nuptias cessit, ne dos sit sterilis, ne mulier indotata: rationis igitur non est, eas etiam usuras, quarum dies post nuptias cessit, dotis facere portionem.

Ad §. Usuras.

Usuras dotis in stipulatum cum dote post divortium deductas, ex die secundi matrimonii non esse præstandas, placuit, quia nec sortis exactio locum habere cœpit. Medii autem temporis debebuntur.

Speciem hoc quoque loco Græci aliter ponunt, aliter Accurs. Græci initio contrahendi matrimonii mu- A lierem stipulatam soluto matrimonio dotem sibi reddi & usuras certas, quo tardius sibi dos redderetur. Rectius Accursius, id stipulatam mulierem post divortium, quod verba Papin. probant manifesto, & restaurato matrimonio ac dote, actione ex stipulatu peti non posse usuras dotis, pro ratione ejus temporis, quod restaurationem matrimonii insequutum est, quia nec sors, id est, dos ipsa, quæ in stipulatum deducta fuit, restaurato matrimonio peti potest, *l.13.sup.h.t.l.si mulier diverterit*, *inf.sol.matrim.* Denique tota stipulatio perempta est renovato matrimonio, tota stipulatio reddendæ dotis cum usuris certis ubi cessat petitio sortis, cessat etiam usurarum, *l.lecta*, *de reb.cred.l.77.h.t.* Certum igitur est, post renovatum matrimonium extingui stipulationem dotis & usurarum; atq; adeo post restauratio- B nem matrimonii, insecuti temporis usuras peti non posse. At, ut subjicit, *medii temporis usuræ debebuntur*, medii temporis, quod scil. fuit inter primum & secundum matrimonium, quo etiam dos ipsa peti potuisset, usuras peti posse a die divortii in diem repetiti & renovati matrimonii, & peti posse quasi debitas, quod dies earum cesserit. Peti inquam, posse, etiam post secundum matrimonium, quæ est sententia hujus §.

Ad §. in domum.

In domum absentis uxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viris sumptibus factis, ad exhibitionem uxoris promissas usuras, reversus vir improbe petit.

Pater filiæ nomine secutis nuptiis promisit, se genero C daturum dotem certam, & quoad eam dotem solvisset, usuras certas ad educationem filiæ suæ, ad exhibitionem filiæ suæ, ut loquimur, *pour l'entretenement*, uxoris ejus; quibus scilicet usuris gener uxorem suam pasceret, vestiret, tueretur, & homines ejus, id est, servos ei datos a patre, quos Cato vocat *receptitios servos*, quos ipsa mulier sibi retinet, nec dat in dotem, retinet sibi, & recipit inter bona παράφερνα. Sicut receptitii sunt servi extra dotem, non dotales, sive παράφερνοι: deniq; socer genero promisit usuras certas, quibus uxorem suam tueretur & exhiberet, hominesque ejus, ceteraque onera uxoris expediret. Deinde filia absenti viro nupsit, quod fieri potest, si deducatur in domum viri absentis: nam consensus solus facit nuptias, & deductio in domum viri, & ita mulierem nubere absenti ostendit *l.5.sup.de rit.nupt.* Et cum esset in D domo viri, non ex bonis viri, sed ex suis, vel patris bonis onera sua expedivit, se exhibuit & suos Papinianus ait, reversum maritum dotem quidem petere posse, sed usuras dotis improbe petere, id est, petenti obstare exceptionem doli mali, quia usuræ ei ad exhibitionem uxoris promissæ erant, ut in *l. pen. ff.de acquir.hered.* Et ipse uxorem non exhibuit de suo, nullamque in eam fecit impensam. Et cum hoc responso congruit aliud ex eodem libro, quod est in *l.in insulam*, *§.usuras*, *inf.sol.matrim.* Quod suo ordine explicabitur. At hic vero quæritur, quid sit dicendum, si pater vel quis alius, qui viro dotem promisit pro muliere, non promiserit etiam usuras, an usuræ dotis viro debeantur? & videntur non deberi, qua, etsi ex parte mulieris actio ex stipulatu de dote sit bonæ fidei, ex parte tamen viri est stricti juris qua in re hallucinatur E Accursius, in *l.de divisione*, *ff.sol.matrim.* Et in judiciis strictis usuræ non veniunt, aut debentur citra stipulationem, *L.Lucius Titius*, *ff.de præscr. verb. l.10.§.si cui mandavero*, *mand.* Verum favore nuptiarum, ut hoc loco Stephanus Græcus interpres respondet, recte constitutum est, ut & sine pacto vel stipulatione trientes usuræ dotis marito debeantur; non quidem statim a contracto matrimonio, sed post biennium a die contracti matrimonii, *l.ult.§.præterea*, *C.de jur.dot.* Ex stipulatione deberentur statim a die contracti matrimonii, ipso jure non debentur, nisi post biennium. Item ad hæc quæritur quid sit dicendum, si exhibuerit quidem & aluerit uxorem maritus suis sumptibus, sed usurarum promissarum quantitas superat sumptus. An residuum promissor dotis retinere, aut pro-

promissori restitui debeat, si solutæ dotis usuræ fuerint? Et in hac re placet distinctio legis *creditor, §. si inter, ff. mand.* ut si pater exhibitionem filiæ, quam suæ curæ fecerat data certa pecunia genero mandaverit tanquam procuratori vel dispensatori, patri residui petitio sit, si usurarum quantitas excedat summam exhibitionis, ut in *l. pen. §. 1. de leg.* 2. At si nihil socer genero mandaverit, sed usuras tantum ei promiserit in exhibitionem filiæ, residui ex usuris, quod gener non consumpsit in uxorem, nulla petitio est. Quæ est elegans distinctio *d. §. si inter.*

Ad §. Gener.

Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto, stipulationem valere placuit. Nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituendæ dotis & corpus ignotum differentia magna sit: dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest.

SI genero stipulanti socer promiserit, se certo die daturum dotem arbitrio soceri, vel, si gener a socero stipulatus sit sibi dotem dari arbitrio soceri, quæritur an sit utilis stipulatio, quoniam videtur in soceri arbitrio positum, an debeat, & quantum debeat dotis nomine, quod esset inutile & inane. Itemque videtur esse stipulatio incertæ & ignotæ rei: cum simpliciter stipulatur dotem non demonstrata re vel quantitate certa, sed dotem dari simpliciter arbitrio soceri? At verius est, non esse inutilem stipulationem, quasi ignotæ & incertæ rei, quia ignota res in stipulationem non deducitur, cum stipulationi inseritur arbitrium boni viri, quod semper certum & exploratum est; sicut æquitatis ratio semper est certa, cujus bonus vir est arbiter, atque sacerdos. Illa enim verba, *arbitrio soceri*, non pro libero & dissoluto arbitrio, sed pro arbitrio boni viri accipienda sunt, ut in *l. 3. C. de dotis promiss. l. 1. ff. de legat.* 2. ut scil. dotem socer constituat pro modo suarum facultatum, & dignitate mariti. Hic est constituendæ dotis modus, quem patres servare debent atque tutores & curatores, ut in *§. seq. & l. quæro, sup. h. t.* Plus adjicit Papin. etiam detractis illis verbis, *arbitrio soceri*, valere stipulationem, licet nulla res aut quantitas certa demonstrata fuerit, sed simpliciter socer genero dotem promiserit. Cui sententiæ, sive responso obstat *l. 1. C. de dot. promiss.* quæ stipulationem dotis nullam esse ait, si mulier marito stipulanti dotem promiserit, non demonstrata re aut quantitate certa. Obstat etiam quod dicitur, non valere stipulationem fundi, vel legatum fundo non demonstrato, *l. ita stipulatus, inf. de verb. obligat. l. si domus, de leg.* 1. Quibus objectionibus quemadmodum respondendum sit hoc loco, Papin. submonet satis. Ex eo igitur dicamus, quod etiam omnes Græci interpretes dixerunt, & Accursio in mentem venit, multum interesse, an pater dotem promittat pro filia, ut in hoc §. an mulier ipsa, quæ nuptum it dotem promittat pro sese, ut in *d. l. 1. C. de dot. promiss.* Nam pater debet dotem filiæ tanquam æs alienum, *l. qui liberos, sup. de ritu nup. l. ult. C. de dot. promiss.* Et quantum debeat non est incognitum, non est incertum vel obscurum: debet enim & cogitur extra ordinem dotem filiæ constituere pro modo patrimonii sui & dignitate generi. Et hanc utiq; dotem, huncve modum dotis semper promittere intelligitur pater, qui pro filia simpliciter dotem promittit, non ergo dotem incertam. At quia nulla est dos certa, quam sibi ipsi mulier constituere debeat, aut cogatur, sed in arbitrio ejus est, quam aut quantam velit marito dare vel promittere, modo omnia bona sua, ut in *l. 72. h. t. & l. 4. C. eod.* modo exiguam pecuniam, modo nullam, maxime si cui abunde suppetat prima dos formæ, Ideo mulier dotem promittendo simpliciter, non adjecta re vel quantitate certa, nihil agit, quia quantum promiserit non appareat, & leviculæ rei præstatione defungi potest, quam sibi solam dotem esse dicat. Qua ratione etiam, si quis promittat aut leget fundum simpliciter, inanis stipulatio, inane legatum est, quia ignotum corpus promissum, aut relictum est, & ad rem omnium vilissimam atque levissimam & ridiculam redigi ea promissio, idve legatum potest. Dos simpliciter promissa muliere, vel ab extraneo non a socero redigi potest ad obolum, fundus ad cespitem, glebulamque fortuitam: ut in Laurea Tullius scribit,

Fundum Varro vocat, quem possim mittere funda.

Quamobrem si mandem, ut mihi quemvis fundum emas, inane mandatum est, *l. Quintus 48. in fi. ff. mand.* ubi legendum, *Ut mihi quamvis fundum emas*, non *tibi*, in Flor. &c. Basil. recte, *Mihi*. Igitur si mandem, ut mihi quamvis fundum emas, ridiculum est mandatum, quia mandato defungi potest emptione rei ridiculæ, modici pulveris, aut cœni, quod solo contineatur modo. Fundi finitio non est naturalis, sed posititia & arbitraria, *l. quod in verum, §. pen. de leg.* 1. fundus est, quantumcumq; libitum homini terrulæ fundum vocare. Ita vero demum inutilis est stipulatio, ut legatum fundi non adjecto nomine vel demonstratione certa, si promissor vel testator nullos fundos habuerit in bonis: nam si quos constitutos vel finitos habuerit, valebit stipulatio & legatum, & ex eis fundis unum præstabit heres vel promissor, quem elegerit, ut in *l. si domus, de leg.* 1. Et ita est accipiendum, quod in *l. ubi autem non apparet, ff. de verb. obl.* inter stipulationes utiles numeratur stipulatio fundi sine propria appellatione vel demonstratione, quæ vice appellationis fungatur, cum scilicet plurium fundorum possessor simpliciter stipulanti fundum promittit: nam si cui nullæ opes, aut res soli sunt, fundum promittat, inanis stipulatio est, quia redigi potest ad rem ridiculam præstatio ejus stipulationis. Nec alia est ratio domus simpliciter promissæ ab eo, qui nullam domum habet; nam etiam promissio domus redigi potest ad præstationem vilissimam, inutilissimam liminis sive tugurii. Verum longe alia est ratio hominis sive servi promissi, quam fundi vel domus: nam qui hominem promisit, simpliciter obligatur, sive homines habuerit in bonis, sive non. Idemque in legato, *l. legato generaliter, ff. de legat.* 1. Quia naturalis est finitio hominis, quæ arbitratu nostro mutari non potest, nec sunt in manu corpora deridicula, quæ pro homine obtrudi possint, non pusillæ etiam illæ & vanæ homuncionum species, qui sub terra videntur fodinis Germaniæ, & laborantium idem quod operarii, sed nihil promoventium, quos etiam manu prehendere impossibile est.

Ad §. Nuptiis.

Nuptiis ex voluntate patris puellæ cum filio tutoris jure contractis, dos pro modo facultatum, & dignitate natalium recte per tutorem constitui potest.

UT pater debet filiæ dotem constituere pro modo facultatum suarum, & dignitate sua, atque mariti, quod dixit in superiori §. ita pupillæ tutor vel curator, quod ostendit in hoc §. & in *l. 6. h. t.* Pater dotem constituit de suis bonis: tutor vel curator de bonis puellæ, *l. si curatores, C. de admin. tut.* At sciendum est ex oratione M. Commodi & ex SCto tutorem vel curatorem pupillam suam vel adultam sibi vel filio suo despondere, aut matrimonio jungere non posse, nisi pater puellæ cum moreretur id se velle demonstrarit vel designaverit: nisi, inquam, eum filiæ suæ maritum destinaverit vel desponderit, *l. tutor, & l. non est, ff. de ritu nupt. l. si patris, C. de interd. matr.* Et secundum hoc Papin. in hoc §. ponit, nuptias ex voluntate, id est, ex ultima voluntate patris puellæ jure contractas fuisse cum filio tutoris. Dotem autem a tutore puellæ fuisse constitutam ante nuptias, id est, antequam nubilis esset, antequam finita esset tutela, quæ nubili ætate finitur, id est, ætatis puellæ anno XII. completo. Ideo pono a tutore dotem puellæ fuisse constitutam ante nuptias, nondum finita tutela. Nihil quidem refert dos

præ-

præcedat an ſequatur nuptias, *l. 7. §. 1. hoc tit.* & Paulus 2. Sentent. tit. de dotib. *Dos*, inquit, *aut antecedit aut ſequitur nuptias. Et ideo vel ante nuptias vel poſt nuptias dabitur: ſed data ante nuptias, earum expectat adventum*: nihil igitur refert, an dos data ſit ante nuptias, an poſt nuptias. Sed dubitatur in hac ſpecie, an a tutore jure conſtituta ſive data ſit: conſtat jure contractas eſſe nuptias: de dote quæritur an etiam jure conſtituta ſit, qua conſtituta eſt a tutore, qui eſt pater mariti: quamobrem conſtituta videtur in rem tutoris, & regula juris vetat, ne tutor auctor fiat in rem ſuam, *l. 1. ff. de auct. tut.* Et tamen Papin. reſpondet; etiam ab eo tutore, qui eſt pater mariti deſtinati, ultima voluntate patris puellæ, recte dotem conſtitutam videri, ſiquidem legitime conſtituta ſit, id eſt, arbitratu boni viri, pro modo facultatum & dignitate natalium. Et hoc, ut arbitror, favore dotium atque nuptiarum admittitur, præſertim cum in dote conſtituenda tutor non tam rem ſuam filiive ſui egerit, quam boni viri officio functus ſit, ſervato dotis modo legitimo, quo officio & illo remoto quilibet alius, vel tutor ſpecialiter datus ad dotem conſtituendam, vel curator fungi debuiſſet.

Ad §. Patrona.

Patrona dotem pro liberta jure promiſſam, quod extiterit integra, non retinebit.

IN hoc §. proponitur alius favor dotium & matrimonii, ut quamvis propter ingratitudinem liberti, vel libertæ, libertas quæ ei data eſt, & quæcunque donatio revocari poſſit & reſcindi, ut conſtat ex tit. Cod. *de liber. & eor. lib.* & ex tit. *de revoc. donat.* Non tamen poſſit revocari dos, quam patrona dedit viro pro liberta ſua, quoniam vix poſſet revocari ſine injuria & offenſa viri, qui ſubſtinet onera matrimonii, quique fiducia dotis matrimonium cum ea contraxit, & forte dote revocata divortio eam abigeret. Quod etiam confirmat *l. dotem, C. de jure dotium*. Eademque ratione, ſi mulier intercedendi animo, pro alia muliere dotem promiſerit, & forte res etiam ſuas viro eo nomine obligaverit, ex hac cauſa non juvatur Senatuſconſulto Vellejano, *l. ſi dotare, & l. ult. C. ad Senatuſc. Vellejan.* Multa alia, quæ favore dotium & nuptiarum introducta ſunt, colligere licet ex *l. 9. §. ſi res, & l. 74. hoc tit. l. 1. l. Cajus, inf. ſol. matr. l. ult. ſup. de ſer. cor.* & aliis pleriſque locis. Et placet valde quod ait *l. ult. C. ad Senatuſc. Vellejan.* favore dotium: & antiquos juris conditores ſeveritatem legum ſæpe mollire ſolitos. Denique quod eſt in hoc §. & in §. *nuptiis*, favores ſunt & ſtudia propenſa juris auctorum erga dotes mulierum.

Ad §. Cum res.

Cum res in dotem æſtimatas, ſoluto matrimonio reddi placuit: ſumma declaratur, non venditio contrahitur. Ideoque rebus evictis, ſi mulier bona fide eas dederit, nulla eſt actio viro, alioquin de dolo tenetur.

IN hoc §. ſubnotatur una differentia inter dotem æſtimatam & inæſtimatam: ſi res æſtimatæ dentur in dotem, vera venditio contrahitur, *l. 10. §. ſi ante, hoc t. l. 3. ff. loc.* Non quidem ſimpliciter venditio contrahitur, ſed cum hoc adjuncto, *dotis cauſa*: nam venditio dotis cauſa, non eodem jure eſt, quo venditio ſimpliciter contracta, *l. 16. hoc t.* Ideoque evictis rebus, quæ æſtimatæ in dotem datæ, id eſt, quæ venditæ ſunt dotis cauſa, mulier viro tenetur ob evictionem, quaſi venditrix, actione ex empto vel ex ſtipulatione duplæ, quæ in venditionibus evictionis nomine interponi ſolet. Verum divortio facto, quod evictionis nomine ab ea maritus conſequutus fuerit, ſi dos lucro ejus non cedat, id mulieri reſtituere tenetur, etiam ſi exſuperet æſtimationem rerum datarum in dotem, quia bono & æquo non convenit virum lucrari ex damno mulieris quicquam, *d. l. 16.* Et hoc de rebus æſtimatis. Sin vero res inæſtimatæ dentur in dotem, eis evictis, mulier viro non tenetur ob evictionem, quia dos non venditio contracta eſt; imo nec ulla actione marito tenetur, niſi ſcilicet, cum neceſſe non haberet, ultro marito caverit de evictione, ut in *l. 25. hoc t.* vel, niſi dotem dari promiſerit, antequam daret. Quia dediſſe non videtur quod promiſit, quæ dedit quod marito habere non licuit, ut in *l. 1. C. eod. tit.* His duobus caſibus exceptis, evictis rebus dotalibus, quæ inæſtimatæ ſunt, nulla actione mulier marito tenetur, ſi modo bona fide eas res marito dederit in dotem. Nam ſi mala fide, quas ſciebat eſſe alienas, nec permanſuras apud virum, dederit in dotem, tenetur de dolo: non dicit teneri actione de dolo directa, quia famoſa eſt actio, & in uxorem, vel eam, quæ uxor fuit, viro famoſa actio non datur, in memoriam honoremque priſtini matrimonii *l. 1. & 2. rer. amot.* Et perperam Græci hoc loco: *In eam, quæ fuit uxor, poſt deſiit eſſe per divortium, dari actionem famoſam*, quia illæ leges aperte oſtendunt, nec in eam, quæ fuit uxor, dari famoſam actionem, veluti furti ex antegeſto, id eſt, ex eo quod geſſit in matrimonio: ex poſt geſto non negarem dari. Tenetur ergo de dolo, quæ mala fide, ſciens res alienas eſſe, viro dedit dotem, non directa actione doli, ſed in factum verbis temperata, ut ait *l. non debet, de dolo*. Idque definit aperte *l. 1. C. eod. tit.* Levior eſt verbis actio in factum, quæ rem geſtam tantum narrat, nec nominatim notat dolum, reipſa tamen eſt de dolo. Ponit autem hoc loco Papinianus unum caſum, quo etſi æſtimatæ ſint res datæ in dotem, tamen pro inæſtimatis habentur. Puta, ſi convenerit, ut eædem ipſæ res, quæ æſtimatæ ſunt, ſoluto matrimonio redderentur, eadem ipſa corpora, quæ æſtimata ſunt, quoniam hoc caſu apparet res fuiſſe æſtimatas, non ut venditio contraheretur, ſed ut quanti eſſent maritus animadverteret, ut earum valor ſive dignitas declararetur, ut in *l. ſi inter, C. eod. tit.* ut in *l. cum pater, §. pater, de legat. 2.* Et ita explicandus §. *cum res.*

Ad §. In dotem, & §. ult.

In dotem rebus æſtimatis, & traditis, quamvis eas mulier in uſu habeat, viri dominium factum videretur. §. ult. *Partum dotalium ancillarum dotis eſſe portionem convenit, ideoque fruſtra paciſci virum, ut inter uxorem & ſe partus communis ſit.*

IN §. penultimo notatur alia differentia inter dotem æſtimatam & inæſtimatam. Datis in dotem rebus æſtimatis, quia vera venditio contrahitur, & earum dominium ſoli marito adquiritur ex cauſa emptionis, & adquiritur ſoli dominium, etiamſi eas res relinquat in uſu mulieris. Finge eſſe animalia, aut veſtes, quæ datæ ſint æſtimatæ in dotem, & eas maritum ultro relinquere in uſu uxoris, eas uxorem uſu detereré; dominium adquiritur viro; atq; ideo periculum etiam, ſi uſu mulieris deteriores fiant, pertinet ad virum, *l. æſtimatæ, ff. ſol. matr.* niſi aliud pactum ſit, ut in caſu *l. 1. C. ſol. matrim.* Periculum rerum æſtimatarum pertinet ad virum, etiamſi atterantur uſu uxoris: ergo & commodum omne, quod ex eis rebus percipitur, aut percipi poteſt, pertinet ad virum, cujus periculo ancillæ ſunt, ut cujus ſit commodum, ejus etiam ſit incommodum. Finge datas eſſe in dotem ancillas æſtimatas, partus earum (quæ eſt ſententia §. ult.) pertinet ad virum, cujus periculo ancillæ ſunt, cujuſque in dominio ſunt ſolius, & generaliter ſive dos ſit æſtimata, ſive inæſtimata, ſi id actum ſit, ut periculum ancillarum dotalium pertineret ad virum, partus ancillarum ſunt mariti, *l. 18. ſup. hoc tit.* Et hæc de rebus æſtimatis. Inæſtimatarum autem rerum, quas mulier dedit in dotem, dominium non eſt ſolius mariti, ſed etiam mulieris, ut ait *l. 75. hoc tit.* Æſtimatarum dominium eſt ſolius viri pleno jure & firmo atque perpetuo, ut nunquam redeat ad mulierem ſine facto viri: inæſtimatarum autem rerum non eſt viri perpetuo jure, ſed divortio facto, aut mortuo marito dominium-

mi-

minium ad mulierem redit, & periculum quoque dotis inæstimatæ, id est, corporum, quæ inæstimata sunt data in dotem, pertinet ad mulierem, *l. 10. in princ. hoc tit.* Ergo & commodum dotis inæstimatæ, quæ proprie dos est, pertinet ad mulierem, itaque recte in §. ultimo hujus legis subjicitur, *Ancillarum dotalium*, ergo inæstimatarum, sicut in *tit. de fundo dotali*; ergo inæstimato. Quoniam æstimatus non est dotalis: ancillæ æstimatæ non sunt dotales. Ancillarum igitur dotalium inæstimatarum partus pertinere ad uxorem, cujus periculo sunt ancillæ, & pertinere quasi partem dotis, nec cedere lucro mariti, quia, ut hodie constat inter jurisconsultos, partus ancillæ non est in fructu; & fructus tantum dotis lucratur maritus, suos facit pro oneribus matrimonii: operæ ancillarum & mercedes operarum sunt in fructu, *l. 3. de oper. serv. l. mercedes, de pet. hered.* Et ideo lucro mariti cedunt constante matrimonio, nec possunt esse pars dotis: sicut nec fundi dotalis fructus possunt esse pars dotis, nec nominum dotalium usuræ possunt esse pars dotis, ut dixi in §. 1. quia usuræ vicem fructuum obtinent, *l. usuræ, sup. de usuris.* Ut autem non valet conventio hæc, ut rei dotalis fructus sint pars dotis, veluti operæ mancipiorum dotalium, ut sint pars dotis, nec vice mutata valet conventio, ut partus mancipiorum, quos constat non esse in fructu, non sint pars dotis, vel sicut proponitur in §. *ultimo*, ut partim sint dotis, partim mariti proprii, id est, communes sive partiarii, quia hæc conventio dotem minuit, & mera donatio est, quam facit uxor viro, ut lucrifaciat sibi & habeat partem partuum, hoc est, partem dotis, quod est inutile, quia inter maritos vetitæ sunt donationes, sicut si paciscatur maritus, ne dotis sit, quod semel doti dictum est, sed id sibi habeat mulier atque recipiat, inutilis conventio est, quia donationis instar obtinet, a viro collatæ in uxorem, cum post dotem datam paciscuntur, ut mulier sit indotata, ut quod doti dixit, desinat esse in dotem, *l. si liberis, & l. quæris, tit. seq. l. vir mulieri, de donat. int. vir. & uxor.*

Ad L. XXVI. de Pactis dotalib.

Inter socerum & generum convenit, ut si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obiisset; vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret. Mulier naufragio cum anniculo filio periit: quia verisimile videbatur ante matrem, infantem periisse: virum partem dotis retinere, placuit.

Quod ad primum responsum attinet, species hæc est. Pater cum filiæ nomine dotem daret, pactus est cum genero, ut mortua in matimonio filia superstite anniculo filio ex eo matrimonio procreato, dos tota apud virum remaneret: mortua autem in matrimonio filia sine liberis, præmortuo forte jam ante anniculo filio, ut dotis pars tantum dimidia ad virum pertineret, altera sibi redderetur. Finge: matrem & anniculum filium simul naufragio periisse, vel ruina, vel incendio, vel aggressura latronum (non refert) Quæritur utrum tota dos ad virum pertineat quasi præmortua uxore, an pars dimidia duntaxat quasi præmortuo filio. Res videtur esse dubia & difficilis, quia non apparet quis prior excesserit e vita, mater an infans: si constaret priorem matrem decessisse, dos tota pertineret ad virum ex pacto dotali, si infantem, pars tantum, quid fiet? quid statuemus? Et Papin. respondet, verisimile esse, tenellum infantem spiritum posuisse confestim, matrem diutius pertulisse casum naufragii, & filio supervixisse: & ideo partem tantum dotis ad virum pertinere, partem socero esse reddendam. Et sane quod statuit Papin. hoc semper verisimile & credibile est, non in infante solum, sed etiam in impubere quolibet, quoniam omnis ea ætas tenerrima & infirmissima est, ut non possit diu colluctari cum morte, *l. si mulier, inf. de reb. dubiis.* Res sive quæstiones dubiæ vel ambiguæ plerumque præsumptionibus justis explicantur, ut in *l. si fuerit, in fi. de reb. dubiis*; & præsumptio hæc justa semper

A & probabilis, & verisimilius est, prius mori impuberem quam patrem, aut matrem. Ergo in impubere & patre pariter mortuis, vel impubere & matre pariter mortuis uno casu repentino, nullus est labor, quia semper verisimile est, prius mori impuberem. In filio pubere major est quæstio, quoniam in eo, cum extinguitur una cum patre aut matre, quod magis præsumamus, non habemus: & ideo patre vel matre & filio pubere commorientibus, non quod vero similius sit frustra spectamus, sed quid sit humanius. Et quærimus secundum regulam juris, ut in rebus dubiis benigniorem interpretationem sequamur. Aliquando autem humanius & benignius est credere sive fingere matrem aut patrem supervixisse filio puberi, ut in *l. qui duos, §. si cum filio, ff. de reb. dub.* Si pater libertinus cum filio naufragio vel ruina perierit superstite
B patrono, cujus reverentiæ & verecundiæ debetur legitima hereditatis liberti mortui intestati sine liberis: Et hoc casu, quum incertum est, quis prior vita decesserit, libertus an filius ejus, quem si constaret posteriorem decessisse, excluderetur patronus per filium quasi superstitem patri libertino, legitima hereditate liberti: Et ideo benignius est credere patrem libertinum supervixisse filio, ne in re dubia & sub incerto temere hereditate legitima patronus excludatur, quæ ei defertur mortuo liberto sine liberis. Et forte verissimum est in reipsa eum esse mortuum sine liberis: puta, præmortuo filio. Itemq; in *l. ex facto, §. si quis, ad Senatusc. Trebel.* Si heres rogatus restituere hereditatem sub conditione, si sine liberis decederet, suscepto filio simul cum eo naufragio perierit, vel alio casu superstite fideicommissario, dicemus patrem
C supervixisse filio, ne in re adeo obscura, dubia & incerta temere pronunciamus contra fideicommissarium, & eum excludamus fideicommisso, quod forte in rerum natura certum est ei jure deberi, quod filius ante patrem mortem obierit. In re dubia benigniorem interpretationem esse sequendam. Benignius autem esse, non fraudari patronum vel fideicommissarium hereditate, aliter quam si liquido probetur filium supervixisse: aliquando vero contra, humanius est credere, non patrem supervixisse, ut illis duobus casibus, sed filium puberem. Et placet quod ait *l. cum pubere, de reb. dub.* humanius esse credere filium supervixisse: in his quæstionibus igitur non est quærenda alia ratio quam humanitatis, ubi præponderat magis, & prout suggesserit, vel credere patrem supervixisse, vel filium, non patrem: atque ita fortunam servasse ordinem
D naturæ, seniore prius extincto. Humanius autem est ita credere, filium supervixisse non passim, ut patet ex superioribus casibus, sed si hic casus sive species proposita, aut res, qua de agitur, suadeat aut non dissuadeat, ut in *d. l. qui duos, §. cum bello*. Si cum filio pater eodem momento temporis interierit superstite matre & agnatis, benignius est credere, hoc est, fingere & dicere ordinem naturæ servasse fortunam, ut in dubio matri faveamus, quæ in luctu est magno propter amissum maritum & filium potius quam agnatis. Item in *d. l. qui duos, §. ult.* si cum filio testamento patris ex asse herede instituto pater simul perierit, favorabilius est dicere diutius vixisse filium, ut bona paterna filius transmittat ad heredes suos, quasi heres extiterit patri ex testamento, & non simul cum patre, sed post patrem mortuus sit, quod tamen non dicerem
E dato filio coherede vel substituto, quoniam non abs re ille §. *ult.* ponit filium heredem institutum ex asse: nec dati substituti mentionem facit: nam dato coherede filio vel dato substituto, in dubio benignius est non eripere coheredi jus adscrescendi vel substituto jus substitutionis, quod forte revera obtigit: æque naturæ ordinem servatum dicas, id est supervixisse filium, si mater, quæ stipulata est dotem sibi reddi se vivente, mortua filia in matrimonio, cum filia simul moriatur, *fere puncto temporis, ut ait Lucretius*, ne in dubio temere maritus fraudetur lucro dotis, quoniam ex contrario ita intelligitur inter eum & socrum, ut præmortua matre dos remaneat apud virum, ut in §. *cum inter hac lege*: & benignius est favere marito quam heredi mulieris, *l. quæ de pariter mortuis, ff. de reb. dub.*

dub. Idem dicas in propoſita ſpecie, quia Pap. de infante tantum loquitur, non de filio pubere & matre ſimul defunctis. Dicam igitur filio pubere & matre pariter defunctis humanius eſſe credere filium ſupervixiſſe, ut dos univerſa apud patrem ejus remaneat, ſecundum conventionem habitam inter ſocerum & generum, quam initio propoſui. Et ita vides commortuis patre vel matre & filio pubere, prout nos movet benigna ratio, trahi nos in diverſam ſententiam, & modo ſtatuere, ſupervixiſſe parentem, modo ſupervixiſſe filium: & ita cum uxor & maritus ſimul perierint, modo dicimus maritum ſupervixiſſe, ne dotis lucrum auferatur heredi mariti, ut in *d. l. qui duos*, §. *ſi maritus*, *& l. ſi poſſeſſor*, §. *ff. de relig.* ubi, ut hoc obiter admoneam, errore fallitur Acc. non intelligens ea verba, *Pro portione dotis*, nimirum ea ſic accipiens, ut ex pacto in ſpecie ejus legis, lucretur maritus portionem dotis, portionem tantum, non totam dotem, cum longe alia ſit mens ejus legis, quæ ea de re pactionem nullam habitam ponit, ſed de ea igitur ſtatuit ſecundum jus commune. Statuit, inquam, ſecundum jus commune, quo dotem adventitiam præmortua uxore maritus lucratur in ſolidum, atque etiam profectitiam, ſi pater non ſuperſit: & quum ambo ſimul perierunt, lex ait, priorem uxorem periiſſe videri, ideoque dotem totam pertinere ad heredem mariti, nimirum perempti poſt uxorem, ſed pro portione id eſt, ἀναλόγως, ſive pro rata, pro portione eum debere conferre in funus mulieris, Quoniam in funus mulieris non tantum confert heres, qui mulieri extitit, ſed etiam non heres, qui modo commodum dotis percipiat, ad quem modo dos mulieris pervenerit: & ita etiam hæc verba *pro portione* accipiuntur in *l.* 1. §. *ult. l.* 20. §. *libertus*, *ff. de bon. libert.* Sed pergamus ad alia: modo benignius eſt uxorem credere marito ſupervixiſſe, quum ambos ſimul idem caſus oppreſſit, puta, ſi quid maritus uxori donaverit, hoc caſu dicam, uxorem ſupervixiſſe, ne in re dubia temere infirmetur donatio, quia forte & revera poſterior mortua eſt, atque adeo confirmatur donatio morte mariti, quæ anteceſſit, *l. cum hic ſtatus*, §. *ſi ambo*, *de donat. inter vir. & uxor. l. ſi is cui*, *ff. de don. cauſ. mort.* Ergo varie de iiſdem quæſtionibus reſpondeamus, ſecundum ſpeciem, quæ proponitur, prout humanitatis ſuggerit ratio, nec hujus rei alia definitio eſt certior. Denique in iis quæſtionibus primum ſpectamus quid ſit veriſimilius & ſequimur, ſi id appareat, ut quum mater & infans naufragio ſimul perierunt, ſane veroſimilius eſt, ſubito periiſſe infantem, deinde matrem; & hoc ſequimur, quod probabile & veriſimile eſt. Quod ſi id non appareat, ſpectamus quod eſt humanius, &, ut eſt in regula juris: *Rapimus occaſionem, quæ præbet benignius reſponſum*. Nam deficiente probabilitate, aut veriſimilitudine, quæ ſunt benigniora ſemper & omnino in dubiis præferenda ſunt, & ut eſt in hiſtoria Nicetæ; ἐν τοῖς ἀδήλοις χρὴ ῥέπειν πρὸς τὸ φιλάνθρωπον. Et hac quidem ipſa benignitatis ratione ducti trahimur in diverſas ſententias, prout res fert qua de agitur, modo ut ſtatuamus filium ſupervixiſſe, modo patrem aut matrem, cum ambo ſimul perierint.

Ad §. Vir dotem quam, &c.

Vir dotem, quam ex pacto filiæ nomine retinere potuit, ſi lapſus errore non retinuit: filiam, quæ patris ſola matri pro parte heres extiterit, apud arbitrum diviſionis non improbe dotis perperam a patre ſolutæ præceptionem deſiderare conſtitit.

SPecies ſecundi reſponſi hæc eſt: Inter virum & uxorem convenit, ut divortio facto, uno pluribuſve filiis relictis ex eo matrimonio, dotem maritus retineret, quæ conventio valet, *l.* 1. *ff. de dote prælег.* Divortio facto una filia communi relicta, vir qui filiæ nomine poterat retinere dotem ex pacto dotali, per errorem facti eam dotem mulieri reſtituit: mulieri reſtituiſſe Cyrillus ponit, & alii omnes interpretes Græci. Et vulgo quoque hoc loco ita legitur: *Dotis perperam a patre matri ſolutæ*. Deinde pater moriens filiam ex aſſe heredem ſcripſit. Mater autem,
A paulo poſt etiam moriens eandem filiam heredem ſcripſit ex parte. Agit filia fam. erciſ. de bonis maternis dividundis cum coherede ſibi a matre dato. Pap. ait, in hoc judicio per arbitrum diviſionis, per arbitrum familiæ erciſc. filiam præcipere dotem integram, quam matri per errorem pater reſtituerat, cum potuiſſet & debuiſſet eam retinere filiæ nomine; deinde præcepta dote reliqua bona materna erunt ab arbitro inter eos dividenda, pro portionibus hereditariis. Ponit autem filiam a patre heredem inſtitutam ex aſſe. Cur? Quoniam ſi ei coheredes pater adjeciſſet, ut fecit mater, ipſa filia in judicio familiæ erciſcundæ dotis præceptionem non haberet, certe non dotis integræ, quia patri non extitit heres ex aſſe, neque forte partis, quia dotis functio & præſtatio ſpiſſe aut vix ſcinditur; neque id actum eſt, ut ejus eſſet reten-
B tio pro parte tantum. Ceterum melius erit, heredes patris eum filia coherede agere condictione incerti, id eſt, poſſeſſionis condictione, quam retinere potuit, & per errorem non retinuit, quaſi indebito ſoluto, ut in *l. qui excep.* §. *ſi pars*, *de cond. indeb.* Ex hoc reſponſo intelligimus dotis, quam divortio facto pater errore lapſus reſtituit matri, cum poſſet eam ex pacto retinere, communis filiæ nomine, filiam ſi patri ex aſſe, matri ex parte heres extiterit in judicio familiæ erciſcundæ, ejus præceptionem deſiderare poſſe: hanc vero præceptionem deſiderabit filia ex perſona patris, quia etſi pater a matre, id eſt, ab uxore ſua heres inſtitutus fuiſſet ex parte, in judicio familiæ erciſcundæ, haberet præceptionem dotis temere reſtitutæ uxori poſt divortium, ſive perperam, id eſt, per erro-
C rem: ergo & ex perſona patris filia, quæ patri heres extitit ex aſſe, & matri ex parte, in arbitrio diviſionis, ſive dividendæ familiæ maternæ, habebit ejus dotis præceptionem. Unde notandum eſt, eum qui retentionem habet, non petitionem, ut habuit pater in hac ſpecie, heredemve ejus, ſi eam retentionem omiſerit, reſtituta re, rurſus ejuſdem rei poſſeſſionem nactum retentione uti poſſe aut præceptione, ſi quo caſu contigerit, ut eam deſiderare poſſit, quia præceptio retentionem imitatur. Petitionem autem nullam habere eum, qui retentionem tantum habuit. Ac ne eum quidem habere quaſi indebito ſoluto, condictionem certi, de qua intelligenda *l. ex quib. ff. de cond. indeb.* dici tamen poſſe, eum heredemve ejus habere condictionem incer-
D ti, id eſt, poſſeſſionis, quam retinere potuit, & errore lapſus non retinuit; ut in *l. qui exceptionem*, §. *ſi pars*, *ff. de cond. l. heres*, *ad Senatuſc. Treb.* Cur autem Papin. ponat filiam heredem a patre inſtitutam ex aſſe, ſi quæras; dicam hanc eſſe rationem, quia ſi a patre ſicut a matre fuiſſet heres inſtituta ex parte tantum, dotis præceptionem non haberet in judicio diviſionis, quia eam habet ex perſona patris. Nam etſi filiæ nomine pater pactus ſit, ut dotem retineret, ſibi tamen pactus eſt, non filiæ. Pater autem non niſi totius dotis retentionem ſive præceptionem habuit, nec potuit partem retinere, partem reſtituere. Hæc inconſtantia rejicitur, & in hereditatibus, & in legatis, & in conventionibus hereditas ſcindi non poteſt; *l.* 1. *de adquir. hered.* legatum ſcindi non poteſt, *l.* 4. *de leg.* 2. conventio ſcindi
E non poteſt, *l. in commodato*, §. *pen. ff. commod.* quia non tantum ſolutio, ſed etiam exactio partis, multa habet incommoda, *l.* 3. *ff. fam. erciſc.* Denique, ut debitor non ſolvit partem invito creditore, ita creditor non exigit partem ſciſſo credito invito debitore.

Ad §. Cum inter.

Cum inter patrem & generum convenit, ut in matrimonio ſine liberis defuncta filia, dos patri reſtituatur; id actum inter contrahentes intelligi debet, ut liberis ſuperſtitibus filia defuncta dos retineatur, nec ſuperabitur portio dotis additamenti cauſa data, ſi poſtea nihil aliud conveniat.

PRoponit inter ſocerum & generum conveniſſe, ut in matrimonio defuncta filia ſine liberis dos ſocero redderetur, nihil præterea. Plus actum, minus dictum intelli-

gi-

gitur. Nam ex contrario Pap. colligit id actum, ut superstitib. liberis defuncta filia in matrimonio, maritus dotem retineret. Et ita pater, vel extraneus, qui pro muliere dotem dedit, si pactus sit dotem sibi reddi in casum mortis, recte dicitur ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς, sive ex contrario sensu id actum videri, ut in casum divortii, non ei sed mulieri dos redderetur, ut in *§. ult. h. l. & l. cum dotem, in pr. sol. matr.* Eodem argumento Pap. utitur in interpretatione legis Juliæ de vi in *l. 1. sup. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* ut quod ea lege nominatim cavetur, ut is prætor judexve quæstionis, cui sorte obtigerit quæstio de vi publica aut privata, possit eam, si proficiscatur, mandare. Ex contrario argumentatur Pap. a præsente eam non posse mandari. Et similiter Paul. atque Ulp. in *l. ex eo, de testib. l. qui testamentum, §. mulier. ff. qui testam. fac. poss.* ex eo, quod lex Julia de adulteriis, vetat adulterii damnatam testimonium dicere, colligunt ex contrario, etiam mulierem in judiciis testimonii dicendi jus habere. Eodem argumento utimur in testamentis, ut in *l. 12. §. idem respondit, domo instructa, de instruct. vel instrum. leg.* quod is, qui legavit domum instructam, excepit tamen argumentum & tabulas rationum, ex contrario, cetera omnia eum legasse videri, quæ sunt in supellectili, quibus in ea domo paterfam. fuit instructior. Et eodem fere modo M. Tull. pro Balbo: *Si exceptio*, inquit, *facit ne liceat, ibi necesse est licere, ubi non est exceptum.* Utimur eodem argumento in sententiis judicum, ut in *l. 3. C. ex quib. caus. majo.* cum proconsul decurionem biennio jubet abstinere ordine decurionum, ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς quæ verba ipsa eo loci Basilica usurpant; apparet post biennium judicem remisisse decurionatus prohibitionem; non est igitur mirum, si in conventionibus eodem argumento utamur, admittamus & approbemus. Et tamen id non admittitur, si quid dictum sit vel scriptum ex abundanti, ut in specie *l. qui mutuam, ff. mand.* exposita lib. 3. Quod ex abundanti convenerit, ut omisso pignore mandator eligi posset, non ideo prohibetur creditor electo pignore ad mandatorem redire: ex abundanti scriptura nullum ducitur idoneum argumentum. Item hoc argumentum ex contrario admittitur in casu eodem, non in diverso, ut in specie legis *Bebius, h. t.* Si convenerit inter socerum & generum, ut defuncta filia in matrimonio sine liberis partem tantum dotis gener retineret, fateor ex contrario, sive κατὰ τὴν ἀντιδιαστολήν, ut & eod. loco Basilica loquuntur, id tacite actum videri, ut defuncta filia in matrimonio, qui est idem casus superstitib. tamen liberis, totam dotem gener retineret, non etiam divortio facto, quoniam hic casus diversus est. Illud etiam argumentum admittitur, quod sensum efficit consentaneum & congruum, non absurdum & dissentaneum, & longe alienum a vero aut mente scriptoris, ut Pap. lib. sing. *de adult.* in fragmentis collectis a Lucinio Rufino: quod lex Julia de adulteriis patri potestatem facit cum adultero occidendi filiam, quam habet in potestate, id ait, ex contrario non præstare argumentum, ut eam potestatem occidendi filiam lex Julia dederit non habenti eam in potestatem, quoniam certum erat jampridem, eam potestatem patri dedisse legem Regiam, id est, Romuli. Sed id potius arguit adjectum esse in lege Julia, ut videretur pater, qui sensus est congruentior, majore æquitate ductus occidisse adulterum: qui nec filiæ suæ pepercerit. Postremo additur in hoc §. si dos fuerit ampliata post nuptias, quod fit recte, *l. si inter, h. t.* pacta dotalia facta initio matrimonii, eadem, nisi aliud convenerit, servari in augmento dotis, in additamento dotis, ut in *l. etiam, C. de jure dot.* Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. Convenit.

Convenit, ut mulier viri sumptibus, quoquo iret veheretur, atque ideo mulier pactum ad literas viri secuta, provinciam, in qua centurio merebat petit, non servata fide conventionis, licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.

A Species hæc est: Inter virum & uxorem pacto nudo in urbe convenit, ut mulier viri sumptibus quocunque iret, veheretur: post maritus, cum in provincia centurio mereret stipendia, scripsit uxori, ut ad se veniret. Illa pactum ac literas viri secuta (sic Græci legunt recte non ad literas) provinciam petiit, id est, ut succurram Acoursio, in provinciam profecta est, Basilica πρὸς αὐτὸν ἀπεξῆλθε, profecta, inquam, suis sumptibus non sumptibus viri. Quæritur: an de sumptibus recipiendis cum viro agere possit? Et videtur non posse, quia ex pacto nudo non nascitur actio, adeoque nec directa eo nomine mulieri dabitur actio. Sed æquum est dari utilem in factum prætoriam, quod est singulare responsum Pap. Cujus ratio hæc est, quia & citra illam conventionem, sive remota illa pactione, ut eundem Pap. huic responso subjecisse patet, B ex *l. si quis pro uxore, de donat. inter vir. & uxor.* ubi in hanc rem Ulpianus allegat quartum respons. Pap. remoto, inquam, illo pacto, ut uxor quocunque iret, sumptibus viri veheretur, maritus uxori semper præstat sumptus itineris, quod modo faciat consensu mariti, atque ideo inter onera matrimonii numerantur etiam viatica, & sumptus itinerarii, nec pro uxore facti tantum, sed etiam pro hominibus ejus, sive ministeriis, sumptus omnes, viatica, vecturæ, vectigalia, sive portoria pro itinere aut transitu pontis, ut in *l. cum in plures, §. pen. loc.* Seneca 2. *de Tranquillit. vitæ*: *Cogitans*, inquit, *& in pontibus quibusdam pro transitu dari.* Ludovicus Augustus & Lotharius Cæsar in suis legibus, *ut nullus ad palatium, vel in hostem pergens, tributum, quod transituras vocant solvere cogatur.* Recte C autem dixi, dari uxori in specie proposita utilem actionem in factum prætoriam, quæ est omnium actionum extremum subsidium, quoniam cessat civilis actio præscriptis verbis, ut Isidorus recte notavit. Nec enim ita conventio habita est, *do ut eas ad me*, ex quo contractu nasceretur actio civilis præscriptis verbis, sed *quocunque ibis, dabo*, quæ pactio nuda est, quia neque datione ulla, neque facto sumpsit effectum, sed dictum est tantum; *quocunque ibis, dabo sumptus quos feceris in itinere.* Igitur pactio nuda fuit, ex qua civilis in factum præscriptis verbis nunquam datur actio, sed prætoria tantum, casibus certis exceptis a regula, ne ex pacto nudo nascatur actio. Igitur male Cyrillus & Anastasius dari uxori actionem præscriptis verbis, quæ ex contractibus tantum datur, qui ex datione vel facto sumpserunt effectum, non ex D pactis nudis, non etiam ex contractu, *facio ut des*, ut docet *l. naturalis, ff. de præscrip. verbis.* At recte idem Cyrillus, cessare etiam in hac specie actionem mandati, quia non fuit animus mandati contrahendi, cum miles per literas uxorem rogavit, ut ad se veniret, denique ex hoc pacto esse tantum utilem actionem in factum, de sumptibus recuperandis, & subintelligo prætoriam, non civilem.

Ad §. Filia cum pro se.

Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, ut si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suæ dos solvatur, pacto filiæ nulla matri quæritur actio: si tamen heres puellæ matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem, obstabit exceptio.

E Quinti responsi species hæc est: Mulier viro stipulanti promisit dotem, & pepigit, ut si in matrimonio sine liberis moreretur, si in matrimonio *illiberis* decederet, ut Tertullianus loquitur, matri suæ dos solveretur; mortua ea in matrimonio sine liberis, ex hac conventione nulla matri quæritur vel competit actio vel exceptio, quia prorsus inutile est pactum, vel conventio quælibet, quæ fit alteri absenti, *l. quo tutela 73. §. ult. de diver. reg. jur.* Et nec stipulationi dotis pactum incontinenti subjectum format actionem: hoc enim tantum receptum est in bonæ fidei contractibus, non in stipulationibus, *l. jurisg. §. quinimo, de pact. l. in bonæ f. C. eod.* Et quod dicitur in *l. lecta, ff. de reb. cred.* pacta facta in-

conti-

continenti stipulationi inesse, hunc intellectum habere ea ipsa lex ostendit, ut insint stipulationi ex parte rei, id est, ut pariant exceptionem, non etiam ex parte actoris, ut pariant actionem, sive inesse stipulationi, ut actori noceant, non ut prosint. Verum post mortem filiæ, heres extraneus quem sibi filia testamento fecerat heredem, ultro & bona fide matri dotem solvit, tum maritus cum herede agit ex stipulatione dotis, & intendit dotem sibi dari oportere, Papin. ait, marito petenti dotem obstare exceptionem, quod contra placita eam petat, nec exprimit, quæ exceptio petenti marito obstet. Sed recte Cyrillus interpretatur, obstare exceptionem doli mali, quia infringit fidem pactam inter eum & uxorem, ut dos matri, id est socrui, solveretur. Non obstat exceptio pacti, quia nihil sibi heredive suo filia pacta est, sed obstat exceptio doli mali, quæ tuetur naturalem æquitatem, *l. 1. §. pen. l. qui æquitate, ff. de doli except.* Et omne judicium, cui opponitur hæc exceptio, bonæ fidei judicium facit, *l. Seja. de mort. cau. don. l. 3. C. de except.* Naturali autem æquitati conveniens est, ne heres, qui bona fide dotem solvit matri ex voluntate viri & uxoris, id est, ex pacto convento inter eos, iterum eam dotem marito solvere cogatur, sed etiam heres filiæ, quia sciens solvit, non ignarus rei indebitæ; condictionem non habet adversus matrem, quia sciens solvit, & hæc actio errantib. tantum datur; exceptio doli mali, vel ut eleganter idem colligit est *συντομώτερα καὶ ἐπάνω ἐξετάζει τὴν ἀκρίβειαν*. Exceptio autem pacti juris civilis regulis, & subtilitati magis adstricta est: deniq; latius patet, diffunditur exceptio doli mali, & sæpe ubi cessat pacti, non cessat doli mali exceptio. Ad hæc quæritur quid sit dicendum, si heres filiæ nondum cuiquam solvit dotem, quam quæstionem movet Accursius? & contra quam respondet, verius esse arbitror, hoc casu marito competere actionem ex stipulatu, eique petenti dotem, nullam exceptionem obstare, neque doli mali, ne heres bis exigatur, quia nondum quisquam solvit, neque pacti, quia nihil heredis interest matri solvi. Et falsum est, quod ait Accursius illo casu, marito non dari petitionem dotis, sed matri dari utilem ex stipulatione filiæ, quam fingit intervenisse, cum tamen Papinianus filiam tantum matri pepigisse dicat. Id vero Accursius probat, adducto principio constitutionis *de rei uxoriæ actione*, in quo ea de re nullum verbum, nulla suspicio; item adducta *l. cum dos, h. t.* quæ de patre, & filiaf. loquitur, per quam patri adquiri potest; non de matre & filia, per quam matri adquiri non potest. Forte voluit Accursius in medium adducere casus, quos notavi in *dict. l. cum dos*, quibus ex stipulatione patris post obitum ejus filiæfa. utilis quæritur actio, & nepoti, vel nepti ex stipulatione avi, *l. quocunque, §. si ita quis, ff. de verb. obligat. l. pater, C. de pact. conven. l. Cajus, sol. matr.* Sed hoc tantum jure singulari datur summis affectionibus parentum erga liberos, ut *d. l. Cajus, in fin.* non vice versa liberorum erga parentes.

Ad §. Ultimum.

Pater si filia nupta mortem obiisset, dotem dari stipulatus est: constante matrimonio capitali crimine damnatus est, divortio secuto; vel morte viri soluto matrimonio stipulationis conditio deficit: quod si mulier in matrimonio decesserit, ex stipulatu fisco dotis actio quæritur. Post verum autem divortium renovatis nuptiis, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia, quoniam ad primas nuptias pertinet.

PAter dotem datam pro filia stipulatus est sibi reddi in hunc casum, si filia in matrimonio decederet, si filia nupta mortem obiret: in casum omissum, id est, in casum divortii aut mortis viri, in quem pater stipulatus non est, proculdubio dos est reddenda filiæ, ut in *l. si cum dotem solu. matr.* In casum autem mortis filiæ, dos reddenda est patri aut heredi ejus, aut fisco, inquit, si forte constante matrimonio pater capite damnatus sit, & confiscatus fuerit, quia fiscus loco heredis est, *l. inter eos, §. ult. de fidejuss. l. 2. C. ad l. Jul. de vi.* at finge inter virum & uxorem verum divortium intercessisse; veroque non ficto divortio solutum matrimonium fuisse, deinde renovatum, & secundo matrimonio defunctam filiam. An & hoc casu, cum pater confiscatus est, dos fisco reddenda est, actione ex stipulatu? Minime, quia ea stipulatio, qua pater stipulatus est sibi dotem reddi, si filia in matrimonio mortem obiret, pertinet ad primum matrimonium tantum, non ad secundum. Itaque vero divortio facto expirabit ea stipulatio, ut in *l. dotis, de jure dot.* Nec ex ea patri aut heredi ejus, ergo nec fisco ulla actio competere potest. Recte ait Papin. *verum divortium*. Aliud enim est, si simulatum fuerit & imaginarium divortium in fraudem stipulatoris, *l. 3. C. de repud.* Quia renovatum deinde matrimonium, non aliud est matrimonium, sed idem, quod fuit ante, & mortua filia ante virum, proculdubio stipulationi locus est. Aliud item dicendum eadem ratione, si jurgium fuerit, quoniam reversa uxore idem matrimonium esse intelligitur, *l. 31. de jur. dot.* Jurgium, vel frivusculum, ut vocat Ulpianus in *l. cum hic status, §. si divortium, de don. inter vir. & ux.* a fribulo, quod frivolum Isidor. *9. Originum*, per diminutionem fit *frivusculum*, ut ab osculo, ocusculum interpres antiquus Horatii, dum suave interpretatur amoris osculum. Eo igitur nomine significatur frivolaria rixa, frivolaria nozia, unde nostri *noise*, ut Ausonius loquitur.

Sæpe, inquit, *in conjugiis fit noxia si nimia est dos.*

& Petronius, *in mediam noxiam*, id est, rixam, *profertur*. Et Donatus in Eunuchum: *ad explendam Venerem longiore noxia adversus virginem utendum fuit.* Hic vero §. ult. hujus legis non est in Basil. credo, quia ei quodammodo derogatur in Novell. 22. quæ vult, ut non jure consistat divortium, etiam si sit verum & serium, quod fecerit filia sine consensu patris viventis adhuc, metu, ne id fecerit in fraudem patris: sed confiscato patre hoc beneficium, quod Novella dedit patri integri status, sane nolim transferri in fiscum, cum nec ad heredem patris transferatur, & personale beneficium sit.

Ad L. LIII. de Don. inter vir. & uxor.

Mortis suæ causa genero, vel nurui frustra socerum donare convenit: quia mortuo socero nuptiæ non solvuntur, nec interest an pater filium, vel filiam exheredaverit, divortii species, eadem ratione diversa est.

IN hac lege duo sunt Papiniani responsa. Quod ad primum attinet, sciendum est propter matrimonium non tantum virum uxori, vel contra uxorem viro frustra donare, quia jure civili, quo etiam hodie utimur, ea donatio improbata est: sed etiam eadem ratione, id est, propter matrimonium, ut ait *l. cum hic status, §. oratio, h. t. prætextu matrimonii*, ut ait *l. vitricus, hoc t.* Frustra donare socerum nurui vel genero, si filium vel filiam in potestate habeat & contra generum, vel nurum frustra donare socero, si uxorem suam vel maritum suum in potestate habeat, ut in *d. §. oratio, & l. 5. C. eod. t.* Ratio hæc est: quia jus potestatis, vinculum potestatis unam personam facit, patris & filii, vel filiæ, ut quod donat socer genero vel nurui, quodve donum sive munus accipit a genero sive nuru, id filius, vel filia, qui quæve in ejus potestate est conjugi donare, vel ab eo accipere intelligatur. Jus igitur potestatis donare; vel ab eo accipere intelligatur. Jus igitur potestatis causam præstat inhibendæ donationis etiam inter socerum, & generum vel nurum. Vis videre quam hoc sit verum? Socrus genero vel nurui, vel contra gener vel nurus socrui donare non prohibetur, quia hic jus potestatis non vertitur, nulla enim femina familiæ potestatem habet, & inter socrum vel generum vel nurum donationem non prohiberi constat ex *l. 3. §. socrui, hoc t. l. 26. C. eod. tit. l. 12. C. de donat. ante nupt.* Et hæc quidem dicimus de donatione directa; quæ fit inter vivos;

hanc dicimus prohiberi inter supradictas personas, inter maritos, scilicet socerum, socrum & generum vel nurum, si socer filium vel filiam in potestate habeat.

Nam si non inter vivos, sed mortis causa vir uxori, & contra uxor viro donaverit, donatio valet, quia in id tempus excurrit donationis eventus, quo vir & uxor esse desinunt morte donatoris soluto matrimonio, *l. 1. hoc tit.* neque enim mortis causa donatio perficitur antequam mors donatoris insecuta fuerit, *l. non videtur, inf. de mortis caus. donat.* Eademque ratione nurus vel gener mortis suæ causa socero donare non prohibetur, quia donatio confertur in tempus soluti matrimonii morte nurus, vel generi. At quæritur, an etiam e contrario valeat donatio, si socer mortis suæ causa nurui, vel genero donaverit? Et *l. 26. in fi. h. t.* ait valere donationem, quod non est usquequaque verum, sed ita demum, si filius vel filia ante socerum vita decesserit, postea socer non mutata voluntate, quoniam donationis effectus excurrit in tempus soluti matrimonii morte filii vel filiæ. Et ita hoc ipso libro Responsorum Papinianum scripsisse Ulpianus refert in *d. §. oratio*, & appingendum esse videtur responso hujus legis, quo ex diverso dicitur, donationem non valere, quam socer mortis suæ causa contulit in nurum vel generum, videlicet si socer decesserit superstite filio vel filia, nec soluto matrimonio, quia morte soceri non solvitur matrimonium, atque ita ejus donationis effectus excurrit in tempus constantis matrimonii, cujus ratione initio diximus, eam donationem prohiberi, & ut recte Accursius ait in *l. 1. §. Celsus, de dote præleg.* eo casu, id est, quum moritur socer ante filium vel filiam, donatio quam fecit nurui vel socero mortis suæ causa, accedit donationi inter vivos potius quam legato, aut donationi causa mortis. Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco; *Mortis suæ causa genero, vel nurui socrum frustra donare convenit*: Et recte ait, *mortis suæ causa*. Nam mortis filii, vel filiæ causa non frustra donat socer nurui vel genero, quia donatio confertur in casum soluti matrimonii, *l. 11. de mort. causa donation.* Non tantum mortis nostræ causa recte donamus, sed etiam mortis alienæ causa, *l. 3. C. eod. tit.* Et addit Papinianus hoc loco; *Nihil interesse an socer filium, vel filiam exheredaverit*, hoc est, non valere donationem mortis suæ causa factam nurui vel genero, si constante matrimonio socer mortem obierit, etiamsi filium vel filiam exheredaverit. Et ratio hæc est, quia jus potestatis exheredatione non tollitur, sed jus filii tantum, sive jus sui heredis, *l. 1. §. post suos, de suis, & leg. hered. l. si postumos, §. si filiam, de liber. & postumis*. Et jus potestatis præstat causam improbandæ donationis: non igitur spes successionis, cum & exheredatis libertis, nec succedentibus, etiam improbetur donatio. Denique non spes successionis improbandæ donationis a socero factæ causam præstat, ut Odofredus sentit male in *l. 3. hoc tit.* dum scribit, ideo socerum frustra donare nurui, quod ipse maritus, quia socero debeat, succedere, donare videatur; sed causa improbandæ donationis prima, est matrimonium, deinde jus potestatis: unde si in emancipando filio vel filia, vel post emancipationem filii aut filiæ, socer nurui vel genero donaverit mortis suæ causa, vel inter vivos, proculdubio donatio valet, quia jus potestatis cessat, aut solutum est, non etiam, si id fecerit tempore exheredationis, vel post exheredationem filii vel filiæ; tunc enim donatio non valet, quia jus potestatis manet interim; nec solutum est exheredatione. Dixi in emancipando filio vel filia, vel post emancipationem, quia si post donationem, quæ non valet ab initio, emancipaverit filium vel filiam, donationis vitium emancipatio non corrigit, *l. cum hic status, §. si consocer, hoc tit.* sicut nec divortium postea secutum, nec mors donatarii, licet solvat matrimonium, vitium emendat donationis ante factæ, *d. l. cum hic status, §. si divortium, & l. & ideo, §. 1. hoc t.* Et multo minus id emendabit post sequuta exheredatio. Idem Papinianus subjicit hoc loco: Divortii tamen causa omnino permissam esse donationem inter socerum & nurum vel generum, sicut inter virum & uxorem, qui cum discedunt bona gratia plerunque se mutuis muneribus afficiunt, & donatio valet, quæ ita fit divortii causa, id est, sub tempus divortii, non cogitatione futuri divortii constante adhuc matrimonio. Valet igitur donatio divortii causa facta, non tantum inter maritos, sed etiam inter socerum & nurum vel generum; valet indistincte, quia fit sub ipsum tempus solvendi matrimonii, id est, sub divortii tempus, *l. 12. hoc tit.* Et hoc est, quod Papinianus ait: *Divortii species eadem ratione diversa est*, diversa scilicet est causa divortii a causa mortis soceri. Nam ex hac causa socer nurui vel genero frustra donat, id est, in causam mortis suæ contingentis manente matrimonio, & filio vel filia superveniente. Ex illa autem causa, puta divortii, indistincte recte donat, & hoc ait: *In utraque specie, sive causa fieri eadem ratione*. Dices, an igitur eadem ratio efficit contrarium, an eadem ratio infirmat & confirmat donationem soceri? Sic sane, eadem in genere, nempe ratio matrimonii, sed non eadem in specie, sed contraria: in donatione mortis causa ratio constantis matrimonii, in donatione divortii causa, ratio soluti matrimonii. Et eodem sensu dicitur in *l. inter, §. sacra, de verbor. oblig. liberandi & obligandi*. Contrariorum unam eandemque causam esse, non quidem prorsus eandem, sed eandem, si in contrarium agatur, ut ait *lex 153. de regul. jur.* in qua, *utrumque in contrarium actum*, ait illa lex 153. ut ecce, consensus obligationem efficit & liberationem, sed obligationem consensus primus, liberationem dissensus, id est, consensus secundus & contrarius, *l. prout, de solut.* Res una obligationem efficit & liberationem, sed obligationem res data, liberationem res reddita. Verbis item obligatio adquiritur & liberatio, sed obligatio stipulatione, liberatio acceptilatione, *l. 8. §. acceptum, ff. de accept.* Utraque fit verbis & stipulatio & acceptilatio, & sic in specie dicti *§. sacræ*, rei promissæ qualitas obligationem facit & liberationem, sed obligationem, si talis sit, ut dari possit, veluti res profana, liberationem si talis sit, ut dari non possit, veluti res sacra, & ita explicandus est hic §.

Ad §. Res in dotem.

Res in dotem æstimatas consentiente viro mulier in usu habuit. Usu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur: easdem res non potest mulier sibi, quasi donatas, defendere ex illis verbis, quibus donationes ei a viro legatæ sunt, cum ejusmodi species neque donari, neque auferri videtur.

IN secundo responso hujus legis Papinianus docet, res æstimatas in dotem datas, etiamsi consensu mariti eas uxor in usu habeat, non ideo minus perfecte mariti fieri quasi ex causa emptionis, ut in *l. cum post, §. pen. de jure dot.* ex eodem libro, cui istud responsum commodissime coaptari potest. Igitur rerum æstimatarum, quæ datæ sunt in dotem, etiamsi eas uxor in usu habeat, dominium perfecte marito adquiritur: & ideo, si eæ res perierint, aut deteriores factæ fuerint attritu uxoris, damnum est mariti, ut in *l. æstimatæ, inf. solut. matrim. l. 10. in princip. sup. de jur. dot.* Nec potest maritus compensare damnum cum dote, vel cum fructibus perceptis post diremptum matrimonium, ut fit in specie *l. si constante, §. pen. inf. sol. matrim.* ob damnum illatum aliis rebus mariti, & ob res donatas & amotas, & impensas, *l. rei. §. 1. l. fructus, §. ob donationes, eod. tit.* Et addit Papinianus, etiam usu earum rerum uxori permisso, non videri eas res uxori donatas, idque apparere ex legato rerum donatarum, quod vulgari modo ita relinqui solebat: *Qux unius uxori dedi, donavi, l. si quando, de leg. 1.* Eo enim legato non continentur, quæ in usum maritus uxori concessit, nisi nominatim adjectum sit, *quæque ei in usum concessi*, in *l. uxori, §. uxori, de legat. 3. l. uxori, ff. de auro, & arg. leg.* Quod in usum conceditur, inquit, Papinianus in fin. legis, *neque donari, neque auferri videtur*, neque donari a viro, neque auferri ab uxore. Nam ut non intelligitur

amis-

amiſſum quod ablatum alteri non eſt, ſicut recte eſt in Florent. ſcriptum, *ablatum*, non *oblatum*, *in l. nec utilem, ex quibuſ. cauſ. maj.* ita nec ablatum intelligitur, quod amiſſum, puta donatum non eſt, & ita ſunt intelligenda hæc duo reſponſa.

Ad L. XLII. Sol. Matr.

In inſulam patre deportato, qui dotem pro filia dedit, actio dotis ad filiam pertinet. Poſt divortium quoque patre damnato, qui dotem conſentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris eſt.

PRimum reſponſum hujus legis eſt, de dote filiæfam. profectitia, id eſt, quam pater dedit, cujus quidem dotis divortio facto bona gratia, aut culpa mariti, vel morte mariti ſoluto matrimonio, certum eſt repetitionem patri, qui eam pro filia dedit, competere, non ſoli quidem, ſed adjuncta perſona filiæ, id eſt, volente & conſentiente filia: Quia communis res eſt, & communis actio eſt, *l.2.§.1.l.3.h.t. l.2.& l.filiæ, C.eod.tit.l.Titia, §.qui invita, inf.de leg.1.l.pater inf.ad l.Falcid. l.qui hominem, §. ſi gener, ff. de ſolut.* Et hæc quidem ita ſi pater vivat: nam ſi pater obierit ante vel poſt divortium, vel ante mortem mariti, aut poſt mortem mariti, nondum repetita dote; ſoli filiæ dotis repetitio competit, etiamſi exheredata ſit a patre, non competit heredi patris, vel extraneo, vel ſuo, puta, fratri filiæ, ſed competit ſoli filiæ, *l.un.§.videamus, & §. & hoc ex rei uxor. C. de rei uxor. act.* Idemque eſt ſi pater ante vel poſt divortium, vel mortem viri, nondum repetita dote conſentiente filia, in inſulam deportatus fuerit, atque adeo expulſus civitate & confiſcatus. Nam deportatio in inſulam, eſt civitatis & bonorum amiſſio, & mors civilis, & perinde atque ſi pater exceſſiſſet e vita naturaliter, hoc quoque caſu, cum in inſulam deportatus eſt, Papinianus docet hoc loco dotis repetitionem ſoli filiæ competere, non fiſco, quia dos eſt proprium patrimonium filiæ, *l.3.§.ergo, de minorib. l.16. de relig.l.4. C. in quibus cauſ. pignus tac.contr.* Proprium, inquam, patrimonium filiæ, quod neque heres, neque quaſi heres aut ſucceſſor patris ei auferre poteſt; imo ne pater quidam ipſe qui dedit, invita filia. Fiſcum non ſequuntur, quæ heredem non ſequuntur: nam ſi heredem non ſequuntur, conſequens eſt, non computari ea in bonis confiſcatis. Bene autem Papinian. ait: *qui dotem conſentiente filia non petierat*: Quoniam, ſi ante deportationem patri filia conſenſerit, ut dotem peteret, mox deportatus ſit in inſulam, & ad peregrinitatem redactus atque egeſtatem, quaſi ſucceſſione actio tranſlata eſt in fiſcum, actio eſt fiſci, non filiæ, & ita eſt proditum nominatim a Martiano in *l.10.de bonis damnat.* quem titul. jam pridem reſtituimus ex Baſilicis, qui valde mutilus erat. Actio autem dotis eſt fiſci, eo caſu, ſicut Græci interpretes recte notant, ea conditione ſcilicet, ut notant ad illam l. 10, ut fiſcus vice patris, quemadmodum cavetur Novel. 97. dotem conſervet mulieri, quam recuperavit judicio dotis, eamque mulieri quandoque reſtituat, vel redintegranti matrimonium, vel nubenti alii. Nequæ huic ſentent. quidquam obſtat *l.ſi marito, §.ſi voluntate, hoc tit.* quæ hoc loco impoſuit Accurſ. quod dicat, *ad exactionem dotis dato procuratore voluntate patris & filiæ, & re judicata ſecundum procuratorem, judicati actionem poſtea mortuo patre dari filiæ, non heredi patris*: ergo nec datur fiſco, poſtea damnato patre, ſive mortuo civiliter: cui nos ita reſpondemus: judicato novari actionem dotis, judicato novari priorem actionem, ut eſt proditum generaliter in *l.3. §.pen.C.de uſur.rei jud.* Denique actionem dotis transferri in actionem judicati re ſecundum dotem judicata, & licet filia conſenſerit patri in actionem dotis, ut ea ageret per procuratorem, non tamen conſenſit in actionem judicati, non conſenſit patri in actione judicati nova. Ideoque filiæ eſt ſalva actio judicati, in quam non conſenſit: nec quæ permiſit priorem actionem videtur etiam permiſiſſe poſteriorem, & novam, ſicut in *l.ſi procurator meus, ff. de procur.* Si te feci procuratorem, ut ageres ex ſtipulatu meo nomine, & viceris, actio judicati mihi dabitur, non tibi, quia non feci etiam te procuratorem in actionem judicati. At ſimiliter filia quæ conſenſit patri in actionem dotis, non intelligitur conſenſiſſe, niſi id probetur etiam in actionem judicati, ideoque filiæ potius quam heredi patris dabitur actio judicati.

Ad §. Fructus.

Fructus ex prædiis, quæ in dotem data videbantur, bona fide perceptos, & mulieris oneribus ante cauſam liberalem adſumptos, quamvis ſervam fuiſſe poſtea conſtiterit, peti non poſſe placuit. Sumptus vero neceſſarios & utiles in prædia, quæ dotalia videbantur factos, compenſatis fructibus perceptis, ad finem ſuperflui ſervari convenit.

SPecies hæc eſt: Liber homo cum aliena ancilla, quam exiſtimabat eſſe liberam, errore lapſus contraxit matrimonium, & ab ea prædia quædam peculiaria forte, vel ſui domini, in dotem accepit. Neque dos eſt, neque matrimonium; unde quæritur an fructus ex ea quaſi dote a viro bona fide percepti, & quaſi in matrimonii onera, conſumpti, cognito ſtatu mulieris, & domino prædia vindicante, ut poteſt, *l. Proculus, ff.de jur.dot.* an domino reſtituendi ſint fructus? Item an impenſæ in res quaſi dotales a viro factæ, in prædia quaſi dotalia domino prædia vindicanti reputari poſſint? Et reſpondet Papinianus fructus compenſandos eſſe cum impenſis neceſſariis, & utilibus factis in prædia, quæ dotalia videbantur, & ſi quid ſit ſuperfluum in impenſis, id eſt, ſi minus ſit in fructibus, plus in impenſis, ſuperfluum impenſarum viro ſervari per officium judicis, vel per exceptionem doli mali, ut in *l.23.hoc tit.* ſicut fit in quolibet bonæ fidei poſſeſſore, *l. ſumptus, & l.emptor, de rei vindic.* expoſita a nobis lib.2. Quid vero ſi plus in fructibus, minus in impenſis? An ſuperfluum fructuum domino reddi oportet? Reſpondeo fructus extantes eſſe reſtituendos, quatenus impenſas exſuperant: conſumptos non eſſe reſtituendos, aut eorum æſtimationem, ut fit in quolibet alio bonæ fidei poſſeſſore, *l.certum, C.de rei vindic.l.quæſitum, ff.de acquir. rerum domin.l.4.§.poſt litem, ff.fin.regun.d.l.4.§.lana, ff.de uſurp.& uſucap.* Et hæc, ſi injuſtum fuerit matrimonium: nam ſi juſtum matrimonium fuerit, impenſæ factæ in res dotales non compenſantur cum fructibus, ſed fructus omnes ejus temporis, quo ſtetit matrimonium, cedunt lucro mariti pro oneribus matrimonii. Impenſæ autem neceſſariæ ipſo jure minuunt dotem, vel tota dote ſoluta imprudenter, condicuntur, ut in *l.5.§.ſi dos, tit.ſeq.* Et utiles impenſæ repetuntur actione mandati, vel negotiorum geſtorum ex Conſtitutione Juſtiniani *de rei uxoriæ actione*, & illæ ſolæ impenſæ cum fructibur compenſantur, quæ factæ ſunt fructuum quærendorum gratia in annum, non in perpetuam rerum dotalium utilitatem, *l.fructus, §.ult.hoc tit.l.3.tit.ſeq.*

Ad §. Uſuras.

Uſuras numeratæ dotis ex ſtipulatu pater in matrimonio defuncta filia, ſi petat: gener, qui reſiduæ dotis promiſſæ fœnus ſtipulatus eſt, ita demum ad finem vice mutua debitæ quantitatis, compenſationem opponere juſte videtur, ſi propriis ſumptibus uxorem ſuam exhibuit. Alioquin ſi patris ſumptibus exhibita ſit, inanis uſurarum ſtipulatio compenſationi non proderit.

TErtii reſponſi ſpecies hæc eſt: Pater pro filia genero promiſit dotem certam, puta, mille, numeravit autem partem tantum, *partem*, id eſt, *quingenta*, ſtipulatuſque eſt mortua in matrimonio filia, eam partem ſibi reddi, & quo tardius redderetur uſuras certas. Contra quoque gener, de patre ſive ſocero, quoad reſiduam dotis partem ſolviſſet, id eſt, reſidua quingenta, ſtipulatus eſt ſibi dari uſuras certas. Mortua in matrimonio filia pater

agit cum genero actione ex ſtipulatu, dotemque numeratam petit & uſuras. Gener ei opponit compenſationem quantitatis uſurarum, quam vice mutua ſibi debet pater ex ſtipulatione reſiduæ dotis. Quæritur an juſta ea compenſatio ſit? Et reſpondet Pap. eſſe juſtam, ſi modo maritus ſuſtinuerit onera matrimonii, & ſuis ſumptibus conſtante matrimonio uxorem exhibuerit. Et ſane, adeo juſta eſt ea compenſatio, ut & jure Pontificio, quod uſuris, quantum poteſt, adverſatur, approbentur uſuræ, quæ penſant onera matrimonii. Nam etſi eodem jure improbetur *ἀντίχρησις*, quia vicem uſurarum obtinet, *c. 1. & cap. conteſtatus, ext. de uſur. ἀντίχρησις*, id eſt, pignus contractum ea lege, ut fructus pignoris creditor lucrifaciat vice uſurarum, nec imputet in ſortem: tamen eo jure ea conventio approbatur, ſi dotis promiſſæ nomine marito detur pignus eadem lege, id eſt, *ἐι ἀντιχρήσει*, marito, inquam, ſuſtinenti onera matrimonii *cap. ſalubriter, eod. t.* ubi illo loco, *Nec numerata dote*, velim vos emendare *numeranda dote*. Eademque ratione invenio in *c. 1. ext. de feudis*, recte beneficiarium, ſive vaſſallum dare beneficium, ſive feudum domino pignori, ea lege, ut fructus lucrifaciat, ſi modo dominus onera vaſſalli, vel ſervitia, quæ vaſſallus obire debet, in ſe recipiat. At in ſpecie propoſita, ſi non mariti, ſed patris ſumptibus mulier exhibita & educata fuerit conſtante matrimonio, Pap. ait, inanem eſſe ſtipulationem uſurarum a genero interpoſitam, quia ineſt ei ſemper hæc conditio, ſi maritus exhibuerit & aluerit uxorem, & miniſteria ejus, ut idem Pap. docuit in hoc libro in *l. cum poſt, §. in domum, ſup. de jure dot.* Denique uſuræ reſiduæ dotis intelligitur genero promiſſæ ad exhibitionem uxoris, ergo uxore non exhibita non debentur, & inanis ea ſtipulatio eſt, ut nec compenſationi proſit. Proinde vir patri præſtabit uſuras tardius redditæ dotis. Viro autem pater nullas præſtabit, vel feret expenſas.

Ad §. Ultimum.

Ad virum uxore poſt divortium reverſa, judicium acceptum ex ſtipulatione, quam extraneus, qui dotem dederit, ſtipulatus fuerit, non diſſolvitur, nec officio judicis abſolutio continetur.

NOtandum eſt ad hoc reſponſum, multum intereſſe mulier dotem dederit, an extraneus pro muliere. Nam ſi extraneus dederit, & in caſum divortii ſtipulatus ſit dotem ſibi reddi, quæ dos receptitia vocatur divortio facto, committitur ſtipulatio, & ex ea ſemel parta actio invito ſtipulatore non extorquetur: ſemel acceptum ex ea judicium non diſſolvitur, neque ipſo jure, neque officio judicis, neque remedio actionis: licet interim pendente judicio renovatum matrimonium fuerit, ut in *l. ſtipulatio, de jure dotium*. At ſi mulier ipſa dederit dotem, & divortio facto bona gratia, vel ſine culpa ſua egerit de dote, quod poteſt, etiamſi nihil ſtipulata ſit, poſt reintegraverit cum eodem viro matrimonium pendente judicio dotis, judicium dotis, etiamſi conteſtatum ſit, diſſolvitur, quod eſt in *l. 19. h. t.* Diſſolvitur ipſo jure judicium rei uxoriæ, quod jam conteſtatum eſt, ut *d. l. 19.* vel quod poſt reconciliationem inſtituitur, ipſo jure nullum eſt, quia judicium rei uxoriæ eſt bonæ fidei, & judiciis bonæ fidei tacite ineſt exceptio doli mali, *l. 21. h. t.* ut neceſſe non ſit eam opponere. Judicium autem ex ſtipulatu, quia olim erat strictum, non ſolvitur, aut ſubmovetur ipſo jure, ſed oppoſita exceptione doli mali demum, ut in *l. 13. ſup. de jure dot.* hodie ipſo jure, quia Juſtinianus actionem ex ſtipulatu de dote fecit bonæ fidei. Ea vero lex 13. cum ſit Modeſtini ex libr. ſingul. de differentia dotis, facile credo Medeſtinum poſt verba l. 13. ſubjeciſſe, aliud eſſe dicendum in dote data ab extraneo: atque ita feciſſe differentiam inter dotem datam a muliere, & dotem datam ab extraneo: cujus ratio hæc eſt. Quia jus quæſitum extraneo per divortium invito, ei mulier auferre non poteſt redintegrato matrimonio, ſicut in *l. ult. ff. de pact.* Si per reum principalem, qui pactus eſt de non petenda pecunia, fidejuſſori ejus ſit quæſita exceptio pacti, ea fidejuſſori a reo principali poſtea auferri non poteſt, ſi forte paciſcatur in contrarium de petenda pecunia, ſicut in *l. 2. C. de pignor.* Si primo obligavi generaliter omnia mea bona: deinde ſecundo ſpecialiter prædium ex meis bonis, ſpecialis hypotheca non derogat generali, quia primo ex generali jus quæſitum eſt. Jus autem ſibi quæſitum mulier remittere poteſt, quod etiam remiſiſſe intelligitur redintegrato matrimonio, qua ratione etiam placet judicium rerum amotarum ſolvi redintegrato matrimonio, *l. ult. ff. rer. amot.* Ex quo titulo etiam breviter eſt explicanda lex 27.

Ad L. XXVII. Rerum amotarum.

Rerum amotarum actio ob adulterii crimen, quo mulier polluta eſt, non differtur.

SEntentia hæc eſt, Propter adulterii crimen, quod dimiſſæ uxori intendit maritus (quia non dimiſſam non poteſt accuſare adulterii, ſed prius debet eam dimittere; deinde accuſare) non differri: judicium rerum amotarum, quod contra eam ſemel inſtituit, aut parat inſtituere, judicium civile, quia ea actio civilis rerum amotarum nihil præjudicat criminali. Puto hoc ſcripſiſſe Pap. de actione rerum amotarum *πρὸς ἀντιδιαστολὴν*, ad differentiam actionis de dote, quia judicium de dote ſane differtur propter crimen adulterii, quo poſt divortium maritus poſtulavit uxorem, *l. adulterii, C. ad l. Jul. de adult.* quia ſcilicet actio dotis, quæ civilis eſt præjudicat judicio criminali. Nam ſi judicio dotis judicabitur ſecundum mulierem, nempe, ut dos ei reſtituatur, quaſi ſine culpa ejus divortio facto, utique præjudicabitur, eam non eſſe adulteram, quia adultera dote mulctatur. Denique præjudicabitur judicio criminali, quod non eſt ferendum, quia gravius eſt judicium. Breviter dicamus, actio de dote differtur propter crimen adulterii, non actio rerum amotarum.

Ad L. XXVI. de Teſtam. tut.

Jure noſtro tutela communium liberorum matri teſtamento patris, fruſtra mandatur, nec, ſi provinciæ præſes imperitia lapſus patris voluntatem ſequendam decreverit, ſucceſſor ejus ſententiam, quam leges noſtræ non admittunt, recte ſequetur.

IN hac lege tria ſunt reſponſa, quæ ſola explicare liceat. Ad primum reſponſum notandum eſt: Tutelam eſſe virile, non muliebre officium, adeo ut nec matri teſtamento patris filiorum communium tutela mandari, nec mandata decreto judicis confirmari poſſit, nec ſi forte Præſes imperitia lapſus eam confirmaverit, decretum ejus, ſive ſententia rata eſt, quia eſt contra leges juraque civilia: nec recte fecerit ſucceſſor Præſidis, ſi eam ſententiam ſequatur quæ ipſo jure nulla eſt, male eam probet. Et hæc eſt ſententia primi reſponſi. Ad quod notandum eſt: decreto tantum Principis matri poſtulanti tutelam filii impuberis poſſe mandari, idque conſtat ex *l. ult. de tut. l. 2. §. quid ſit pater, ad SC. Tertull.* in illo loco: *Nec legitime tutelam mater adminiſtrat*, legitime, id eſt, ex decreto Principis, hoc ſenſu; ut quæ filio impuberi neque tutorem petit, neque ipſa legitime tutelam adminiſtrat, id eſt, ex decreto Principis, amittat jus ſuccedendi filio impuberi. Idemque conſtat ex *l. 2. C. quando mul. tut. offic. fungi poſſ.* Et olim quidem mater tutelam filii poſtulare, & impetrare potuit a Principe, non niſi deficientibus teſtamentariis tantum tutoribus & legitimis, *d. l. 2. & l. 3. eod. t.* hodie non niſi deficientibus teſtamentariis tutoribus, quia legitimis tutoribus, id eſt, agnatis mater præfertur, ut in hereditatibus ex SC. Tertull. ſic & in tutelis, ex Nov. 118. Verum ex ſupradictis ll. & aliis pleriſque Nov. Juſtiniani, debet prius mater, quæ affectat tutelam filiorum, renuntiare beneficio SC. Vellejani de interceſſionibus mulierum: nam auctoritas tutoris in negotiis pupilli interceſſio eſt, *l. 15. C. de adminiſt. tut. l. 6. C. de curat. fur.* quæ auctoritas interpoſita a matre inanis & inutilis eſſet, niſi renuntiaſſet SC. Velleja-

lejano. Debet quoque ea mater vidua permanere, alioquin tutela removetur, idemque eſt in avia ex Novella Juſtin. Nulla tamen lege, aut conſtitutione adhuc effectum eſt, ut contra hoc Pap. reſponſum jure pater in teſtamento matri filiorum communium tutelam mandarit, utve mandatam Prætor vel Præſes jure confirmarit: ſed contra nulla etiam lex vel conſtitutio vetat quin poſſit mater negotia filii gerere & attrectare, ut voluntarius procurator, ut negot. geſtor ex patris ultima voluntate, ut lib. 2. latius expoſuimus ad *l. libert. §. pen. de negot. geſt.*

Ad §. Honoris cauſa.

Honoris cauſa tutor datus non videtur, quem pater a veteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit.

HOnorarius tutor eſt is, qui honoris tantum, non oneris cauſa datus eſt, ut otioſus obſervaret gerentes tutelam, non gereret ipſe κατὰ τιμὴν, ut ait *l. 15. §. ὁ τῆς πόλεως, de excuſ. tut.* Denique qui honeſtatur nomine tutoris, non munere: nam & tutelæ delatio honor eſt, hereditas, heredisve inſtitutio honor eſt: ſicut legatum honor eſt, eadem ratione dictus honorarius, qua in conſtitutionibus Codicis ſæpe honorarii Prætores vel Conſules vel Quæſtores, qui nudum habent nomen honoris ſine re, qui non verſantur ἐν τοῖς πράγμασι, in adminiſtratione Reipubl. unde vulgo aliam faciunt dignitatem, legitimam & ordinariam, id eſt, ἔμπρακτον, quæ in actione conſiſtit, aliam honorariam, quæ nihil agit, *l. 2. C. Th. ad l. Jul. repet.* Et honorarium vinum, quod honoris cauſa offertur, Cato de innocentia ſua: *Cum eſſem in provincia legatus, quamplures ad Prætores & Conſules vinum honorarium dabant, nunquam accepi ne privatus quidem.* Honorarius autem tutor eſt is, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia pupillaria gerenda mandavit, rationes exigere, & accipere juſſit quoniam hunc plane totum voluit verſari in actione tutelæ, quem poſuit ſupra rationes omnium, id eſt, totius tutelæ. Quid eſt honorarius tutor, debet quidem ab iis, qui negotia gerunt aſſidue, quod eſt ſæpius rationes exigere, etiamſi hoc ei non injunxerit pater, *l. 3. §. 1. de adm. tut.* Sed cum id nominatim injunxit, ut non modo ſæpius, ſed in ſingulos actus ſingulorum adminiſtratorum rationes excuteret, ſane honorarius tutor non eſt, quæ eſt ſententia hujus legis. Imo vero ex tutoribus nullus eſt minus otioſus, quam qui rationes exigit, tractat, diſpungit, conficit, hoc eſt, tutelæ ſummum negotium, quod qui attingit, non poteſt non attingere, & cetera omnia. Effectus autem hujus legis eſt, quia honoraria tutela in numerum trium tutelarum, qui numerus excuſat a quarta tutela, non computatur, hoc eſt, honoraria tutela & otioſa non computatur in oneribus, licet quandoque ad honorarios adminiſtratorum periculum redundet, *d. §. ὁ τῆς πόλεως, & l. ſi quis tutor, §. 1. de ritu nupt.* Item quia prius excutiendæ ſunt facultates ejus, qui geſſit & adminiſtravit tutelam, quam honorarii tutoris, *d. l. 3. §. 1.* Et ob id intererat ſcire, quis eſſet honorarius tutor.

Ad §. Ultimum.

Propter litem inofficioſi teſtamenti ordinandam, exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Prætore confirmari oportet: eventus judicatæ rei declarabit, utrum ex teſtamento patris, an ex decreto Prætoris auctoritatem acceperit.

SCiendum eſt, patrem etiam exheredato filio, quem habet in poteſtate, teſtamento tutorem dare poſſe, *l. 4. h. t.* At finge, filium a patre immerito exheredatum, non habuiſſe patrem juſtas cauſas iraſcendi filio, & removendi eum hereditate ſua, & filium per querelam inofficioſi teſtamenti patrem inteſtatum facere, teſtamentum reſcindere velle: querela inofficioſi teſtamenti hoc jure, quod obtinuit ante Nov. Juſtin. 115. reſcindit omnia, quæ in teſtamento ſunt ſcripta, & teſtatorem prorſus inteſtatum facit, id eſt, non tantum heredis inſtitutionem reſcindit, quæ ſolum & quaſi fundamentum teſtamenti eſt, ſed etiam tutelam, & legata, & fideicommiſſa, & libertates, & tabulas pupillares, quia re judicata ſecundum filium exheredatum, qui queſtus eſt de judicio patris, totum teſtamentum præſumitur eſſe hominis male ſanæ mentis, idcirco corruit totum, *l. Pap. §. ſed nec impub. & §. ſi ex cauſa, & l. qui repudiantis, de inoffi. teſt.* At quæritur utrum filius exheredatus, qui, cum ſit pupillus ſolus, ex eo litigare non poteſt ſine auctoritate tutoris, utrum agat querela inofficioſi teſtamenti auctore tutore teſtamentario, an auctore tutore legitimo. Finge patruum filio extare legitimum tutorem futurum ab inteſtato: videtur teſtamentarius auctor eſſe non poſſe, quandiu teſtamentum in ea cauſa eſt, ut reſcindi poſſit per querelam: videtur etiam legitimus auctor eſſe non poſſe, quandiu ſpes eſt, ut judicetur ſecundum teſtamentum contra filium exheredatum: ſed quia poteſt etiam teſtamentum non reſcindi filio non obtinente in querela, & contra, poteſt etiam reſcindi filio obtinente, ſub incerto totius eſt eundem tutorem, qui teſtamento datus eſt, non per ſe auctorem fieri ad eam litem, ſed ex decreto Prætoris pupillo dari. *Dari* ait lex proxima quæ ſequitur, hæc lex, *confirmari*: nam & qui confirmat, dat, *l. pen. §. ſed cum veteres, C. de neceſſ. her.* Dari igitur & confirmari a Prætore tutorem teſtamento datum ad ordinandam litem inofficioſi teſtamenti, ut, quemadmodum ait lex proxima, ſine ullo præjudicio juſtus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat. Juſtus autem tutor, antequam de jure teſtamenti judicetur, & de meritis filii exheredati, interim ſane eſt teſtamentarius, cum aditam eſſe hereditatem defuncti ex eo appareat, quod agatur querela inofficioſi teſtamenti, quæ non naſcitur ante aditam hereditatem, *l. Pap. §. ſi conditionis, de inoffic. teſt.* Et hoc diſtat a bonorum poſſeſſione contra tabulas, quæ datur filio præterito, non exheredato, & datur ut vulgo dicebant Juriſconſ. *contra tab. contra teſtam.* contra lignum, etiam ante aditam hereditatem nullo ex tabulis teſtamenti exiſtente herede, *l. illud, & l. quod vulgo, de bon. poſſeſſ. contra tab.* Eventus autem iſtius judicii de inofficioſo teſtamento, ut ſubjicit Pap. declarabit, is qui auctor ad eam litem pupillo fuit, utrum ex teſtamento, quo ſcriptus eſt & inſtitutus tutor, an ex decreto Prætoris, quo confirmatus eſt, auctoritatem acceperit. Si non vicerit filius exheredatus, ex teſtamento videbitur tutor auctoritatem accepiſſe: ſi vicerit, ex decreto Prætoris ad eam litem tantum. Nam teſtamento reſciſſo per querelam, proculdubio ei ſuccedit legitimus tutor, ut in *l. ſi filiæ, h. t. l. ſi impuberi, de tut. & cur. datis.* Non eſt omittendum, hodie nullum eſſe locum quæſtioni propoſitæ in hoc §. quia ex ſupradicta Novella. Juſtin. teſtamento reſciſſo per querelam, cetera firma manent, cetera omnia indiſtincte, hoc enim eſt verius, id eſt, tutela, legata, fideicommiſſa, libertates, ſecundæ tabulæ, ſola heredis inſtitutio reſcinditur. Itaque in quæſtione propoſita tutor teſtamentarius plane auctor eſſe poteſt filio exheredato agenti querela inofficioſi teſtamenti, nec indiget confirmatione Prætoris aut Præſidis, quia etiam reſciſſo teſtamento, tutor manet, & hoc eſt, quod dicitur vulgo: *Ex cauſa exheredationis ſive præteritionis, quæ ſcilicet pro exheredatione habeatur;* ut ſi mater vel avus maternus ſilentio præterierit filium vel filiam, id eſt, ſi neque inſtituerit, neque exheredaverit nominatim, ſolam inſtitutionem vitiari: cetera quæ ſunt ſcripta in teſtamento, manere: nam ea Novella pertinet tantum ad exheredationem vel præteritionem, quæ pro exheredatione eſt, non etiam ad veram præteritionem, ut ſi pater filium præterierit, quo caſu totum teſtamentum corruit, & reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tab. exceptis legatis quibuſdam, quæ certis perſonis relicta ſunt, puta, liberis, aut parentibus, aut uxori, vel nurui dotis cauſa, ex edicto de legatis præſtandis.

A L. XXVIII. Eod.

Qui tutelam teſtamento mandatam excuſationis jure ſuſcipere noluit, ab his quoque legatis ſummovendus erit, quæ filiis ejus relicta ſunt: modo ſi legata filii non adfectione propria, ſed in bonorum patris meru erunt.

IN *l. 28. de teſtam. tut.* ſunt tria reſponſa. Ex primo intelligimus: tutorem filio impuberi teſtamento datum, ſi cum in arbitrio ejus eſſet, uti vel non uti excuſatione, & immunitate ſua, quam forte habet, nec prohiberetur legibus omiſſa excuſatione ultro tutelam ſuſcipere, maluerit tamen ſe excuſare a tutela, indignum eſſe legato, quod ei eodem teſtamento relictum eſt, quia niſi aliud evidenter teſtator expreſſerit fidei remunerandæ cauſa, & quo libentius tutelam ſuſciperet, legatum ei, ut tutori relictum videtur, *l. 33. inf. de excuſ. tut.* Quamobrem ſi repudiat onus tutelæ, indignus eſt emolumento legati, quo provocatus eſt ad tutelam ſuſcipiendam: nec quidquam ad rem facit, quod ſe excuſavit. Id vero legatum, quamvis ei veluti indigno auferatur, tamen non cadit in fiſcum, ut plerunque ſolent ab indignis legata hereditateſque transferri in fiſcum, ſed transfertur in pupillum, cujus utilitatem tutor deſeruit repudiata tutela jure excuſationis, *l. 5. §. admittere, de iis quibus ut indig. l. pen. C. de leg.* quod ita accipi debet, ſi pupillus patri ſuo heres extiterit, alioquin pupillo exheredato, legatum non transfertur in pupillum, ſed in heredem patris etiam extraneum, *l. tutor petitus, §. 1. de excuſ. tutor.* Hoc autem loco Pap. oſtendit, tutorem, qui ſe excuſat tutela, non tantum repelli a legato, quod ei relictum eſt, ſed etiam ab eo, quod filiis ejus relictum eſt, modo ſi relictum fuerit in honorem ejus, & contemplationem, & gratiam, non propria adfectione filiorum, quia & hoc quoque ei relictum videtur, quod ejus contemplatione filiis ejus relictum eſt, ut dos profectitia intelligitur, non tantum, quæ data eſt a patre; ſed etiam, quæ data eſt ab extraneo contemplatione patris, *l. 5. §. 1. de jur. dot.* Seneca 5. de Benef. *Sed ut tanquam Juriſconſultus reſpondeam, mens ſpectanda eſt dantis beneficium: Ei dedit, cui datum voluit, ſi in honorem patris dedit, pater accepiſſe videtur beneficium.* Iiſdem verbis Pap. hoc loco: *Modo ſi legata filii non adfectione propria, ſed in honorem patris meruerunt.* Ad hæc præter eos caſus, qui vulgo notantur, quibus tutor, quamvis tutela ſe excuſaverit, non repellitur a legato, ſibi vel ſuis, ſui contemplatione relicto, puta, ſi per eum culpamve ejus non fiat, quo minus tutelam adminiſtret, vel ſi non ei, ut tutori, ſed alia adfectione legatum relictum ſit, qui caſus, & a me ſupra ſubnotati ſunt. Notandus eſt alius caſus, quem vulgo non animadvertunt, quo etiam tutor, qui ſe excuſavit non repellitur a legato, videlicet, ſi antequam repelleretur pupillus deceſſerit: quod *l. amiciſſimos, inf. de excuſ. tut.* ſignificat his verbis ex contrario ſumptis: *Si adhuc viveret pupillus.* Et ratio eſt aperta, quia non ante legatum amittit, quam ei auferatur, & cauſa auferendi ſublata eſt morte pupilli. Eadem *l. amiciſſimos* oſtendit, non repelli eum tutorem a ſubſtitutione pupillari, ſi pupillo ſuo ſubſtitutus fuerit in hunc caſum; ſi impubes deceſſerit: quia *non eſt veriſimile: (ut ait) tunc demum eum teſtatorem ſubſtituere voluiſſe, ſi & tutelam ſuſcepiſſet,* cum ſubſtitutionem illam contuliſſet in caſum finitæ tutelæ, id eſt, in caſum mortis pupilli. Sed recte animadvertit primus Ludovic. Rom. in conſilio 207. hoc hodie poſt Nov. Theod. de tutorib. cujus pars eſt in *l. ſciant, C. de legit. her.* ita verum eſſe, ut non excidat ſubſtitutione pupillari, ſi ſubſtitutus, qui ſe excuſavit tutela, alium tutorem pupillo petierit, & dari curaverit intra annum vivo pupillo. Verum, inquam, eſt ut non excidat ſubſtitutione pupillari, ſi tutorem pupillo petierit, alioquin excluditur ſubſtitutione pupillari, *d. l. ſciant.* Verum quod idem Romanus ait, repelli quoque eum a ſubſtitutione precaria, id eſt, a fideicommiſſaria hereditate, relicta in eundem caſum mortis pupilli, & repelli, non quod non petierit ei tutorem, ſed quod recuſaverit onus tutelæ. Quantum ad illam rationem, fateor eum non repelli ea ratione a ſubſtitutione precaria, ſive fideicommiſſaria hereditate, *l. ult. inf. qui pet. tut.* Nec enim ob non petitum tutorem amittit quis bona patris, quæ deferuntur ſubſtitutione precaria, ſed bona pupilli tantum ex conſtitutione Severi, quæ certum eſt deferri ſubſtitutione directa, quam pupillarem appellamus. Quantum vero ad hanc rationem non ſuſceptæ tutelæ Romani nos ſcriptura fallit, quia hæc ratio repellit tutorem tantum a præſenti lucro, a præſenti legato, quo invitatus eſt ad tutelam ſuſcipiendam, non a lucro futuro poſt tutelam finitam, id eſt, poſt mortem pupilli, quia non eſt veriſimile, id ei relinqui hujus rei cauſa, quod etſi dicta *l. amiciſſimos*, ponat tantum in ſubſtitutione directa, tamen eadem ratio intervenit in precaria, de qua dixi ante, quia utraque confertur in tempus mortis pupilli. Præterea quod idem auctor ſcribit hodie tutorem, qui ſe excuſat, etiam legatum amittere, quod ei, non ut tutori relictum eſt, quo magis tutelam obiret, ſed alia adfectione, contra quam traditum ſit in *l. tutor petitus, §. 1. & l. Neſennius, & l. ſeq. inf. de excuſ. tut.* Quod inquam, ait tutorem, qui ſe excuſat, omne legatum amittere quacunque affectione relictum, etiamſi, relictum ſit ut cognato, non ut tutori, non fidei remunerandæ cauſa: id ait ſe dicere propter primam Novellam Juſtiniani, quæ non tantum heredis, ſed etiam legatarii & fideicommiſſarii non obtemperantis voluntati teſtatoris, contumaciam ita punit, & indevotionem ita mulctat, ut indignum eum faciat hereditate, legato, fideicommiſſo. quod ita ſtatuit propter eam Novellam, id vitioſum eſt, quia ea Novella punit tantum eos, qui legata, aut fideicommiſſa, aut libertates aliis relictas, poſt admonitionem judicis intra annum ſolvere detractant, non eos, qui onus ſibi injunctum veluti tutelam ſuo privilegio ſubnixi, refugiunt, quia hoc faciunt jure publico, ut ait *l. Juriſperit. §. ult. de exc. tut.* Legatorum vero, aut fideicommiſſorum, aut libertatum præſtationem nullo jure refugere poſſunt. Itaque horum ſeparata ratio eſt, in quibus tamen ille vult idem jus ſervari. Et præterea Novellæ conſtitutiones ſemper ſunt ſtrictius accipiendæ, certe nunquam porrigendæ ad caſus, quorum ratio ſit diverſa, ut in propoſito jam ſatis oſtendi eſſe diverſum: quia tutelam refugio meo jure, meo privilegio, & jure publico fretus, legatorum, aut ſimilium præſtationem nullo jure refugio. In hunc errorem, & illum, & Bartolum, & Doctores omnes primus induxit Jacobus Belviſius ſummus aretalogus & commentator novellarum.

Ad §. Verbis.

Verbis fideicommiſſi manumiſſus, non jure tutor teſtamento datur: poſt libertatem itaque redditam, ex voluntate teſtatoris ad tutelam vocatur.

AIt in hoc reſponſo, ſervum proprium vel alienum, cui relicta eſt libertas verbis fideicommiſſi pure, teſtamento tutorem datum filio impuberi, non jure datum. Cur? quia ſcilicet, cum tutor detur verbis directis veluti: *ille tutor eſto, illum tutorem do, l. 1. t. ſeq.* & Theophilo auctore in *t. qui teſt. tut. dar. poſſ.* & ab ipſo teſtatore tutor protinus proficiſcatur, ut ait lex 7. h. t. eo modo quem propoſui, tutela ſervo defertur, antequam ei libertas obtigerit, quod fieri non poteſt, quia ſervus juſtus tutor non eſt: ergo etiamſi poſtea ab herede præſtetur fideicommiſſaria libertas, quæ relicta eſt, non jure datur tutor videbitur, quia vitium tutelæ dationis, quod fuit initio, non emendatur ex poſt facto obtingente libertate, ſed nihilominus *ex voluntate teſtatoris ad tutelam vocabitur.* Quibus verbis, ut in §. ult. Pap. ſignificat, eum poſt acceptam libertatem ex cauſa fideicommiſſi confirmandum eſſe tutorem decreto Prætoris. Confirmatio ſequitur voluntatem defuncti, & corroborat, quod ab initio non valebat. Et ſane ita eſt: *Omnem non jure datum tutorem indigere confirmatione.* Et ita eſt accipiendus hic §. non eſſe jure datum: ergo indigere confirmatione, hoc neceſſario conſequitur. Et

idem

idem opinor esse, si servus sine libertate tutor datus sit, quia etsi huic quoque tacite videatur relicta fideicommissaria libertas, *l.si her.§.ult.h.t. l.etsi non adscr. C.de fid.libert.* tamen non jure datus tutor videtur. At observandum est maxime hoc interesse tutor datus sit sine libertate, an adscripta libertate fideicommissaria; quia ex tutelæ datione non præsumitur data ulla libertas, cum expressim data est fideicommissaria, quia ut vulgo dicitur, expressum facit cessare tacitum, in *l. cum ex filio, §.filio, de vulg.subst.* Et merito reprehenditur Acc.qui hoc loco; *Cui etiam nominatim data fideicommissaria libertate, servo tutori dato*: in eodem adsumit directam libertatem ex tutelæ datione. Et in ceteris quoque omnibus Acc. glossa in hunc §.ineptissima est, ideoque deleatur tota. At si servus tutor datus sit sine libertate, si sit proprius servus testatoris, potest defendi ex tacita voluntate testatoris, directam libertatem ei competere, ut in §.1.*Inst.qui test.tut.dar.poss.* Quam si adserat sibi atque vindicet, jure tutor datus videbitur, sed si adserat sibi fideicommissariam libertatem proprius non alienus servus, non jure tutor datus videbitur, & confirmatione indiget: est in arbitrio servi proprii testatoris, vel hanc vel illam sibi libertatem adserere & defendere, ut fit in specie *l.si quis servo, ff. de man.test.* Quod Thalæleus sentit in dicta *l.etsi non adsc.* dum ait, *Eum qui abnuit fideicommiss.libertatem non continuo abnuere directam, & utrius maluerit servo proprio adsertionem esse*.

Ad §. Ultimum.

Impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit: sed voluntatem ejus, si fides inquisitionis congruat, Prætor sequetur.

IN tertio responso ponitur alius casus, quo tutor non jure datus ex inquisitione confirmatur decreto Prætoris, habita inquisitione prius de moribus & facultatibus, ut si liberto impuberi patronus tutorem dederit, quod jure non facit, quia patri tantum habenti filium in potestate lex duodecim Tab.permisit tutoris dationem. Et hoc est, quod ait *l.impub.de adm.tut.* Tutelam testamento mandari jure patriæ potestatis. Sed is tamen, quem patronus tutorem dederit liberto impuberi, si fides inquisitionis congruat, confirmabitur decreto Prætoris. Quod ita est accipiendum, si patronus libertum heredem instituerit, & quasi in rem magis, quam in personam tutorem dederit, ut *l.4. & seq.* non si exheredaverit quia nec a matre tutor datus filio exheredato, sive præterito confirmatur *l.4.h.t.*

Ad L. Ultim. ad legem Juliam de adulteriis.

Defuncta quoque socru, gener incesti postulabitur, ut adulter post mortem mulieris.

SEntentia hæc est: Ut post mortem mulieris adulteræ, adulterii accusari potest a quocunque marito vel extraneo, sive mulier mortua sit in matrimonio, sive in divortio, *l.si miles, §.adulter, l.vim, §.in matrimonio, h.t.* Ita post mortem socrus gener, post mortem nurus vitricus, post mortem novercæ privignus, incesti accusari potest. Et quamvis in aliis multæ sint & magnæ differentiæ inter adulterium & incestum, puta quod incesti commune crimen adversus duos simul intentari possit, non adulterii, *d.l.vim, §.duos, & §.seq.* Quod in crimine adulterii servi torqueantur in caput domini; non in crimine incesti, *l.4.& l.17.de quæstion.* Quod crimen adulterii tollatur præscriptione quinquennii, incesti, non nisi præscriptione communi vicennii, *d.l.vim, §.præscript.* Quod ignorantia juris civilis excuset incestum, juris naturalis adulterium nunquam, quia jure naturali probrum est, & jus naturale nemini licet ignorare, *l.adulterum, h.t.* Hac tamen in re qua de agitur in *l. ult.* ut ex ea patet, hæc duo crimina nihil inter se distant, quia generaliter proditum est, crimine, quod duorum est, aut plurium commune, extincto in persona unius (extinguitur autem morte) non extingui in persona alterius, *l.1. C.si reus, vel accus.mort.fuerit.* Ex locis autem ex quibus alii Juriscons.ex hoc libro Papin. testimonia sumunt, restat unus tantum in *l.15.§.Pap.ff.loc.*

Ad §. Papinianus. L. XV. Locati.

Papinianus lib.4. responsorum ait si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas; nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem, etiam ejus anni quo remisit exigendam. Hoc idem & in vectigalis damno respondit. Sed & si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum: quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur etsi superiores uberiores fuerunt, & scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

INitio ostendit aliquando propter sterilitatem agri, quam vocant ἀφορίαν, sterilitatem anni, colono pensionis dandam esse remissionem, quam nos appellamus *Rabais*. Est verbum juris, Columella primo de re rustica, cap.7. *Nam ubi sedulo cogitur ager, plerunque compendium, nunquam (nisi si cœli major vis, aut prædonis incessit) detrimentum affert, eoque remissionem colonus petere non audet.* Plin.9. Epist.37. *Nam priore lustro, quanquam post magnas remissiones, reliqua creverunt.* Et 10. Epist. 24. *Præterea continuæ sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare.* Datam autem anno remissionem propter sterilitatem Pap. respondit, nihil nocere eam remissionem domino, si sequentibus annis contigerit ubertas, quæ superioris anni sterilitatem & damna compenset: sed hoc casu, domino esse integram petitionem totius pensionis superioris anni, ut in *l.licet, C. eod.t.* Et subjicit Pap. idem esse in vectigalis damno, id est, si propter sterilitatem prædii emphyteutici dominus emphyteutæ vectigalis, id est, canonis emphyteutici remissionem dederit, Basilica loco illorum verborum, *Idemque est in vectigalis damno*, ajunt, τοῦτο γὰρ καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικοῦ ἐστι. Ad §.9. leg.19. loc. vide sup. ad *l. 14. de officio adsess.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIA

In Lib. V. Responsorum ÆMILIJ PAPINIANI.

Ad L. VI. de Confirm. tut. vel curat.

Si filio puberi pater tutorem; aut curatorem dederit: contra inquisitionem prætor eos confirmare debebit.

HUJUS legis verba secundum Florentinam editionem, qua nulla est melior, hæc sunt: *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit*; Recte: verum plenior esset oratio, si dixisset, *aut impuberi, vel puberi curatorem*: denique hoc modo: *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi vel puberi curatorem dederit*: nam ita se res habet. Pater vel avus paternus filio puberi vel nepoti puberi, non jure dat tutorem in testamento, quia lex XII. tab. a qua parentes virilis sexus, & per virilem sexum descendentes, qui liberos habent in potestate, acceperunt jus dandi tutoris, ea lex sentit de tutore dando liberis impuberibus ætate parvis, qui per ætatem se defendere nequeunt, non de tutore dando puberibus: ergo puberibus jure non dantur tutores, quia tutoris datio juris est, sive legis, nec quicquam licet ultra fines lege præscriptos de dandis tutorib. Non dant etiam parentes liberis impuberibus vel puberibus jure curatorem in testamento, *l.peto, §.mater, de leg.2.* Quia lex XII. tab.de tutore testamento dando loquitur, non de curatore,

tore, de tutela, non de curatione, illo loco: *tutelave suæ rei*. Proinde tutor quidem vel est testamentarius, vel legitimus, vel dativus: curator autem vel legitimus, vel dativus; nullus testamentarius. Et sicut in *l. ventri, de tut. & cur. dat.* dicitur, ideo ventri magistratum curatorem dare posse, non tutorem, quod de curatore constituendo edicto prætoris comprehensum sit, videlicet in titulo de ventre in possessionem mittendo: Et vero in edicto prætoris non potuit comprehendi, de tutore dando, vel constituendo, quia neque directo heredem prætor, neque tutorem facere potest, vel confirmare per se solus, sed ut bonorum possessorem pro herede habet, sic curatorem pro tutore. Et ad eundem modum dicimus, ideo curatorem testamento neque impuberi, neque puberi jure parentem dare, quia lex XII. tabularum tutorem tantum dare permittit, *l. 1. & 20. sup. t. prox.* Summa hæc sit; non jure dari testamento patris tutorem filio puberi, sed impuberi tantum, quem habet in potestate: non jure item dari curatorem testamento puberi vel impuberi: verumtamen non jure datum tutorem vel curatorem confirmari posse decreto prætoris vel præsidis, id est, causa cognita: neque enim prætor semper sequitur voluntatem patris, non semper confirmat tutorem, vel curatorem non jure datum a patre, *l. 8. 9. 10. h. t.* sed aliquando rejecto tutore, vel curatore a patre non jure dato, alium tutorem deficiente legitimo constituit, ut in *l. 39. §. 1. & 2. de admin. tut.* quæ est secunda lex hujus libri. Denique non confirmat temere prætor tutorem, vel curatorem non jure datum a patre, non sine decreto. At confirmat sane eum sine inquisitione, *l. 1. h. t.* Eadem ratione & sine satisdatione rem pupilli salvam fore, eum ad tutelæ administrationem admittit, *l. 3. h. t.* Ratio hæc est, quæ traditur in Institutionibus *t. de satisd. tut.* quia fides & diligentia ejus satis ab ipso parente approbata est, ut de ea nihil amplius inquiri oporteat, vel caveri satisdato: & recte *l. amicissimos inf. de excus. tut.* ait, parentes, id est, patrem, avum proavum, patronum amicissimos, & fidelissimos tutores liberis eligere solere. Longe alia est conditio matris & parentum, qui per matrem conjuncti sunt, ut avi, proavi materni, quoniam ab iis liberis nunquam jure datur tutor vel curator, sed neque datus confirmatur sine inquisitione, *l. 2. h. t. l. 4. sup. t. prox.* Cur ita? an propter reverentiam debitam patri? minime. Primum enim reverentia debetur matri, & æque præstanda est omnibus parentibus cujuscunque sexus & gradus, sive cognationis, non propter reverentiam patri debitam (ut quidam insanus ait) Nam omnibus parentibus debetur reverentia. Deinde hanc reverentiam observant liberi, non magistratus: ex quorum inquisitione & arbitrio, non jure dati a parentibus tutores vel curatores confirmantur. An igitur, ut certatim volunt Glossæ & commentarii omnes, propter infirmitatem consilii, & judicii mulieris, quasi non valeat mater consilio satis ad tutorem filiis eligendum? Et hanc quoque repudio rationem; nam & idem, quod in matre, jus est in avo aut proavo materno, in parentibus lineæ maternæ: & consilium quoque matris, hac in re non admodum improbari ex eo apparet, quod a tutore, quem illa dederit, si modo per inquisitionem idoneus sit pronuntiatus, satisdatio non exigitur, *l. 2. h. t.* sicut nec ab eo, quem pater dederit. Ratio differentiæ verior hæc est, quia majores nostri plus semper tribuerunt judicio & decreto eorum, qui potestatem habuerunt in liberos, quasi jure suo & imperio decernerent quidquid præceperint, voluerint, quidquid præceperint de pecunia & tutela suæ rei, ut nec fas esset magistratui temere ab eo recedere, quod ipsi decrevissent, non magis quam a legibus ipsis: hujusque juris vestigium remanere aliquod etiam soluta potestate & agnitione per emancipationem, quia & filio emancipato datus tutor a patre, qui jure non datur, cum non sit in potestate dantis, confirmatur tamen ἁπλῶς, id est, sine inquisitione, *§. ult. inst. de tut. l. Nesennius, de excus. tut.* Et quod maxime notandum, cum finita patris adoptivi potestate per emancipationem, dicatur ex pristino jure nullum vestigium retineri, *l. in omni, de adop.* hic e contrario demonstrat, finita potestate patris naturalis, ex jure pristino quædam vestigia retineri. Et sane jure prætorio jus successionis retinetur, finita potestate patris naturalis, non adoptivi, *§. minus, Inst. de her. quæ ab intest.* Et non tantum per filiumfam. sed etiam per filium emancipatum recte pater servum suum manumittit. Et fingitur idem esse homo, quod ad manumissionem attinet, non tantum pater & filiusfam. sed etiam pater, & filius emancipatus, tametsi solutum sit vinculum potestatis, *l. 1. §. ult. C. comm. de succes.* Et hoc quoque retinetur, quo de agimus, ut tutor a patre datus filio emancipato sine inquisitione confirmetur, perinde ac si filiofam. non jure datus esset. Non omittam in hoc tractatu de confirmando tutore, maxime notandum esse, confirmatos tutores testamento datos etiamsi dativi potius esse censeantur, quam testamentarii (quia, qui confirmat, dat, ut diximus in *l. 26. §. ult. sup. t. prox.*) tamen pro testamentariis haberi, & ideo legitimos tutores excludere, ut in *l. 3. h. t. & d. l. 26. §. ult.*

Ad L. III. de Admin. & per. tut.

Tutores qui post finem tutelæ per errorem officii durantes rerum administrationem retinuerunt: nominum paternorum periculum, quæ post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, præstare cogendi non erunt; cum actionem inferre non potuerunt.

IN hac lege sunt plurima responsa. Primi responsi species hæc est: Tutor extraneus post finem tutelæ, id est, post pubertatem adolescentis sive pupilli quondam, per errorem forte, dum putat officium suum protendi ultra pubertatem, in rerum administratione perseveravit. Quæritur an agnoscat, & præstet periculum nominum paternorum, id est, quæ fecit & contraxit pater pupilli, cui pupillus heres extitit, si ea nomina deteriora facta sint, post finitam tutelam pubertate pupilli, facultatibus scilicet lapsis debitoribus patris post finitam tutelam, qui tempore finitæ tutelæ in facultatibus idonei & locupletes: & si quidem tutor non perseverasset in administratione, proculdubio periculo eximeretur, post finem tutelæ nominibus factis deterioribus, *l. cum post mortem in princ. inf. h. t.* At in proposita specie, quia in administratione perseveravit, quia rerum administrationem retinuit post pubertatem pupilli, hoc magnam dubitationem facit, & nihilominus Papin. eum, etiamsi post pubertatem perseveravit in administratione, eximit periculo nominum paternorum, si modo tempore finitæ tutelæ debitores paterni, idonei & locupletes fuerint. Et ratio Papiniani hæc est, quia non potest ei imputari, quod debitores paternos post finitam tutelam non exegerit, cum eos non potuerit exigere finito officio tutelæ, nec adsumpto alio officio novo curatoris, vel procuratoris, actionem, inquit, non potuit inferre: nullam exigendi facultatem habet, qui nullam actionem intendere potest, *l. 6. §. ult. de neg. gest.*

Posui initio tutorem fuisse extraneum, non abs re: nam si fuit cognatus pupillo vel affinis, vel libertus, in eo cessat Papin. ratio, quia etiamsi nullum sit ei injunctum officium, quod tribuat administrationem rerum pupilli vel adolescentis, tamen finita tutela, sine mandato potuit agere adversus debitores pupilli præstita cautione de rato, *l. sed & hæ personæ, ff. de procur.* Et ideo imputatur ei, si non egerit adversus debitores pupilli, cujus sua sponte negotia administrabat post finitam tutelam, *l. 8. sup. de neg. gest.* Quod & Acc. recte notavit hoc loco, ratio est evidens. Observandum est etiam Papin. loqui de nominibus paternis, id est, quæ pater pupilli fecit, *de cè qu'il luy estoit deu*. Nam si ea nomina fecerit tutor ipse, quocunque tempore deteriora fiant, in potestate adolescentis est, ea non agnoscere, ut periculum ad tutorem pertineat, qui ea contraxit, *l. cum quæretur, sup. h. t.* Item observandum est, Pap. loqui de nominibus paternis, quæ ut ait, *post pubertatem adolescentis* ido-

idonea fuerunt, id eſt, de debitoribus paternis, qui poſt pubertatem adoleſcentis idonei fuerunt, ſive qui aliquandiu idonei fuerunt eo tempore, quo pupillus adolevit, aut pubes factus eſt, id eſt, finitæ tutelæ tempore, ſed poſtea deſierunt eſſe idonei. Nam ſi durante tutela idonei eſſe deſierunt, ceſſante tutore, dolo malo vel nimia negligentia, nec exigente debitores paternos, proculdubio periculum pertinet ad tutorem, *l. 2. C. arbit. tut. l. periculum, de reb. cred. l. ult. §. pen. de adminiſt. rerum ad civit. pert.*

Ad §. Curator.

Curator a patre teſtamento datus impuberis negotiis ſe per errorem immiſcuit: poſtea a prætore tutoribus aliis datis, periculum futuri temporis ille, qui poſtea nihil geſſit, non præſtabit.

REpetamus memoria primum, quæ diximus in *l. 6. de confir. tut.* non jure dari curatorem impuberi teſtamento patris, imo nec puberi. At finge: datum curatorem impuberi teſtamento patris per errorem, dum ſe jure datum putat, ſecundum voluntatem patris ſe negotiis pupilli immiſcere, poſt non confirmari quidem eum a prætore, ſed alium tutorem pupillo dari: an ſi alio tutore pupillo dato, curator ille hoc cernens continuo deſerat negotia pupilli, quibus ſe immiſcuerat per errorem, an futuri temporis periculo, quo nihil geſſit, adſtringitur? Et reſpondet Papin. non adſtringi, quia eum ab adminiſtratione Prætor excluſit ſubſtituto alio tutore ſive adminiſtratore præteriti temporis, quo geſſit negotia impuberis, antequam alius tutor daretur: non eſt dubium periculum ad eum pertinere, ſi quid male geſſerit: quod ſi antequam alius tutor daretur, ſuum errorem ille curator cognoverit, & ideo errore comperto mox deſeruerit negotia pupilli, quæ cœperat attingere, in §. *ſeq.* oſtenditur.

Ad §. Qui ſe negotiis.

Qui ſe negotiis impuberis non jure tutor datus, ſecundum patris voluntatem immiſcuit, errore comperto tutorem a prætore conſtitui conſultius petet, ne forte, ſi rem cœptam deſeruerit, fraudis vel culpæ cauſa condemnetur, non idem ſervatur, ſi quis ultro negotium alienum geſſerit, cum ſatis abundeque ſufficiat, vel in una ſpecie per amici laborem domino conſuli.

IN hoc §. oſtenditur: eum doli vel culpæ nomine teneri, ſi tutorem non petierit a prætore conſtitui in locum ſuum, ſi alio tutore non petito negotia deſeruerit, quæ cœperat. Et ea re eleganter Papin. in §. *hoc* docet, differentiam eſſe inter eum, qui quaſi curator ex neceſſitate officii ad aliena negotia accedit, & amicum voluntarium, qui ultro ſuſcipit gerenda aliena negotia. Quoniam hic, id eſt, negotiorum geſtor, ea deſerere quandoque impune poteſt, etiam non ſubrogato alio in locum ſuum, *quia*, inquit, *ſatis abundeque ſufficit vel in una ſpecie per amici laborem domino conſuli*. Quæ verba ipſi Imperatores uſurpant, ut aſſidue Papin. verba uſurpant tanquam principis Juriſconſultorum in *l. tutori*, *C. de neg. geſt.* Curator autem vel quaſi curator, non poteſt negotia, quæ cœpit, deſerere, non ſubrogato alio, nec intermittere: huic neceſſitas officii & muneris, ut ait *d. l. tutori*, finem adminiſtrationis facit: finis autem eſt legitima ætas: illi autem, id eſt, negot. geſtori finem adminiſtrationis facit propria voluntas, videlicet ut Græci interpretantur, εἰ μὴ βούλεται, puta, ſi non omnia negotia amici abſentis ad curam ſuam revocaverit, ſed quæ ſederent animo ſuo. Geſtori eſt liberum ſcindere adminiſtrationem rerum alienarum, non tutori vel curatori, vel procuratori ex mandato generali.

Ad §. Heres.

Heres inſtitutus, qui non habuit ſubſtitutum priuſquam hereditatem adiret quam impuberi reſtituere debuit, vita deceſſit. Cum hereditas in Italia eſſet, ſcriptus autem heres in provincia vita deceſſiſſet, tutores provincialium rerum culpæ nomine condemnandos exiſtimavit: ſi cauſam teſtamenti non ignorantes utilitatem impuberis deſeruerunt: nam hereditatis in provincia fideicommiſſo reſtituto, cauſam quidem juris expediri potuiſſe, rerum autem adminiſtrationem ad eos recidere debuiſſe, qui tutelam in Italia ſuſcepiſſent.

SPecies hujus §. hæc eſt. Quidam L. Titium, qui domicilium habebat in provincia Lugdunenſi, ex aſſe heredem inſtituit, atque ita ei coheredem non dedit, quia inſtituit ex aſſe, nec ei etiam directo ſubſtituit quemquam, ſed ab eo petiit verbis precariis, verbis fideicommiſſi, ut reſtitueret hereditatem Mævio, qui erat impubes, & agebat ſub pluribus tutoribus, quoniam erat locupletiſſimus, & ditiſſimus, aliis adminiſtrantibus res Italicas, aliis adminiſtrantibus res ejus provinciales ſitas in eadem provincia Lugdunenſi, in qua degebat, ſive domicilium habebat heres ſcriptus: Finge, alios fuiſſe tutores datos rebus impuberis, quæ erant in Italia, alios rebus, quæ erant in provincia Lugdunenſi, ut in §. *rerum*, *inf. l. pupilli*, *ſup. de tut. & cur. dat.* Hereditatem autem illam fuiſſe in Italia, heredem ut dixi, domicilium habuiſſe in provincia, ibique eum vita deceſſiſſe, priuſquam eam hereditatem adiret, & impuberi reſtitueret, culpa tutorum, qui per judicem eum heredem oneratum fideicommiſſo reſtituendo impuberi, non coegerunt adire & reſtituere hereditatem, dum vixit, quoniam Papin. ponit pro certo in hac ſpecie, morte heredis intercidiſſe fideicommiſſum, ſive fideicommiſſariam hereditatem relictam impuberi, quod etiam confirmat *l. ille quo, in fi. ff. ad SC. Trebell.* Et hoc poſito & conceſſo, quærit tantum Papinianus, qui tutores culpæ nomine impuberi teneantur, quod heredem, dum vixit, non coegerunt adire & reſtituere hereditatem impuberi, utrum tutores rerum Italicarum, an tutores rerum provincialium. Nobis tamen prius videndum eſt, & diligenter diſpiciendum, cur morte heredis fideicommiſſum interciderit, quoniam in eo ex interpretibus cæcutiunt multi: nam etſi neque coheredem neque ſubſtitutum habuerit heres in hac ſpecie, a quo ſuſtineatur teſtamentum poſt mortem heredis ſcripti, & a quo fideicommiſſum peti poſſit, tanquam ab eo tacite repetitum ex reſcripto Severi & Antonini, de quo *l. licet, de leg. 1. & l. ſi Titio & Mævio, §. ult. de leg. 2. & l. 4. ad SC. Trebell.* tamen pleriſque videtur, licet non ſit coheres aut ſubſtitutus, a quo impuberi poſſit ſervari fideicommiſſum hereditatis, id poſſe ſervari ab herede heredis legitimo vel teſtamentario. Quod ego fieri poſſe nego, quia primus heres ex ea hereditate nihil juris tranſmiſit in heredem ſuum, cum nec eam hereditatem adierit: hereditas non adita, non tranſmittitur. In caſu autem *legis pen. §. ult. C. ad SC. Trebellian.* quo §. Accurſius utitur in contrariam ſententiam in *l. eam quam, C. de fideicommiſſ.* ad quam nos hoc loco rejicit, in ea, inquam, l. heres primus adierat eam hereditatem, ſed antequam eam reſtitueret fideicommiſſario, vita deceſſerat, quo caſu ſi nullum heredem reliquerit, ipſo jure utiles actiones in fideicommiſſarium tranſeunt, perinde atque ſi heres reſtituiſſet hereditatem, ex beneficio dictæ leg. pen. quia utique non interciderat fideicommiſſum, quandoquidem heres adierat. Si vero heredem reliquerit, eadem ratione is heres heredis fideicommiſſario tenebitur, *l. quamvis §. 1. l. ſi ejus, §. ſi quis ad SC. Trebell.* quia in heredem heredis tranſmiſſa eſt hereditas ſubjecta fideicommiſſo, tranſmiſſa, inquam, per aditionem primi heredis, quam interveniſſe ponimus. Male etiam idem Accurſ. in *d. l. ille a quo, §. 1.* ait, heredem heredis teneri adire & reſtituere fidei-

fideicommiſſario hereditatem, ſi vel primum heredem prætor juſſerit vel præſes adire hereditatem, quamvis priuſquam adiret, & antequam obtemperarit juſſu prætoris, decreto prætoris, vita deceſſerit, quem errorem haurit ex *l.4. C.ad Treb.* In qua tamen aperte proponitur heredem coactum adiiſſe, nec dicitur fideicommiſſario teneri heredem heredi, qui coactus adiit, ſed dicit fideicommiſſario teneri coheredem. Et hæc eſt ſpecies d. *l.4.* quam apponi neceſſe eſt, quoniam male poſita fallit multos. Species hæc eſt: Quidam aviam ſuam & fratrem ex partibus heredes ſcripſit, & aviam rogavit ut portionem ſuam cuidam extraneo reſtitueret, avia repudiavit hereditatem calliditate & fraude, ut ait *l.4.* id eſt, in fraudem fideicommiſſarii, ut nepoti ſuo, eidemque coheredi, a quo extraneo nominatim fideicommiſſum relictum non erat, potius accreſceret portio inſtitutionis ſuæ repudiata hereditate, quam adita hereditate ad extraneum perveniret ex cauſa fideicommiſſi, in gratiam nepotis ejuſdemq; coheredis ſui: quid inde factum eſt poſt repudiationem aviæ? Ut D.Pius fieri poſſe reſcripſit contra reg.jur. *l.nam quod, §.1.ad Treb.l.2.§.ult. de ſuis & leg. her.* Poſtulante extraneo, prætor aviam coegit adire, quod eſt contra regul.juris, ut qui repudiavit, poſtea adeat, ſed hoc prætor facit, & inducit propter fideicommiſſarium, ne decipiatur. Poſtulante igitur extraneo prætor ut licet ex D.Pii reſcripto, aviam coegit adire, & adivit igitur reipſa: ſed priuſquam ſe pro herede gereret defuncta eſt, ex eo colligit non adiiſſe eam, dum ſcilicet, putat idem eſſe adire, & pro herede gerere. Qua in re fallitur. Nam licet pro herede geſtio per ſe conſiſtat, & pro herede geſtione adquiratur etiam hereditas: tamen omnem aditionem ſequitur pro herede geſtio. Si igitur avia coacta adierit hereditatem, & priuſquam pro herede gereret, id eſt, priuſquam attingeret res hereditarias, & hereditatem reſtitueret fideicommiſſario ex SC. Treb. vita defuncta ſit: quæritur an interciderit fideicommiſſum? quod videbatur dicendum prima fronte, quia neque id coheres, a quo nominatim legatum aut fideicommiſſum relictum non eſt, neque heres heredis, quia ad illum portio illa hereditatis non pervenit, quoniam ſtatim a repudiatione accrevit coheredi, & nemo fideicommiſſo oneratur in id, quod ad eum non pervenit, ſed quatenus pervenit tantum. Verum recte placet in ea lege coheredi portionem illam hereditatis accreviſſe cum onere fideicommiſſi: quoniam poſt reſcriptum Severi & Antonini, de quo dixi ab initio, quo ab inſtituto, ſi heres non exiſtat, ad ſubſtitutum hereditas tranſit cum onere fideicommiſſi, quaſi tacite repetito fideicommiſſo a ſubſtituto, & ſimiliter coheredi exemplo ſubſtituti repudiata coheredis portio accreſcit cum onere fideicommiſſi, ut in *d. l. ſi Titio & Mævio, §. ult.* Et quidem cum onere integri fideicommiſſi in ſpecie propoſita, ſine deductione Falcidiæ, quia avia, cujus portio ei adcrevit, coacta adiit: & placet coactum adire, atque adeo adeuntem periculo fideicommiſſarii amittere Falcidiam ex SC. *l. 4. & l. qui totam, ad SC. Treb.* Verum aliter quam ponatur ſpecies in ea *l. 4. C. ad Trebell.* Si antequam avia cogeretur adire, vita deceſſerit, ex eodem reſcripto dicemus coheredi adcreſcere portionem hereditatis cum onere fideicommiſſi, ſalva Falcidia tamen, & a repudiatione coheredi protinus non adcreſcere portionem repudiatam, quoniam ea repudiatio convelli poteſt, & infirmari avia coacta adire poſt repudiationem, & ita eſt explicanda *d. l. 4.* Ex iis omnibus concludamus in ſpecie hujus §. herede mortuo ante aditam hereditatem fideicommiſſum intercidere, quia neque coheredem, neque ſubſtitutum habuit, qui debere poſſit fideicommiſſum tanquam a ſe repetitum, neque heres heredis, ad quem ea hereditas non pervenit, fideicommiſſario tenetur, puta nec ſi jus deliberandi de adeunda, vel non adeunda hereditate, primus heres in eum tranſmiſerit, ſecundum conſtitutionem *l. cum in antiquioribus, C. de jure delib.* Qui eſt alius error Accurſii, quia jus illud deliberandi eſt res hereditaria, non eſt ex ea hereditate, quæ ſubjecta eſt

A fideicommiſſo, ſed ea lege datur heredi heredis. Beneficium eſt legis quod datur heredi heredis morientis intra annum ante aditam vel repudiatam hereditatem, ut ſcilicet mortuo primo herede intra annum, dum deliberat & conſultat de adeunda vel repudianda hereditate ſibi delata, aut dum deliberare præſumitur ea de re, mortuo, inquam, eo intra annum, eadem deliberatio permittitur heredi ejus, ſed invitum non obligat ad aditionem aut præſtationem fideicommiſſi. Beneficium eſt legis, non commodum quod manet ex ea hereditate. Denique concludamus in ſpecie hujus §. fideicommiſſum non poſſe ſervari a coherede vel ſubſtituto, qui nullus eſt, nullo modo etiam poſſe ſervari ab herede heredis, qui obiit antequam adiiſſet hereditatem. Nunc dicere quis poſſet aut tentare alia ratione, quia ſuperiores

B excluſæ & ſubmotæ ſunt: Fideicommiſſum non intercidere, quia herede ſcripto non adeunte, atque ita ab inteſtato vocato herede legitimo, deſerto & deſtituto teſtamento, id fideicommiſſum heres legitimus præſtare debet, quod tentari poteſt inſcite ex *l. 2. §. ult. de ſuis & leg.hered.* quem locum Bartolus appellat ſcabioſum, propterea quod aperte ille locus oſtendit, herede ſcripto, qui rogatus eſt reſtituere hereditatem, repudiante eam; tranſire ad legitimum heredem cum onere fideicommiſſi, quod eſt mirum, quia heres legitimus non eſt rogatus, quia fideicommiſſum relictum in teſtamento ab herede ſcripto, non videtur repetitum ab herede legitimo, niſi ſit nominatim repetitum, vel niſi ſit relictum ſimpliciter, id eſt, generaliter, ut in *l.eam quam, C.de*

C *fideic.* Puta hoc modo, bona mea poſt mortem heredis inſtituti ad illum pertinere volo, quæ verba comprehendunt omnem heredem & teſtamentarium & legitimum, vel etiam, niſi in teſtamento ſit adjecta clauſula codicillaris, quæ eſt in *l.ult.C.eod.* Quid ergo dicemus, aut quomodo interpretabimur dictam legem 2. *§.ult. de ſuis & legit. hered.* Dico aliam eſſe ſpeciem illius legis, & aliam hujus §. In ſpecie hujus §.non ponitur heredem ſcriptum repudiaſſe hereditatem, ſed antequam adiret vel repudiaret vita deceſſiſſe. In illa ſpecie *d.l.2.§.ult.* ponitur heredem ſcriptum repudiaſſe hereditatem, quod fit ſemper in fraudem fideicommiſſarii, ut in *l. 4. C. ad Treb.* Et in gratiam legitimi heredis, vel coheredis: ideoque hoc caſu ad legitimum heredem hereditas tranſit cum onere,

D cui hoc ſtruxit callide heres ſcriptus: ſicut eadem ratione in *d.l.4.* tranſit ad coheredem cum onere: & ſimiliter igitur ad legitimum heredem cum onere, cui fraus ſtructa eſt in necem fideicommiſſarii, aut cujus in rem legitimi heredis repudiatio facta eſt, cui profuit, cui bono fuit, & quidem ſine deductione Falcidiæ, ſi poſt repudiationem heres ſcriptus coactus adierit, ut in *d.l.4.* vel ſalva Falcidia, ſi poſt repudiationem non fuerit coactus adire, ut in *d.l.2.§.ult.* In qua dicitur potuiſſe cogi adire, non fuiſſe coactum. Et ut intelligatur ſpecies quam apponi neceſſe eſt *d.l.2.§.ult.* Præmittendum eſt, quod in *§.penult.* proditum eſt, repudiante herede ſcripto ex aſſe ab inteſtato, proximum agnatum teſtatoris vocari ad legitimam hereditatem, non qui fuit proximus utique ſemper tempore

E mortis teſtatoris, ſed qui fuit proximus, tum certum eſſe cœpit, teſtatorem inteſtatum deceſſiſſe; quod in *§.ult.* declarat poſita ſpecie hujuſmodi: heres ſcriptus rogatus alii reſtituere hereditatem, eam repudiavit, an ſtatim ab inteſtato vocatur, qui proximior eſt defuncto tempore repudiationis? Minime, quia nondum certum eſt inteſtatum deceſſiſſe teſtatorem, propterea quod fideicommiſſarius ex reſcripto D.Pii etiam poſt repudiationem poteſt cogere heredem ut adeat, & interim fieri poteſt, ut moriatur, qui erat proximior tempore repudiationis. Quod ſi ita eveniat, ad poſteriorem, id eſt, ad ulteriorem agnatum legitimum hereditatem deferimus, cum onere tamen fideicommiſſi, quia in fraudem alterius & ejus gratiam heres teſtamentarius repudiavit, qui fideicommiſſo oneratus erat. Denique ex iis apparet, non poſſe ſuſtineri in ſpecie hujus legis fideicommiſſum, quaſi debeatur ab herede legitimo, quia heres teſtamentarius non repudiavit,

ſed

ſed antequam repudiaret, vel adiret, deceſſit, quo caſu hereditas tranſit ad legitimum ſine onere fideicommiſſi. Quod autem ad quæſtionem propoſitam attinet, nullus eſt labor. Recte Papin. reſpondit, tutores rerum provincialium culpæ nomine pupillo teneri, quod heredem eum, dum vixit, non coegerunt adire hereditatem. Nam etſi ea hereditas fuerit in Italia, non in provincia, tamen heredem potuerunt cogere. Et vero ii ſoli debuerunt heredem cogere ad aditionem & reſtitutionem ex Senat. Trebel. quia ea reſtitutio juris eſt, non facti, id eſt, non eſt reſtitutio corporum hereditariorum, quæ etiam non erant in provincia, ſed in Italia, ſed eſt reſtitutio jurium ſive juris univerſi, quod defunctus habuit: & uno verbo reſtitutio transfert omnia jura in fideicommiſſarium, etiam ſi res hereditariæ præſentes non ſint, *l. reſtituta, & l. poſtulante, §. ſed & in hujuſm. ad SC. Trebell.* Et hoc eſt, quod ait Papin. hoc loco, *cauſam juris reſtituto fideicommiſſo expediri potuiſſe in provincia, auctoribus tutorib. provincialib.* in provincia, inquam, in qua heres oneratus fideicommiſſo domicilium habuit: nam fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutio petitur, ubi heres domicilium habuit, *l. fideic. §. pen. de jud.* Et reſtitutio fit verbo tenus ipſi pupillo tutore auctore, vel fit tutori, ſi pupillus abſit vel fari non poſſit, ut in *l. pen. C. ad Trebell.* quia & in reſtitutione exigitur vox fideicommiſſarii, ut deſideret ſuo periculo adire hereditatem, & hoc ſi feciſſent tutores provinciales, ſi cauſam juris expediſſent, deinde cauſa facti, id eſt, adminiſtratio rerum hereditariarum reciſſet ad tutores Italicos, quoniam bona erant in Italia. Denique cum cauſa juris expedire debuerit per provinciales, quoniam heres in provincia domicilium habuit, non per Italicos, ſoli provinciales in culpa ſunt non Italici.

Ad §. adverſus.

Adverſus tutorem, qui pupillum hereditate patris abſtinuit, actionem denegari non oportet creditori, qui cum ipſo tutore contraxit: quamvis tutor pecuniam in rem impuberis converterit.

HUjus §. ſpecies hæc eſt; Pupillus patri heres extitit, tutor expediendorum negotiorum hereditariorum gratia in rem pupilli nomine pupilli mutuam pecuniam creditorem rogavit: creditor cum tutore contraxit, & ei mutuam pecuniam dedit, quam mox vertit in eam rem, in quam ſumpſerat. Poſt pupillus ſe abſtinuit hereditate patris, quod potuit auctore tutore, etiamſi ſe jam immiſcuiſſet hereditati, *l. neceſſariis, de acquir. heredit.* Certum eſt poſt abſtentionem, pupillum creditori non teneri, quia in rem ejus verſum eſſe deſiit, poſtquam ſe abſtinuit omni re paterna, & verſum non videtur, quod non durat verſum, *l. 10. §. verſum, de in rem verſo,* tamen pupillus, ſi ſe non abſtinuiſſet, teneretur creditori utili actione creditæ pecuniæ, *l. 3. C. quando ex facto tut. pupil. ten. l. 2. C. de curat. fur.* quia pecunia credita eſt nomine pupilli, & proceſſit in rem utilitatemq; pupilli: at per abſtentionem liberatur, quia deſinit res ejus eſſe; in quam verſa pecunia eſt: unde quæritur, an ſaltem creditori tutor teneatur? & Papin. reſpondet: creditori tutorem teneri hac ratione, quia creditor cum tutore principaliter contraxit, perſonam ejus fidemq; ſecutus non pupilli. Et licet non ignoraret in rem & utilitatem pupilli rem geri, tamen tutorem ſolum ſibi obligari voluit, quem non eſt cur dicamus liberari abſtentione pupilli: denique abſtentionem pupillum liberare utili actione, tutorem non liberare directa & principali actione creditæ pecuniæ, quamvis tutor ſumpſerit eam pecuniam & inſumpſerit in rem pupilli, & res ea pupilli eſſe deſierit per abſtentionem, quia in contrahenda mutui obligatione non inſpicimus, in cujus rem vel nomen pecunia accipiatur & vertatur, ſed quis accipiat & cujus contemplatione ea detur & numeretur, *l. eum qui, §. ult. ſi cert. pet.* Et hic creditor ſolum tutorem contemplatus eſt. Quod Papinianus ſcripſit his verbis; *cum tutore contraxit*, proinde tutorem ſibi principaliter obligari voluit, non pupillum, & ideo liberato pupillo per abſtentionem, quod res ejus eſſe deſierit, non liberatur tutor, qui principaliter contraxit. Et hæc eſt ſententia hujus §. cui nihil omnino obſtat *lex 2. h. t.* quæ poſt condemnationem tutoris conventi a creditore hereditario, ſi pupillus ſe abſtineat hereditate, ait, *nec in tutorem, nec in pupillum dandam eſſe actionem judicati.* Quia ſcilicet in ea ſpecie tutor conventus eſt, & condemnatus ex cauſa hereditaria ex contractu patris, cui pupillus heres extiterat, quo caſu abſtentio pupilli liberat utrumq; pupillum & tutorem, & tutorem etiam ſi pupilli nomine pro pupillo ſatiſdederit creditori hereditario, quia ea obligatio pendet ex cauſa hereditaria. At in ſpecie hujus §. tutor tenetur ex ſuo proprio contractu, & origo obligationis non venit ex cauſa hereditaria, ſed a tutore ipſo primo, qui cum pecunia indigeret ad expedienda negotia pupilli pecuniam mutuam ſumpſit; & cum eo ſolo creditor negotium contrahere voluit. Quæ res quid dicendum ſi creditor pecuniam numeraverit tutori contemplatione pupilli, quid ſi creditor animo obligandi pupillum tutore auctore & contemplatione ejus declaravit, ſe pecuniam credere tutori in rem pupilli? Sane hoc caſu ſolus pupillus tenetur actione negotiorum geſtorum, *l. ſi pupillus, §. 1. de neg. geſt.* Indiſtincte ſive verſa ſit pecunia in rem pupilli, ſive non, ut fuſius explicui *lib. 2. ad l. liberto, in pr. ff. de negot. geſt.* nec abſtentione hereditatis paternæ pupillus liberabitur, quia ea obligatio non eſt hereditaria, quam creditor non cum patre, ſed cum ipſo pupillo contraxit.

Ad §. Curatores.

Curatores adoleſcentis, mutui periculi gratia, cautionem invicem ſibi præbuerint, & in eam rem pignora dederunt cum officio depoſito ſolvendo fuiſſent, irritam cautionem eſſe factam, ut pignoris vinculum ſolutum apparuit.

PLures ſunt curatores adoleſcentis, quorum cum ſit commune & individuum officium, commune etiam mutuumque periculum adminiſtrationis eſt, *l. 3. C. de divid. tut.* Sicut eſt receptum in omnibus iis, qui ſunt collegæ in eodem officio, *l. 2. eod. l. 11. ad munic.* Fac curatores ſibi invicem datis pignoribus caviſſe mutui periculi gratia: ſi quid alter pro altero quandoque adoleſcenti præſtaret, depoſito officio certum eſt mutuum periculum finiri, ſi tempore depoſiti officii omnes curatores ſolvendo ſint, *l. Æmilius, inf. hoc tit. l. 2. C. de divid. tut.* Ergo & de mutuo periculo, quia interpoſita mutua cautio eſt inter curatores, conſequens eſt eam finiri & interire, pignoraque diſſolvi, & pigneratitiæ actioni locum eſſe diſcuſſo mutuo periculo. Et hæc eſt ſententia hujus reſponſi.

Ad §. Tutor datus.

Tutor datus adverſus ipſam creationem provocavit, heres ejus poſtea victus, præteriti temporis periculum præſtabit. Quia non videtur levis culpa contra juris auctoritatem, mandatum tutelæ officium detrectare.

POnit initio hujus §. Papinianus, tutorem a creatione appellaſſe protinus. Creatio, nominatio, datio, ordinatio, idem eſt. An igitur protinus tutor a creatione appellare poteſt, antequam ſe excuſaverit, & excuſatio repulſa & reprobata fuerit, ſiquidem Accurſio aliud judicium eſt hoc loco ſcribenti, a creatione ſola non appellari contra manifeſtam ſententiam *l. 20. hoc tit. & hujus §. l. pen. de tut. & curat. dat. l. cum in una, §. tutor, de appell.* Quibus omnibus locis oſtenditur recte, datum tutorem ſtatim appellaſſe: neceſſe quidem non habet ſtatim appellare, atque datus & creatus eſt: *neceſſe non habet*, ſit loquitur *l. tutores, C. de excuſ. tut. & l. 13. princ. inf. de excuſ. tut.* Neque creati, inquit, a magiſtratibus, neque dati teſtamento neceſſe habent appellare. Et neceſſe non habent, poſt ordinem videlicet, quem hac in re conſtituit conſti-

tutio Divi Marci ſeparans tutelam a ceteris muneribus civilibus, puta, ut ad cetera munera civilia vocatus ſtatim appellare neceſſe habeat: ad tutelam vocatus, neceſſe non habeat ſtatim appellare, ſed poſſit intra conſtituta tempora allegare excuſationem & immunitatem ſuam, & tum demum appellare, cum non fuit recepta cauſa excuſationis ſuæ, idque patet ex *d. l.* 13. Poſt igitur eum ordinem, tutor non habet neceſſe ſtatim appellare, ſed neque prohibetur tamen, ſi velit eo jure, quod obtinuit ante ordinem D. Marci, ſtatim a creatione appellare prolata cauſa excuſationis ſuæ. Et quod ait *l.* 1. §. *ſi quis tutor, ff. quando appell. ſit*: qua nititur Acc. fruſtra tutorem appellare ante repulſam excuſationem; hoc eſt, ſupervacuam, & non neceſſariam eſſe appellationem, ut de ſuo herede dicitur ſcripto in teſtamento, aut vocato ab inteſtato, in eo eſſe ſupervacuam, & non neceſſariam aditionem, *l.* 7. *ſup. de inof. teſt. l. in ſuis, ff. de ſuis, & legit. her.* cum tamen poſſit adire, ſi velit tanquam extraneus, *l. ſi duo, de adquir. her. l. ſi filius, de collat. bon. l.* 4. *C. de inſt. & ſubſt. l. ult. C. de rep. her.* Et ſimiliter eidem ſuo heredi præterito, non eſſe neceſſe petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam tamen petit ſæpe, nec perperam, *l. is, qui in poteſtate* 1. *de leg. præſt.* Finge igitur in ſpecie hujus §. tutorem a creatione appellaſſe, & pendente appellationis cauſa mortem objiiſſe, poſt victum ejus heredem fuiſſe, qua ex cauſa ait, præteriti temporis, quo ceſſavit adminiſtratio tutelæ, periculum præſtare heredem tutoris, ſi quid mali per moram appellationis pupillo acciderit. Quod confirmat etiam *l. ſi quis tutor, §. ult. ff. de ritu nupt. l.* 20. *h. t. l.* 2. *ff. ſi tut. vel cur. app.* Et morte tutoris ideo finitur lis, ſive cauſa appellationis, ut ſciatur, medii temporis periculum heres præſtare debeat, necne. Durat igitur lis propter periculum medii temporis, ſicut alias dicitur, morte hominis petiti non finiri litem, propter periculum evictionis, ut ſciatur, an ſit commiſſa ſtipulatio evictionis nomine, *l. utique, ff. de rei vindic.* Iniquum autem eſt, ut periculum medii temporis non redundet ad heredem tutoris, quia, ut pereleganter Pap. ait, *Non videtur levis culpa, contra juris auctoritatem mandatum tutelæ officium detrectare*. Ad quam rationem male hoc loco Albericus notat, ideo Pap. dicere: *quia non videtur levis culpa*: quia, inquit, ex levi culpa tutoris heres non tenetur, quod eſt manifeſto falſum, quia cum hoc tantum proditum ſit de culpa heredis propria, culpa levi, id eſt, ut ei non imputetur, *l.* 4. *inf. de fidejuſſ. tut. l.* 4. *inf. de magiſtr. conven.* quæ agit de culpa heredis, non de culpa tutoris. Hoc ex contrario argumentum præſtat, heredi tantum imputari culpam tutoris: idemque eſt in herede magiſtratus. Et abundat negotio in *l.* 2. *C. de magiſtr. conv.* ſicut, & in *l.* 1. *C. de hered. tut.* eam abundare Baſilica patefaciunt, & Obſervatio. 13. Non tenetur quidem heres ex quolibet dolo vel culpa lata tutoris, ſi nihil ad eum ex eo pervenerit, & ita eſt accipiendus §. *aliquando, Inſt. de perp. & tem. act.* ut licet actio, quæ in heredem datur, ex contractu deſcendat, tamen in eum non veniat dolus defuncti, ſi nihil ex eo ad eundem pervenerit, quia ex delicto defuncti heres non tenetur, ad quem nihil pervenit; & in actione ex contractu delictum vertitur cum doli mali nomine agitur. Et ideo non eſt æquum heredem teneri commodati, depoſiti, mandati, tutelæ, neg. geſt. id eſt, ex contractu, ſive verſetur dolus malus defuncti: neque enim ex quolibet dolo malo, aut lata culpa defuncti tenetur heres, ſed ex eo tantum, quo cum detrimento pupilli tutor captavit lucrum ſibi, vel alii, & auxit rem ſuam vel alienam, ut in *d. l.* 1. *C. de her. tut.* De quo ſolo dolo, quo ſcilicet minuitur res pupilli vel dilapidatur, eſt accipiendum quod legimus, ſæpe ex contractu heredem teneri in ſolidum, vel pro parte hereditaria ob dolum malum defuncti, etiamſi nihil ad eum pervenerit, *l. ex depoſiti, l. ex contractu, ff. de oblig. & action. l. ſi hominem, §. datus, ff. depoſ. l. ad ea §. ult. de reg. jur.* Neque enim heres ex contractu venienti actione tenetur ob quemlibet dolum defuncti, quia dolus delictum eſt, *d. l. ex contractu*, niſi quid ad eum pervenerit ex eo, vel niſi eo nomine lis fuerit conteſtata cum defuncto, ut in hoc §. & *d. l.* 1. At ex levi culpa tutoris proculdubio heres tenetur, quia ibi nullum delictum verſatur. Alioquin ex contractu non tenetur, niſi hoc admittatur ex conventione. Et præterea hoc loco non levis culpa eſt, non quælibet, ἀτυχῆσα, nec enim puto Pap. reſpexiſſe ad culparum gradus, latam, levem, leviſſimam, ſed tantum hoc voluiſſe, non quamlibet eſſe culpam, *n'eſtre pas peu de cas*, detrectare mandatum officium tutelæ, cunctari & trahere moras, atque ideo eo nomine merito teneri tutorem, vel ſi interim deceſſerit pendente lite, heredem ejus.

Ad §. Rerum.

Rerum provincialium tutores, in urbe cauſas appellationis impuberem agentes, rerum Italicarum curatores ut impuberibus conſtituantur, ad officium ſuum revocare debent: alioquin, ſi prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte judex conveniet.

SPecies hæc eſt: Tutores pupillo dati ſunt in provincia rerum provincialium tantum, qui & in Italia patrimonium habuit. In provincia tantum tutores rerum provincialium accepit, quia nec a Præſide provinciæ potuerint dari tutores rerum Italicarum. Officio tamen horum tutorum incumbit, ut ſi quando in urbem venerint forte agendæ cauſæ appellationis pupilli, ut dum in urbe agunt rem pupilli, & dum ipſis commiſſum eſt, procurent, antequam redeant in provinciam, pupillo curatores dari rerum Italicarum: curatores, quia tutorem habenti vix tutor datur, & ita in *l.* 3. *C. in quib. cauſ. tut.* Tutore rerum provincialium deſiderante ſibi curatores adjungi, qui adminiſtrent res Italicas, ſed non male ex hac cauſa etiam propter diffuſum patrimonium pupilli deſiderabit ei tutores dari rerum Italicarum, *l. propter, de exc. tut.* Nam quod dicitur, habenti tutorem non dari tutorem, id ita procedit, ut non detur earumdem rerum, ſed aliarum. Hoc vero, ſi prætermiſerit tutor, cum in urbe agit cauſam appellationis pupilli nomine, merito a judice condemnandus eſt doli vel culpæ nomine.

Ad §. Patruus.

Patruus teſtamento fratris filio tutor datus cum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum rerum quam provincialium adminiſtrationem ſuſcepit: atque ita pecuniam ex venditionibus Romæ refectam, in provinciam trajecit, & in calendarium pupilli convertit: tutor in locum ejus Romæ ſubſtitutus adminiſtrationem pecuniæ, quæ non pertinet ad tutelam ſuam, ſuſcipere non cogitur.

HÆc proponitur ſpecies: Qui in Italia domicilium habet tutor, teſtamento ſimpliciter ſive generaliter datus eſt impuberi opulentiſſimo, qui bona habebat tam in provincia quam in Italia, & ut datus tutor eſſe intelligitur ad univerſum patrimonium, *l. propter §. ult. de exc. tut.* ita univerſi patrimonii adminiſtrationem ſuſcepit, id eſt, tam provincialium quam Italicarum rerum. Poſt, auctionem fecit Romæ quarundam rerum pupilli, quas habuit in Italia, & pecuniam ex ea venditione redactam vexit in provinciam, & in calendarium pupilli convertit, id eſt, fœnori pupilli nomine occupavit. Tranſtulit ſcilicet pretia quarundam rerum Italicarum in provinciam, migravit ipſe quoque tranſtulitque domicilium in provinciam, quod neceſſe eſt ponamus eum feciſſe ſecundum, quod jus patitur, puta, ex reſcripto & indulgentia Principis, non ignorantis, eum ejus pupilli tutelam ſuſcepiſſe, quæ mutatio domicilii non fiebat arbitrio cujuſque, ut hodie, ſed ex permiſſu Principis tantum, cauſa Principi probata, cur vellet mutare domicilium, vel etiam ex juſſu illius, veluti deducta colonia, *l.* 12. §. *ult. ff. de exc. tut. l.* 4. *C. de ju. fiſ.* Tutor ergo teſtamento datus relicta Italia, in qua domicilium habuit, migravit in provinciam, & in eam

quo-

quoque tranſtulit pecuniam redactam ex venditione quarundam rerum Italicarum facta Romæ. Qua de cauſa Romæ in locum ejus tutor ſubſtitutus eſt, quod is abiiſſet Italia, nec ſufficeret utrique patrimonio adminiſtrando, ut in *d.l.propter*, §.*ult.* Notandum, rerum Italicarum tutorem Romæ dari, ut in §.*rerum*, *ſup.* Inde vero quæritur, an ejus pecuniæ, quæ trajecta eſt in provinciam periculum pertineat ad tutorem poſtea conſtitutum rebus Italicis? Cauſa quærendi & dubitandi hæc eſt: quia ea pecunia prodiit ex rebus Italicis: & reſpondet Pap. eum tutorem qui ſubſtitutus eſt rebus Italicis, ejus pecuniæ, quæ trajecta eſt in provinciam, quamvis confecta ſit ex rebus Italicis, periculo & adminiſtrationis neceſſitate non teneri, quia trajectione deſiit in Italia domicilium habere, trajectione deſiit ad tutelam rerum Italicarum pertinere, ſicut tutor teſtamento datus migratione, deſiit in Italia domicilium habere. Et hæc ſunt, quæ pertinent ad hunc §.

Ad §. Curatores.

Curatores teſtamento, vel tutores inutiliter dati, neque decreto Prætoris confirmati, negotia geſſerunt. Vice mutua periculum præſtare coguntur: tum officium ſponte citra juris adminiculum, iniverint: & qui fuit idoneus, decretum Prætoris curatores vel tutores conſtituentis implorare debuerit.

MUtuum periculum, quod dixit ſuſtinere curatores in §. *curatores*, *ſup.* idem etiam ſuſtinere oſtendit in hoc §. Curatores non jure datos, ut puta teſtamento, nec confirmatos decreto Prætoris vel Præſidis, ſi ſe ſua ſponte ſecundum teſtatoris voluntatem negotiis immiſcuerint, ut in §.1. & 2. *ſup.* Et idem eſſe in tutoribus non jure teſtamento datis nec confirmatis, ut ſi ſint dati puberi, vel ab eo, eave, qui quæve impuberem in poteſtate non habet, vel ſi non ſint dati verbis directis: ergo & tutores vel curatores non jure dati, nec confirmati, mutuum periculum agnoſcunt non ſervati detrimenti rebus minoris. Et ratio mutui periculi, id eſt, ratio non ſervatæ rei minoris periculo in locum non idonei idoneum ſubſtituendi, hæc eſt, quia ſua ſponte citra juris adminiculum, id eſt, cum jure non cogerentur, officium tutelæ, vel curæ inierunt, & ultro ſe negotiis minorum implicaverunt, & quia de ſe queri debent, & ſibi imputare, qui ex eis idonei ſunt & locupletes, ſi ſuſtineant onera aliorum, qui idonei non ſunt, cum decretum prætoris vel præſidis implorare debuerint curatores, vel tutores conſtituentis decreto: Prætor minus idoneos rejeciſſet, & ſoli idoneo permiſiſſet adminiſtrationem, & res minoris ſalva foret: hæc eſt elegans ſententia hujus §. Et præterea nota eum, qui confirmat tutores vel curatores teſtamento, non jure datos, conſtituere curatores vel tutores, dum ait conſtituentis: dare tutores vel curatores diximus in *l. 26.* §.*ult. de teſt. tut.* Confirmati igitur dativi ſunt tutores, ſed pro teſtamentariis habentur, ut præferantur legitimis, *d.l.26.* §.*ult.l.3.ſup.de confirm.tut.* Alioquin legitimi eis anteponerentur, quoniam poſt legitimos dativi veniunt, niſi ut dixi habeantur pro teſtamentariis.

Ad §. Tutoribus.

Tutoribus idoneis diem functis, vice mutua periculum ad heredes eorum non redundat: quod non habuit locum officio tutelæ manente.

JAm ſupra intelleximus ex §.*curatores*, primo, mutuum periculum finiri, ſi tempore depoſiti officii, puta, finita tutela vel cura impuberis pubertate, vel puberis legitima ætate, omnes tutores & curatores idonei fuerint, & locupletes, ultra pubertatem, & legitimam ætatem periculo mutuo tutores vel curatores non obſtringi, etiamſi ex eis quidam forte poſt pubertatem, poſt finem tutelæ vel curæ, in adminiſtratione perſeverarit, *l.Divi, ſup.h.t.l.2.C.in quibus cauſ.tut.hab.tut.vel cur. detur.* Mutuum quoque periculum finiri in hoc §. nunc oſtendit, ſi morte tutorum finita tutela fuerit, & omnes tempore mortis fuerint idonei, id eſt, pares ſolvendo, pares damno præſtando. Nec enim mutuum periculum, quod locum non habuit manente tutela, id eſt, quod tutores non tenuit, in heredes eorum tranſit, ita ut ſi heredum aliquis fiat inops ejus inopia oneret coheredes, quia heredes tutorum, tutores non ſunt, *l. 1. de fidejuſſ. tut.* Mutuum ergo periculum tenet tutores ipſos tantum, heredes eorum non tenet, niſi quod cœpit ab ipſis tutoribus durante tutela. Quinimo uno ex tutoribus mortuo relictis contutoribus idoneis, heredem ejus, poſtea contutoribus redactis ad inopiam, periculum non tenet, quod defunctum non tenuit, recte dicam atque oſtendam ex *l. 1. C. quo quiſque ord.conven.* Et idem dicendum eſt, hoc eſt, mutuum periculum finiri, ſi morte pupilli, vel alio modo finita tutela, tempore finitæ tutelæ omnes idonei fuerint: finis tutelæ eſt finis mutui periculi, quod modo ante non habuerit locum, nec ceperit originem & initium, & ita liquido explicabitur hic §. Male Acc. comminiſcitur tutores mortuos poſt depoſitum officium, atque ita tutelam finitam ante mortem tutorum, quoniam hoc lex non ponit, nec vero poni poteſt ullo modo, cum ſpectet auctor noſter Pap. tempus mortis tutorum, quod utique non ſpectaret, ſi in vita officium depoſuiſſet, ſed ſpectaret tempus depoſiti officii. Itaque faceſſat Acc. Gloſſa.

Ad §. In eum.

In eum, qui tutelam gerere noluit, poſt ceteros, qui geſſerunt, actionem utilem tutelæ dari placuit. Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui ſe negotiis miſcuerunt, ſed communi negligentia periit: citra ſubſtitutionis ordinem, æqualiter omnium periculum ſpectat.

EX hoc §. intelligimus, tutorem unum ex pluribus, qui nihil geſſit, arbitrio ſine actione tutelæ teneri, utili ſcilicet, non directa. Directa tenetur is, qui geſſit & adminiſtravit tutelam, & is quoque heresve ejus prius conveniendus eſt, quam alter, qui nihil geſſit. Prius excutiendæ ſunt facultates ejus, qui geſſit, quam excutiatur alter, qui nihil geſſit, *l.3.§.1.h.t.l.6.C.arbit.tut.l.3.C.de divid.tut. l.1.C.ſi tutor vel curat. reipub. cauſa adfuerit.* Utili autem actione tutelæ, cum directa eſt inanis, propter inopiam ejus, qui geſſit, is tenetur, qui non geſſit tutelam, ceſſationis & culpæ nomine, ut in *l.2.C.de her.tut.l.4.§.1. rem pup.ſalv.fore.* Hoc tamen ita procedit, ſi is, qui non geſſit, non ignoraverit, ſe tutorem datum. Nam ſi hoc ignoraverit, nec ſi is, qui geſſit, ſolvendo non ſit, ulla actione tenetur, *l.8.C.de adm.tut.* Idemque eſt, ſi non malitia, aut contumacia, ſed errore, quod ſe jure excuſatum crederet, ab adminiſtratione ceſſaverit. Quod Acc. hoc loco notat recte ex *l.qui teſtam. de excuſ.tut* Et hæc, cum ex tutoribus quidam adminiſtravit, quidam non adminiſtravit: nam ſi omnes ceſſaverunt ab adminiſtratione in totum, vel in partem aliquam, in ea re vel parte, in qua ceſſaverunt ab adminiſtratione, quæ negligentia eorum periit, æqualis eſt omnium culpa *l.2.C.ſi tut.non geſſ.* Et ideo omnes tenentur utili actione tutelæ citra ſubſtitutionis ordinem, ut ait Pap. hoc loco, id eſt, non ſervato ordine conveniendi prius unum quam alterum, & nullo alteri quaſi damni vicario ſubſtituto, ſed omnibus principaliter obligatis utili arbitrio tutelæ. Nec enim, quum par eſt omnium culpa, ullus conventionis ordo ſervatur, ſed in poteſtate eſt adoleſcentis eligere, quem ex iis prius conveniat in ſolidum. Cum culpa eſt diſpar, tum ſervatur ordo conventionis, id eſt, prius convenitur is, qui male geſſit, & rem pupilli perdidit, cujus culpa eſt major, quam is, qui nihil geſſit, cujus culpa minor eſt. Plus peccat, qui facit, quam qui non facit. Quod maxime notandum eſt.

Ad

Ad §. Tutores.

Tutores pubere pupillo conſtituto, litem appellationis inchoatam, juſſu conſulum ob notitiam rei perfecerunt, cum judicatum perſequi non potuerunt, periculo culpæ non ſubjiciuntur.

SEntentia hæc eſt & ſpecies hujus §. Tutor Romæ inchoavit cauſam appellationis pupilli. Finge eum a judice, quem Conſules dederant, appellaſſe ad ipſos conſules, ut in *l. 1. §. denique, ff. de appell.* Et præterea finge, pendente cauſa appellationis, pupillum adoleviſſe, atque ita finitam tutelam fuiſſe pubertate, & tamen juſſu conſulum tutorem, quod optime noſſet rem, ſive cauſam, de qua agebatur, litem perfeciſſe. Denique fac, poſt finem tutelæ coactum tutorem juſſu conſulum ob notitiam litis, litem perficere, & reum condemnaſſe, ſic ait, *Perficere litem*, ut perficere crimen, *l. qui cum natu, in fin. de bon. libert.* id eſt, peragere reum, perficere accuſationem. Quæritur vero in hoc §. An poſt rem judicatam a conſulibus inſtante tutore, ſi reus, qui condemnatus eſt, fiat non ſolvendo, hoc imputari tutori poſſit, quod cum eo non egerit judicati actione? Et reſpondet rectiſſime Papin. non imputari, nec ob id tutorem ſubjici culpæ periculo: aperta ratione, quia finito officio tutelæ, nullam actionem pupilli nomine inferre poſſit ſine mandato. Eadem eſt ratio hujus reſponſi, quæ fuit primi reſponſi. Itaque ea duo reſponſa conjungi velim, quod eandem rationem habeant.

Ad §. Ab eo qui.

Ab eo, qui reſtitutionis auxilio non juvatur, quæſtio culpæ tutorum conventione remitti poteſt, nec donatum, ſed tranſactum videtur negligentia tutorum.

HÆc verba alicui prima fronte obſcuriſſima videbuntur: *Ab eo*, inquit, id eſt, ab adoleſcente, non a majore xxv. annis. Ab eo igitur adoleſcente, qui reſtitutionis auxilio non juvatur, qui impetravit veniam ætatis a Principe, quod beneficium in idiotiſſimo vocamus: *Bail de governement, quand on eſt declarè majeur avant xxv. ans.* Veniam ætatis minori dat ſolus Princeps, ut in *l. 3. in princ. ff. de minorib. l. 1. C. de iis, qui ven. ætat. impetr.* Ei cui datur venia ætatis, permittitur rerum ſuarum adminiſtratio, & curatione liberatur: hæc eſt vis veniæ ætatis, hic effectus, ut minorem liberet curatoribus, ut curatoribus auferat adminiſtrationem, & transferat in minorem: denique venia ætatis permittit minori adminiſtrationem rerum ſuarum, non etiam donationem, quia deminutio, ſive donatio non pertinet ad adminiſtrationem rerum ſuarum, ſed ad amiſſionem. Ergo venia ætatis non permittit donationem minori. Venditio olim ei, qui meruiſſet veniam ætatis, erat permiſſa, etiam rerum immobilium, & pigneratio. Poſtea a Conſtantino Imperatore etiam ei venditio interdicta eſt ſine decreto, *l. 2. C. de iis, qui ven. ætat. &c.* Et deinde etiam pigneratio ei interdicta eſt rerum immobilium ſine decreto a Juſtiniano, *l. 3. Cod. eod. tit.* Donatio autem nunquam fuit permiſſa minori, ſive obtinuiſſet veniam ætatis, ſive non, nec cum decreto quidem, quod aperte oſtendit *l. ult. C. ſi major. fact. rat. al. hab.* quæ lex eſt communis omnibus minoribus, ſive impetraverint veniam ætatis, ſive non. Sic igitur ſtatuamus: ei, qui impetravit veniam ætatis, quod efficit, ut reſtitutionis auxilio non juvetur, in iis, quæ geſſerit poſt veniam ætatis, pro majore habetur, ei, inquam, permitti adminiſtrationem rerum ſuarum, non donationem, donationem nunquam fuiſſe permiſſam, nec cum decreto Prætoris. Porro ad adminiſtrationem rerum pertinent conventiones, quæ fiunt tranſigendi, & decidendi cauſa, non deminuendi. Ideoque ab eo, qui impetravit veniam ætatis conventione remitti poteſt quæſtio culpæ tutoris. Finge, inter eum, & tutores eſſe controverſiam de iis, quæ culpa tutorum in tutelæ adminiſtratione dicuntur admiſſa: quæſtionem eam, & controverſiam eſſe incertam & dubiam, ut plerumque eſt omnis quæſtio culpæ. Difficilis eſt culpæ diſquiſitio, definitio, & probatio. Ideoque recte is, qui impetravit veniam ætatis conventione remittit tutoribus quæſtionem culpæ, quia cum incerta ſit ea quæſtio, & dubia tranſegiſſe cum tutoribus, non donaſſe videtur: ſi donaſſe, nihil ageret. Remiſſio illa tranſactio eſt, non donatio: ſi eſſet donatio non valeret, ut eadem ratione, ſi is, qui impetravit veniam ætatis colono remittat penſionem ob ſterilitatem, ea remiſſio tranſactio eſt, non donatio, ut ait *l. 15. §. Papinianus, loc.* Ergo valet. Denique utraque remiſſio rata eſt, ſi fiat ab eo, qui meruit veniam ætatis, quia reſtitutionis beneficio reſcindi non poteſt: venia ætatis eſt amiſſio beneficii reſtitutionis in his, quæ poſt veniam ætatis geſſerit, & permiſſio adminiſtrationis rerum ſuarum.

Ad §. Negligentiæ Tutorum.

Negligentiæ tutorum periculo nominum, quæ pater uſuris majoribus fecit, adſcripto, pupilla quidem actionem calendarii præſtare cogitur: exactas autem uſuras tutelæ tempore, citra ullam compenſationem retinet.

NEque Accurſium, neque eos, qui ab Accurſio profecti ſunt, hunc §. intellexiſſe ex eo apparet, quod non explicant quid ſignificetur his verbis: *Citra ullam compenſationem retinet*, quæ verba ſane obſcura ſunt, nec cur Papinianus ponat, patrem nomina feciſſe ſub uſuris majoribus, quod ſane fruſtra non ponit, imo ut memini in *l. 49. §. ult. de ſol.* dubitationes cauſam pendere ex his verbis, *Sub uſuris majoribus*, ita proculdubio in hoc §. omnis dubitatio ex eo pendet, quod Papinianus ponit, *Patrem pupillæ nomine contraxiſſe uſuris majoris*, & uſuras majores dicit ex adverſo pupillarium uſurarum, quæ exceptis caſibus certis, quibus ſunt centeſimæ, leviores eſſe ſolent, ut puta, quincunces, aut trientes, aut ſi quæ aliæ leviores in provincia frequentantur, *l. 7. §. ex ceteris, ff. hoc tit.* Et ita ex adverſo pupillarium uſurarum dicuntur majores uſuræ apertiſſime in *l. 9. §. ſi tutor ſub uſuris, hoc tit. Sub uſuris*, inquit, *gravioribus, quæ uſuræ pupillares ſunt.* Et ſpecies, ſive ſententia hujus §. hæc eſt. Pater, qui calendarium exercere ſolebat pecuniis fœnerandis, nomina fecit ſub uſuris majoribus, quam ſoleant eſſe uſuræ pupillares, deinde moriens, filiam impuberem heredem reliquit datis ei tutoribus. Poſt mortem patris, nominibus paternis deperditis, puta, debitoribus factis non ſolvendo, & foro cedere coactis, pupilla agente ſub tutoribus, ſi tutelæ judicio eorum nominum periculum tutoribus adſcriptum ſit, quod negligentes fuerint in eis exigendis, cum erant idonei, certum eſt, pupillam tutoribus cedere debere actiones calendarii, vel nominum cautionem fœneratitiam, ut fit quotieſcunque oneratur quis propter alium, *l. 1. §. non tantum, l. cum pupillus, inf. de tut. & rat. diſtrah. l. ſi minoris, ſup. hoc tit. l. 6. C. arb. tut.* Neque vero tutoribus inanis ea actio erit, aut inutilis, ſi quando debitoribus facultates ad ſolvendum acceſſerint, in quam utique venient uſuræ poſt finem tutelæ inſecuti temporis: Quid vero fiet de præteriti temporis uſuris, quas tempore tutelæ tutor exegit, & rationibus pupillæ accepto tulit, utrum eas pupilla ſibi retinebit, an hoc deſiderante tutore contenta erit uſuris pupillaribus, quæ leviores ſunt. Hæc eſt quæſtio hujus §. Et reſpondet Papinian. pupillam uſuras exactas tempore tutelæ retinere citra ullam compenſationem, id eſt, integras retinere, ſine ulla deminutione, nequaquam facta compenſatione, uſque ad eam ſummam duntaxat, quæ concurrit cum uſuris pupillaribus ut ſcilicet id, quod plus eſt in uſuris, quas exegit tempore tutelæ, quam in uſuris pupillaribus, id tutoris lucro cedat,

dat, hoc non ita fiet, ſed pupilla retinebit integras A majores uſuras, quæ exactæ ſunt tempore tutelæ. Compenſationem igitur hoc loco Pap. accipit, non pro contributione, & compenſatione duarum ſummarum debitarum ultro citroque, ut in *tit. de compen.* ſed ſimpliciter pro computatione quacunque & collatione duarum ſummarum, duarum uſurarum majorum & leviorum, ut in *l. Titia*, §. *qui in vita*, *ff. de legat.* 2. Ergo fruſtra computabimus & conferemus uſuras majores, quas exegit, cum pupillaribus, quæ ſunt leviores; ut id, quo pupillares exactæ uſuræ ſuperant, ſibi habeat tutor, quoniam nihil ex his tutor ſibi habere poteſt, ſed integræ retinentur a pupilla. Et addendum, idem omnino ſervari, ſi non ſint paterna nomina, ſed ab ipſo tutore contracta: Præſtabit enim tutor exactas uſuras, ſi graviores ſint, nedum pupillaribus ſatisfa- B ciet; *l.* 7. §. *ſi tutor*, *h. t.*

Ad §. Adoleſcens.

Adoleſcens tutoribus conventis, a quibus totum ſervari non potuit, adverſus curatores, qui tutelam ad ſe, negligentia non transtulerunt, integram actionem retinet: neque enim tutelæ judicio conſumptum videtur, quod alterius officii querelam habuit.

SEntentia hujus §. hæc eſt. Poſt pubertatem finemque tutelæ adoleſcenti dati ſunt curatores, quorum negligentia factum eſt, dum a tutoribus tutelæ rationem non exigunt, & interim tutores labuntur facultatibus, qui erant idonei tempore finitæ tutelæ, quorum, inquam, negligentia factum eſt, ut actione C tutelæ a tutoribus adoleſcens totum non ſervaret, quod ſibi debebant ex tutelæ adminiſtratione: ait Pap. eo nomine, nempe negligentiæ eſſe adoleſcenti in curatores ſalvam & integram utilem actionem neg. geſt. in id quod intereſt, quia ſuo periculo ceſſaverunt repoſcere tutelam, & eam in ſe transferre a tutoribus rationibus acceptis, *l. Æmilius*, *inf. h.t.l.*2.*C. de ſuſp. tut.* Ergo utili actione neg. geſt. aget adoleſcens in curatores, ut ſcilicet, quod a tutoribus ſervare non potuit, id a curatoribus conſequatur, periculo inopiæ tutorum adſcripto negligentiæ curatorum. Electio actionis tutelæ, qua prius egit adoleſcens, non conſumit utilem actionem neg. geſt. qui eſt finis hujus §. Quia non idem hæc actio, quod illa continet. Illa continet querelam officii tutelæ, hæc continet officii curationis querelam D malæ adminiſtratæ; alioquin ſi utraque actio idem contineret, alia aliam conſumeret, *l. habebat*, *ſup. de inſt. act.* Quod autem Acc. notat, curatores non conveniri ex hac cauſa manente adminiſtratione, *per l. actus*, *ſupra h. t.* cui addi poteſt *l.* 2. *& l.* 12.*C. de admin. tut.* Verum quidem ita eſt ſi generaliter cum curatoribus agatur de ratione adminiſtrationis, quia abſurdum eſt, adminiſtrationis rationem repoſcere ante perfectam adminiſtrationem & peractam: at ſpecialiter, ut quæque res adoleſcenti ſalva eſſe deſinit, cum curatoribus agi poſſe conſtat manente adminiſtratione, *l. cum curatore*, *h.t.l.* 16. §. *ult. ff. de tut. & rat. diſtr. l.* 1. §. *ſed ſi pro tutore*, *infra de contr. act. tut.* Ergo & in hac ſpecie recte convenientur curatores manente adminiſtratione ſpecialiter, quod tardius in ſe translatis tutelæ rationib. rem E ſuam a tutoribus adoleſcens ſervare in ſolidum non potuerit.

Ad §. Tutor, qui tutoris.

Tutor qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius ſubſtituitur, ut is, qui non idoneum tutelæ tempore ſuſpectum facere ſuperſedit.

EX duobus tutoribus uno defuncto, relicto herede idoneo, ſi is heres poſtea tutoris ſuperſtitis negligentia, id eſt, dum heredem tutoris non exigit in tempore & mature, dum eſt ſolvendo, ſi poſtea fiat non ſolvendo, ad tutorem ſuperſtitem, qui negligens fuit in herede contutoris exigendo, dum erat idoneus, damnum vicarium redundat, ſicut cum tempore tutelæ non idoneum contutorem, contutor ſuſpectum non facit, aut tarde, aut luſorie facit, vicarium damnum ad eum redundat, *l.*14.*h.t.l.*2.*C. de uſur. pupill.* quæ eſt ſententia hujus §. Et eſt ei locus etiam in tutore honorario, eove qui nihil gerit. Nam & ad eum pertinet periculum contutoris, ſi ſuſpectum eum non fecerit cum ſenſim laberetur facultatibus, aut perperam rem pupilli adminiſtraret, *l.*3.§.1.*h.t.l.*1. *C. ſi tutor non geſſ.* Idemque ſervatur in contutore aliarum rerum, non earundem diviſa tutela, *l.* 2. *de divid. tut. Damni vicarium ſubſtitui*, hoc loco eſt quod in *l.* 3. *C. quo quiſ. ord. con. damno vicario obſtringi*, & ſic in §. *in eum ſup.* ſubſtitutio eſt damni vicarii ſubſtitutio; ſubſtitui eſt in vicem ejus poni a quo damnum ſervari non potuit.

Ad §. Tutelæ.

Tutelæ judicium ita differri non oportet, quod fratris & coheredis impuberis idem tutelam ſuſtineat.

TUtor datus eſt duobus fratrib. conſortibus impuberibus, qui pro indiviſo poſſidebant communem hereditatem; unus ex fratribus citius adolevit, & liberatus eſt tutela. Quæritur an ex perſona ejus ſtatim tutor tutelæ conveniri poſſit, non expectata pubertate alterius fratris conſortis ſive coheredis? & reſpondet poſſe conveniri. Ratio dubitandi, quam non percipiunt noſtri interpretes, erat, quia communis inter eos erat res, quam idem tutor adminiſtravit, communis hereditas, & ideo videbatur adoleſcens, qui citius pubuit, poſſe repelli hac exceptione, quod agat, non adjuncta perſona conſortis, quam exceptionem invenio etiam aliquando probaſſe Conſtantinum *l.* 1. *C. Th. de dominio rei*, *quæ poſſ.* ſed ante Conſtantinum, ei exceptioni locus non fuit, & hodie non ſervatur ea l. Conſtantini, ſed utimur jure antiquo, ut recte agat conſors pro ſua parte non expectato conſorte, *l.*1.*C. de conſort. ejuſd. lit. l. ſi petitor*, *de jud.* Et hæc eſt vis & poteſtas hujus §. qui proprie & convenienter adnotabitur ad illum titulum *de conſortibus ejuſdem litis*.

Ad §. Ultimum.

Quod peculio ſervi actoris, quem adoleſcens poſtquam res ſuas adminiſtrare cœpit, manumiſit, & retinuit, aut retinere potuit: in ratione reddenda, curatori per judicem accepto feretur.

SEntentia hæc eſt: adoleſcens, poſtquam res ſuas adminiſtrare cœpit, id eſt, qui major factus eſt, vel qui impetravit veniam ætatis, is, inquam, ſervum actorem bonorum ſuorum ſive diſpenſatorem, quod interpretes noſtri non intelligunt, ſive Columellam, ut veteres recte vocant, jure manumiſit non adempto, ſive non retento peculio, aut retenta peculii parte tantum: deinde agit cum curatore utili actione neg. geſt. ut rationem reddat adminiſtrationis: Pap. ait, in ratione reddenda, ſervum manumiſſum cum peculio, quod adoleſcens ei conceſſit, vel quod ſibi retinuit, judicem curatori accepto ferre: *Il'en quittera*, quia non per eum adoleſcenti abeſt, ſed per adoleſcentem ipſum, cui hoc patet, ſi meruerit veniam ætatis, non eſſe interdictam manumiſſionem ſervorum, quia nec alienatio prædiorum ei interdicta erat ante *l.* 22. *C. de iis qui ven. ætat. impetrav.* In qua Conſtantinus exigit decretum prætoris vel præſidis, ut valeat donatio omnis extra cauſam libertatis, etiam adhibito decreto, interdicta erat, ut diximus *in* §. *ab eo ſup.* hodie quoque tentari poteſt poſt Conſtantinum, id eſt, poſt leg. 2. interdictam eſſe manumiſſionem ſervorum ruſticorum ſine decreto, quia ſunt pars prædiorum ruſti-

ruſticorum, *l.3. ſup. de diverſ. & temp. præſc. & Nov. 7.* Et hæc de adoleſcente, qui liberatus curatoribus, rerum ſuarum adminiſtrationem ſuſcepit. Alioquin adoleſcens ſervum manumittere non poteſt ſine curatoris auctoritate, & quam manumiſſionem, ſi fecerit curatore auctore, adverſus eam in integrum reſtitui non poteſt, niſi ex magna cauſa a Principe ſolo, ſi forte actorem manumiſerit, ut in *l. 10. ſup. de minorib.* quoniam actoris ſervi amiſſio plerunque eſt cauſa everſionis totius familiæ, quoniam res omnes familiares novit, *l. ult. ſup. de offic. præſid.* Et quot ſunt domini viri illuſtres, quibus plane res ſuæ incognitæ? ſunt cognitæ ſolis actoribus, qui actum eorum gerunt, qui actum earum rerum gerunt quorum amiſſio ideo pertinet ad amiſſionem & everſionem totius rei familiaris.

Ad L. V. Quando ex facto tut.

Poſt mortem furioſi non dabitur in curatorem, qui negotia geſſit, judicati actio: non magis quam in tutores, ſi modo nullam ex conſenſu, poſt depoſitum officium, novationem factam & in tutorem vel curatorem obligationem eſſe translatam conſtabit.

INitio legis 5. hæc proponitur ſpecies: Furioſo curator datus eſt, qui furioſi nomine judicium accepit, & condemnatus eſt, deinde morte furioſi, antequam judicati ageretur, finitum eſt officium curatoris. Quæritur, an in curatorem detur actio judicati? & reſpondet Pap. poſt mortem furioſi in curatorem, quamvis condemnatus ſit, & judicatus, non dari actionem judicati, dari igitur in heredem furioſi: denique non in judicatum, ſed in non judicatum, hoc caſu dari judicati actionem. Idemque eſſe addit Pap. hoc loco, in tutore condemnato pupilli nomine. Nam & in eum poſt depoſitum officium, veluti poſt mortem aut pubertatem pupilli, vel quem alium tutelæ finem, non datur actio judicati, ſed datur utilis in pupillum, heredemve ejus, aut curatoris, ut aperte definit *l. ult. ff. ſi quis caut.* itemq; *l. argentarium, §. 1. ſup. de judic.* quæ tutorem condemnatum pupillæ nomine finita tutela, & in curatorem translata, oſtendit non teneri actione judicati, quamvis condemnatus ſit, ſed in curatorem transferri actionem judicati, qui tutori ſucceſſit abſente puella, ſcilicet quæ erat in provincia: curator autem forte fortuna inventus fuit Romæ, ubi mater puellæ contraxerat, cui puella heres exſtitit, ex qua cauſa tutor puellæ nomine in provincia condemnatus fuerat, quæ eſt propria & vera ſpecies d. §. 1. Verum eſt etiam, in curatorem adoleſcentis condemnatum nomine adoleſcentis poſt legitimam ætatem, atque ita poſt depoſitum officium, non dari actionem judicati, ſed utilem dari in adoleſcentem ipſum, *l. 1. C. quando ex fact. tut.* Quod obtinet non tantum in actione judicati, ſed etiam in actione ex ſtipulatu, vel de conſtituta pecunia, vel de certa pecunia credita, vel qua alia actione & obligatione, quam tutor vel curator pupilli vel adoleſcentis, vel furioſi, vel prodigi, vel etiam Reip. citra novationem contraxit, nomine ejus, cujus negotia geſſit, ut patet ex hac lege in *§. tutor, & l. ult. §. ult. ut leg. nom. cav. l. 28. in princ. ſup. de adm. tut. l. cum quidam, C. eod. tit. l. 3. §. in eum, de adm. rer. ad. civit.* ut ſcilicet ii omnes poſt depoſitum officium omnium earum obligationum onera recte recuſent. Duo tantum ſunt caſus, quibus poſt depoſitum officium tutor vel curator conveniri poteſt, ex cauſa obligationis pro eo, cujus tutelam vel curam contraxit vel tutelam vel curam geſſit, contractæ tempore adminiſtrationis: unus caſus hic eſt, ſi creditor ejus, cujus tutelam vel curam gerit, pecuniam debitam caverit novatione facta, novationem fecerit: nam ex ea cauſa etiam poſt depoſitum officium actio in eum datur, ne ſcilicet in damno verſetur creditor, qui ejus fide & expromiſſione contentus per novationem reum principalem liberavit. Et ita de curatore Reip. nominatim proditum eſt in *d. l. 3. §. in eum*, ut & de tutore in h. l. ſi ejus verba translata, & tranſiecta non eſſent: nam ut verba ſunt collocata in hac lege ponit novationem feciſſe tutorem poſt depoſitum officium, cum ponere debeat, feciſſe ante depoſitum officium: neque enim hic quæritur, qui poſt depoſitum officium novatione facta in ſe transfudit omnem obligationem, vice ejus, cujus pridem tutelam geſſit, an teneatur, quod erat extra omnem dubitationem, ſed quod maxime dubitabatur, an, ut poſt depoſitum officium tutor ceteris obligationibus relevetur, quas ſuſcepit tempore tutelæ pro pupillo, relevetur etiam obligatione pupillari, quam tutelæ tempore in ſe transfudit novatione facta. Et ut palam initio h. l. agitur de curatore furioſi, qui eo vivo, ſcilicet furioſo, manente adminiſtratione ſe obligavit, ſuſcipiendo judicium pro eo, an poſt depoſitum officium, veluti poſt mortem furioſi, judicati teneatur. Itaque conſequens eſt & conſentaneum, mox in hac ipſa lege agi de tutore, qui tempore tutelæ pro pupillo judicati obligationem ſuſcepit, an poſt depoſitum officium judicati actione teneatur, quod & ſtatim, quod ſequitur in hac lege, exigit omnino, dum ſubjicit: tutorem qui non facta novatione ſe ſoluturum cavit, pecuniam quam pater, cui pupillus heres exſtitit, condemnatus fuit, id eſt, qui conſtituit ſe ſoluturum pro pupillo, ut ſimiliter de curatore Reip. dicitur in *d. l. §. in eum*, poſt finitam tutelam, hoc eſt, poſt depoſitum officium, recte recuſare actionem conſtitutæ pecuniæ, quia ſcilicet conſtituto, quod contraxit tempore tutelæ, non fuit novata principalis obligatio, *l. filiusf. ſup. de in rem verſo, l. item illa, §. ult. l. ubi quis, ff. de conſt. pecun.* Et ideo creditori adhuc ſalva & integra eſt actio in debitorem principalem, unde luce clarius exiſtit, ſic eſſe reſtituenda ſuo loco verba hujus legis: *poſt mortem furioſi non dabitur in curatorem, qui negotia geſſit, judicati actio, non magis quam in tutorem poſt depoſitum officium, ſi modo nullam ex conſenſu novationem factam, & in curatorem vel tutorem obligationem eſſe translatam conſtabit.* Et ait, *ex conſenſu novationem factam*, ad differentiam novationis neceſſariæ, quæ fit judicio accepto, qua tutor, ut ante dixi, poſt depoſitum officium, abſolvitur. *Voluntaria*, id eſt, facta ex conſenſu, non abſolvitur. Alius autem caſus, quo tutor alii ex adminiſtratione tutelæ tenetur, etiam poſt depoſitum officium, ponitur in extrema parte h. l. Si tutor ſuo nomine pecuniam mutuam acceperit, & verterit in rem pupilli, ſi inde pecuniam, in quam pater pupilli condemnatus eſt, cui pupillus heres extitit, exolvit, atque ita pro pupillo jure hereditario obligato judicati nomine, judicatum fecerit: nam & ex hac cauſa poſt depoſitum officium in tutorem eſt actio creditæ pecuniæ, quia perinde atque facta novatione voluntaria ex ea cauſa ipſe ſolus tutor obligatur, ut in *l. tutorem, §. adverſus, ſup. de adm. tut.* niſi, ut eleganter ſubjicit, ſi creditor pupilli contemplatione credidit, ut pecunia verteretur in cauſam judicati, ſi pupillum ſibi obligari voluit, non tutorem, cui numerabat pecuniam, quo caſu ſolus pupillus creditori tenetur, argum. *l. ſi pupilli, §. 1. de negot. geſt.* Non tutor tenetur poſt depoſitum officium: durante officio tutelæ non eſt dubium, eum pupilli nomine conveniri poſſe, *l. 1. §. ſufficit, ff. de adminiſt. tut.* Et hæc eſt ſincera interpretatio hujus legis.

At circa eam multa quæri poſſunt: ac primum quidem initio ait, poſt mortem furioſi, in curatorem nomine furioſi non dari judicati actionem. Quæri poteſt, an vivo furioſo, in curatorem, qui condemnatus eſt nomine furioſi, detur actio judicati? Et lex ipſa ex contrario ſignificat dari: ac ſane ita eſt hoc velle Pap. ut quo caſu in curatorem vivo furioſo datur actio, in curatorem, inquam, condemnatum datur actio judicati manente officio curationis, non detur etiam poſt mortem furioſi, quo caſu veluti curatore condemnato, vel patre furioſi, vel ipſo furioſo, antequam furore corriperetur, quia cum furioſo nulla actione agi poteſt, *l. 2. ſup. de condict. furti. l. 4. ff. de in jus voc.* Neceſſe igitur eſt judicati agi in curatorem: actio autem judicati exercetur in bona, captis pignoribus, *l. 1. C. eod. t.* an ergo pignora curatoris capi poſſunt? Sic ſane: ſi ſcili-

scilicet agat contumaciter & judicatum facere detrectet: sed quod præstiterit consequetur a furioso cum resipuerit, vel ab herede ejus contraria actione negotiorum gestorum. Item quæri potest, an tempore tutelæ condemnatus tutor nomine pupilli teneatur actione judicati? & in tutore ita distinguendum est: aut se liti obtulit, aut non. Si se liti obtulit, id est, si cum posset pupillo auctor fieri ad judicium accipiendum, ipse maluerit accipere, proculdubio ipse tenetur judicati actione, *l. 2. sup. de admi. tutor.* Ergo ex causa judicati, in causam judicati pignora capit ex ejus bonis possunt. Si se liti non obtulit, sed ex necessitate officii pro infante, vel absente pupillo, qui judicio accipiendo idoneus non est, judicium accepit, & condemnatus fuerit, ei succurritur, ut non detur in eum actio judicati, *d. l. 2. & l. pen. hoc. tit.* sed detur in pupillum, cum infantiam excesserit, vel abesse desierit, quo tempore idoneus est judicio accipiendo, pupillus idoneus est litigator tutore auctore, ergo & ejus bona pignori capi possunt in causam judicati, ut *l. 1. C. de præd. min.* Hoc, inquam, casu in pupillum datur actio & executio judicati, excepto uno casu, si causa ex qua tutor condemnatus est, descendat ex contractu patris, cui pupillus heres exstitit, & post condemnationem tutoris pupillus tutore auctore se bonis paternis abstinuerit: tunc enim nec in pupillum, nec in tutorem judicati actio competit, *d. l. 2. de administr. tut. l. ult. ff. si quis caut.* Sed dabitur actio judicati in substitutum pupilli, vel coheredem, vel alium successorem patris, qui successerit ex successorio edicto *l. ex contractu, inf. de re indic.* Sane in tutorem eo casu non competit actio judicati, quia nec, si pupillus se non abstinuerit, quum tutor judicium accepit nomine infantis pupilli vel absentis, in eum ejusve bona non exercetur actio judicati, imo nec in fidejussores ejus, si judicatum solvi satisdederit tutor, *d. l. 2. §. ult. de administr. tut.* Quæ est accipienda de satisdatione judicatum solvi, quæ scilicet, ut satisdato de rato, ex edicto prætoris ante Justinianum, etiam a tutore & curatore præstabatur, *§. tutores, Inst. de satisdat.* hodie non præstatur ab eis ex Const. Just. *l. ult. §. defensionem, C. de administ. tut. l. 1. §. sufficit, sup. de administr. tut.* Cujus §. stylus aperte prodit, totum esse compositum a Triboniano secundum Constitutionem Justiniani. Eadem vero distinctio, quam feci in tutore, servatur in curatore adolescentis, ut si pro absente coactus judicium acceperit, ipse judicati non teneatur, si pro præsente liti se obtulerit, ipse judicati teneatur: Nam etiam eadem distinctio admittitur in procuratore, *l. 4. inf. de re jud. l. Plautius, sup. de procur.* nempe, ut in procuratorem voluntarium, id est, negotiorum gestorem detur actio judicati, non in mandatarium sive procuratorem ex mandato.

Et postremo quæri potest: an quod diximus tutorem vel curatorem ex sua administratione & negotio, quod cum alio contraxit vel quasi contraxit pupilli nomine, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, vel etiam Reipubl. non teneri post depositum officium, exceptis duobus casibus supra relatis, an id etiam locum habeat in procuratore? Et sane diximus lib. 1. procuratorem, qua actione teneri cœperit tempore administrationis per causam administrationis, eadem quoque eum teneri post finitum mandatum, vel post depositum officium, nec relevari auxilio prætoris, *l. 67. de procur.* Et in hac re esse differentiam inter munera publica, veluti tutelam & curationem, quam inviti suscipiunt, quæ ratio efficit, ut releventur post depositum officium, & munera privata, veluti procurationem, quæ non nisi volenti defertur, quam differentiam memini me exponere lib. 2. ad supra dictam *l. 3. §. in eum, de admi. rer. ad civit. pert.* conjunctam cum *d. l. 67.*

Ad L. XI. de Suspect. tutorib.

Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris, quamvis pridem recepta solvitur.

CErtum est in tutorem vel curatorem, qui male aut fraudulenter in tutela vel cura versatur, esse ex XII. tabulis quasi publicam suspecti accusationem, qua id agitur, ut removeatur vel tutela abeat, ut postquam abierit tutela, cum eo agi possit tutelæ judicio, ut rationem reddat, vel rationibus distrahendis, actione rationum distrahendarum, ut in duplum reddat, quod per fraudem ejus pupillo abest vel adolescenti, vel furioso, vel prodigo. Nunc finge, receptam semel fuisse accusationem cognitionemque suspecti tutoris lite cum eo contestata, receptumque tutorem inter eos, & pendente ac suspensa cognitione, suspenso crimine, non quidem morte tutoris (constat enim morte rei solvi omne judicium criminale, *l. in Senatusc. §. si propter, ad Senatusc. Turp.*) sed alio modo, veluti pubertate, aut adrogatione, aut deportatione, aut servitute, aut captivitate pupilli, finitam tutelam fuisse: finge, inquam, pendente judicio suspecti tutelam finitam fuisse non morte rei, id est, tutoris, sed alio quocunque modo: Quæritur, *an solvatur perimaturque judicium & cognitio suspecti tutoris pridem recepta?* Et respondet Papin. solvi atque perimi. Ratio dubitandi hæc erat, quia semel recepta cognitio criminalis vivo reo ex Senatusconsulto Turp. non temere solvitur sine abolitione, sed crimen suspecti tutoris facile solvitur, cum & ab eo accusator impune desistat sine abolitione, *l. 1. §. suspecti ff. ad SC. Tertull.* Et ratio decidendi hæc est, quia finita tutela agi potest tutelæ judicio, vel rationibus distrahendis, & quibus ut agi possit, in hoc solum instituitur suspecti tutoris crimen: neque enim his actionibus, tutelæ scilicet & rationibus distrahendis agi potest, quamdiu tutor manet, sed tum demum, cum tutor esse desiit, deposito officio finitaque tutela, & cujus criminis, si jam finita esset tutela, cognitio non reciperetur, *l. 3. §. quæri, hoc tit.* ejus quoque criminis, cum post receptam cognitionem tutela finitur, cognitionem durare non oportet, ut quæ alias non instituitur, nec duret finita tutela, *argum. l. 6. ff. ut in possess. legat. l. Granius, §. & puto, de fidejussor.* Et ita est explicanda hæc lex *pen.* Ex ea vero, mihi temperare non possum, quin aperiam quam mihi sit suspecta scriptura *§. si quis autem, Insti. de suspect. tut.* ubi primo loco ait, ei, qui suspectus postulatus, nondum damnatus vel remotus est: *quoad cognitio finiatur interdici administratione rerum pupilli, ut*, inquit, *Papiniano visum est.* Quæ quidem sententia Papiniani nullo loco exstat, verissimum tamen est intercidi administratione, interim postulato suspecto, vel nominatim a prætore vel præside, *l. 7. C. eod. tit.* vel tacite interdictam videri, maxime curatore, qui interim administrat, dato in locum ejus, *l. quod si forte, §. 1. de solut.* Deinde subjicit eodem loco, semel susceptam suspecti cognitionem exstingui, si postea tutor vel curator, qui suspectus postulatus est decesserit: quo nihil erat certius: quis enim nescit, morte rei omnem cognitionem criminalem exstingui? At non erat æque certum, an etiam exstingueretur semel recepta suspecti cognitio, si interim alio modo quam tutoris morte tutela finiretur. Unde apparet in eo §. exprimi, quod erat certum, omitti quod æque non erat certum. Et prudentius Papinianus hoc loco omittit casum mortis tutoris: nec enim dicit; post mortem tutoris, sed generaliter, post finitam tutelam; ut intelligeremus & alio quocunque modo finita tutela exstingui suspecti cognitionem pridem receptam. Qua de causa in *d. §. si quis autem*, suspicor insidere mendum vetustissimum, quod scilicet insederit & inoleverit, & ab ipsa scriptura juris auctoris, ut fit sæpe, unde profluxit ille *§. si quis autem.* Nam Institutiones ductæ sunt ex Jurisconsultorum libris, excepta parte ea, in qua refertur jus novissimum, quod Justinianus introduxit. Denique existimo penitus insedisse hoc mendum, & pro *decesserit* scripsisse aut voluisse juris auctorem scribere, *esse desierit.* At cum perperam legeretur, *decesserit*, in re tam manifesta & clara, hæc fuit, ut opinor, causa non necessaria auctoritatem Papiniani transferendi in superiorem sententiam, de interdicenda administratione suspecto postulato, quæ subjici debuit posteriori sententia, de cognitione solvenda, nimirum restitutæ hoc modo: *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator esse desierit,*

ſierit, exſtinguitur ſuſpecti cognitio, ut Papiniano viſum eſt: & Papiniano nimirum viſum eſt in hac *l.pen.* In eod. tit. Inſtitutionum memini, me alias monere etiam alium errorem graviſſimum inſidere in · *.ſeq.* dum ait, tutorem, qui data pecunia miniſterium tutelæ adquiſierit vel redemerit, non tantum removeri a prætore ut ſuſpectum, ſed etiam remitti puniendum a prætore ad præfectum urbi; ubi manifeſtum eſt, ex *l.3.§.tutor, hoc tit.* eſſe legendum, *qui data pecunia miniſteriis tutelam redemerit*, miniſteriis, id eſt, officialibus prætoris per quos fit inquiſitio. Nam & illo loco veteres libri non habent, *adquiſierit*. Et oſtendam etiam alium errorem tertium in eod. tit. §. *ſuſpectus autem*, ubi duobus locis pro *Julianus ſcripſit*, ſcribendum eſt, *Julianus reſcripſit*; id eſt, *reſpondit*, ut in *l. ex contractu, inf. de re jud.* Quamobrem & eo loco id Theophilus vocat Juliani ἀπόκρισιν, id eſt, reſponſum ſive reſcriptionem. Et hæc eſt ſententia hujus legis.

Ad L. XXVIII. de Excuſ. tut.

Tutor petitus, ante decreti diem ſi aliquod privilegium quærit, recte petitionem inſtitutam excludere non poterit.

INitio hujus legis oſtenditur, tutore nominato & petito veluti a matre vel agnatis, aut liberto, ad excuſationem id privilegium eamve immunitatem tantum ei prodeſſe, quam habuit petitionis tempore, non quam poſt petitionem acquiſivit ante decreti diem, id eſt, antequam a prætore, vel præſide cauſa cognita tutor decerneretur, ut in *l.2.§.pen.hoc tit.& l.pen.§.hoc circa, de jure immu.& l.2.§. qui ad munera, inf. de vacat. mun.* Jus liberorum vel jus corporis, aut collegii, aliudve privilegium oſtenditur excuſare a tutelis & aliis muneribus civilibus, quod quis habuit, antequam vocaretur ad munera civilia, non quod poſtea quæſivit: & ita poſtquam vocatus quis eſt in jus, privilegium fori, quod deinde adquiſivit, nihil ei prodeſt, quia id non habuit, quo tempore in jus vocatus eſt, *l.7.ſup.de jud.l.pen.ſup.de juriſdict.* Huic ſententiæ & reſponſo multa objicit Accurſius hoc loco, *l. qui autem, ſup.ſi quis caut.l.15.§.1. hoc tit. l. non tantum, §. vacare, hoc tit.l.ab his onerib.§.auctis, & l.prætor, §.ſi poſt, de vacat.mun.* nec reſpondet quicquam. Primum *l. qui autem, ſi quis caut.* ad quam etiam ei convenienter non apponit ſpeciem, ait, *ſi quis eum, qui in jus vocatus eſt, judicio ſiſti promiſerit quem utique ſiſtere debet, in eadem cauſa non videri eum ſiſtere*, in eadem cauſa, ſi novo privilegio utatur, quod quæſivit poſt vocationem in jus: ergo licet uti privilegio quæſito poſt vocationem in jus, & quodammodo cœptam litem; Sed non de quocunque privilgio, non de privilegio fori, non de privilegio excuſationis ſive immunitatis loquitur, quo uti non licet, ſi quæſitum ſit poſt vocationem in jus, vel poſt vocationem ad civile munus aut nominationem & creationem. Verum conveniens exemplum apponi oportet, quo non ſubvertantur aliæ auctoritates juris, quæ cohærent, nec diſſentiunt invicem & obiter diſſolvamus. Igitur *l. qui autem*, de alio privilegio eſt, ut puta, ſi in capitali cauſa, qui reum ſiſti promiſit, eum poſtea decurionem factum ſiſtat, utentem privilegio curiæ in pœnis evitandis & tormentis. Nam hoc habent privilegium decuriones, ne ſubjiciantur tormentis in cauſis capitalibus, ne ſubjiciantur pœnæ plebejorum, quod eſt notiſſimum, *l.moris, §.pen.de pœn.* Hunc igitur, qui ſiſti promiſit, ſi poſtea decurionem factum ſiſtat, non videtur ſiſtere in eadem cauſa, qui privilegio decurionatus uti poteſt, etiamſi id adquiſierit poſt vocationem in jus demum, vel cautionem judicio ſiſti. Denique qui poſt hanc cautionem factus eſt decurio, uti poteſt privilegio decurionatus in pœnis evitandis, ſicut ſervus ſiſti promiſſus in cauſa capitali, ſi ſiſtatur liber factus, jure liberi hominis uti poteſt, ne ſubjiciatur ſervilibus pœnis, *l.pen.ff. ſi ex nox.cau.ag.* Nam in capitalibus cauſis, ut aliter de ſervo, aliter de libero homine vindicta ſumitur; ita aliter de plebejo, aliter de decurione. Quamobrem qui ſervum ſiſti promiſit, non videtur eum ſiſtere in eadem cauſa, ſi libe-

A rum ſiſtat, vel qui plebejum ſiſti promiſit; non videtur eum ſiſtere in eadem cauſa, ſi decurionem ſiſtat, maxime in judiciis criminalibus. Privilegium fori vel excuſationis ſtatim vires ſuas exerit & exercet ab initio, eo tempore, quo quis vocatur in judicium, vel ad munus civile. At privilegium in pœna evitanda vires ſuas exercet tempore accepti judicii, ut probat *d. l. pen.* non tempore delicti, niſi congruat cum tempore judicii accepti, ſive litis conteſtatæ, non tempore vocationis in jus, non tempore etiam rei judicatæ, ut in *l. 1. inf. de pœn.* quæ hoc modo in concordiam facile adducetur cum *d. l. pen.* ut ſi quæratur, cujus conditionis fuerit is, qui deliquit, dicamus, ſi conferatur tempus delicti cum tempore rei judicatæ, ſpectari tempus delicti, quod modo congruat cum tempore judicii accepti: quod ſi non congruat & conferatur tempus de-
B licti cum tempore judicii accepti, ſpectari potius tempus judicii accepti, ſive litis conteſtatæ. Nihil enim obſtat huic reſponſo *l. 15. §. 1. hoc tit.* ex qua tutor ſuſceptam tutelam impuberis plebeji ignobilis & inhonorati, deponit, ſi poſtea fiat Senator, & excuſatur, ſi fiat Senator populi Rom. quoniam, ut reſpondet, hoc eſt ſpeciale in Senatoribus, ut ſuperveniens ſenatoria dignitas, quam non habuit eo tempore, quo tutor petitus eſt & datus, liberet tutela plebejorum; ſicut & idem in aliis quibuſdam receptum eſt, qui & accepta tutela excuſantur in perpetuum, vel ad tempus incidente juſta cauſa, de quibus agitur in *l. 11. & 12. l.30. in pr. & 40. hoc tit. l.verum, §. ex facto, ſup. de minorib.* ad quod etiam reſpicit *l. prætor, §. ſi poſt, de vacat. mun.* quam hoc loco etiam objecit Accurſius. Itaque eodem
C modo eſt reſpondendum *d. l.Prætor, & d. l.15. hoc tit.* Idem quoque Accurſ. objicit *l. non tantum, §. vacare, hoc tit.* quæ omnino congruit cum hoc reſponſo. Ait n. accepta tutela non excuſari tutorem, ſi poſtea immunitatem conſequatur. Poſtremo male etiam objicit Accurſ. *l. ab his oner. §. auctis, de vac. mun.* quæ dicit, pauperem imparem oneri tutelæ ferendo, non excuſari a muneribus civilibus, ſi pendente judicio, quod hac de re agitatur, auctus ſit facultatibus, quod eſt longe diverſum ab eo, quod proponitur hoc loco. Hic enim agitur de cauſa excuſationis ſuperveniente poſt nominationem & petitionem tutoris: ibi agitur de cauſa excuſationis præveniente. Et tamen in utraque idem juris eſt, ut neque ſuperveniens proſit ad excuſationem, neque præveniens, veluti ſi pauper ante ſententiam finitam
D ſit auctus facultatibus, & ita facile liberabimur ab his omnibus, quæ nobis objicit Accurſius.

Ad §. quæ Tutoribus.

Quæ tutoribus remunerandæ fidei cauſa, teſtamento parentis relinquuntur, poſt excuſationem, ab heredibus extrariis quoque retineri placuit, quod non habebit locum in perſonæ filii, quem pater impuberi fratri coheredem, & tutorem dedit: cum judicium patris ut filius, non ut tutor promeruit. Tutorem ad tempus exulare juſſum excuſare non oportet, ſed per tempus exilii curator in locum ipſius debet dari.

JAm oſtendi lib. 4. ad *l. 24. de teſt. tut.* tutorem, qui ſe
E excuſat a tutela, cum jure non prohibetur tutelam ſuſcipere, id quod ſibi teſtamento patris relictum eſt, ut tutori fidei & laboris remunerandi gratia, amittere. Quod verum eſt, etiamſi ſe in partem excuſaverit, puta, pro parte rerum provincialium, pro parte Italicarum ſuſceperit tutelam. Nam & hoc caſu totum amittit, quod ſibi teſtamento patris relictum eſt fidei remunerandæ cauſa, *l. etiam, de leg. 1.* Et ait hoc loco *fidei remunerandæ gratia*, quæ verba Græci inepte accipiunt de fideicommiſſo relicto tutori, cum palam ſit, ea eſſe de fide tutoris, ut loquitur *l. tutorem, de his quib. ut indign.* quam ſcilicet in gerenda tutela exhibet pupillo: & recte ait, *fidei remunerandæ gratia*, quia ſi filio impuberi, alium filium majorem 25. annis tutorem dederit, & coheredem etiam adjecerit, & ſi ſeſe excuſaverit tutela juſta ex cauſa, quæ recepta fuerit, non amittit portionem hereditatis, quia non fidei remunerandæ gratia coheres adiectus videtur. Id enim prome-

promeruit, inquit, ut filius, non ut tutor, & tutor, qui ſe excuſat, id tantum amittit, quod promeruit ut tutor, id eſt, fidei remunerandæ gratia. Id autem quod amittit tutor ex ea cauſa, Papinianus oſtendit hoc loco remanere apud heredem patris, nec transire in fiſcum, quamvis id amittat tanquam indignus, & remanere apud heredem patris, etiam extraneum: quam in rem hic locus eſt ſingularis, alioquin videretur remanere apud pupillum, cujus utilitatem tutor deſeruit repudiata tutela ex *l.* 5. §. *amittere*, *de iis quib.ut indig. l. pen. C.de leg.* ſed non aliter remanere apud pupillum, quam ſi heres patri exſtiterit, ex hoc loco intelligitur. Male enim Doctores remanere apud heredem, ſed mox reſtitui pupillo exheredato. Et poſtremo notandum eſt, ex §. *ult.* in locum tutoris ad tempus exulare juſſi ob crimen aliquod, alium tutorem non dari, ſed curatorem, quia datus in exilium temporale tutor eſſe non deſinit, *l.ſive heredem*, §.*ult.ſup.de adminiſtr.tut.* Et regula juris vetat tutorem habenti alium tutorem dari. Idcirco dabitur curator, non tutor: at in locum damnati tutoris exilio perpetuo, alius tutor datur, quia tutor eſſe deſiit, ut in *l.ſeq.l.*3.*C.qui tut.pet.poſſ.l.*3.*C.in quib. cauſ. tut.hab.* & ſi tutor dari poteſt, multo magis curator, ut in *l.quod ſi forte*, §.*quid ergo*, *de ſolut.* Exilium dicitur de deportatione proprie, quæ eſt capitis deminutio media *l.*2.*inf.de pub.jud.* Hoc loco poſſet quis dicere, exilium dici de relegatione, quoniam diſtinguit inter exulare juſſum ad tempus, & exulare juſſum in perpetuum: ergo de relegato loquitur, non de deportato, quoniam deportatio non fit ad tempus, nulla capitis deminutio fit ad tempus. Relegatio non eſt capitis deminutio, deportatio eſt capitis deminutio, & ideo non eſt ad tempus, *l.*7.§.*hæc eſt differentia*, & *l.*8.*inf.de int.& releg.* At verius eſt, exilii nomine ſignificari hoc loco, & deportationem & relegationem. Nam & per errorem judicis quandoque deportatio, ſicut damnatio in metallum, quæ eſt capitis deminutio ejuſdem gradus, fit ad tempus, quo caſu non habetur, pro capitis deminutione, *l. capitalium*, §. *Divus*, *de pœn.* Itaque deportatus ad tempus non deſinit eſſe tutor, ac proinde in locum ejus dandus eſt curator, non tutor.

Ad L. XXX. de Excuſ. tut.

Juriſperitos qui tutelam gerere cœperunt, in conſilium Principum adſumptos, optimi maximique Principes noſtri conſtituerunt excuſandos, quoniam circa latus eorum agerent, & honor delatus finem certi temporis, ac loci non haberet.

Regulariter ſuperveniens privilegium, vel dignitas poſt petitionem ac dationem tutoris cœptamve tutelæ adminiſtrationem, nullam præbet excuſationem, ſed ut diximus initio *l.* 28. *hoc tit.* excipiuntur tutores, qui poſt cœptam adminiſtrationem tutelæ cooptantur in ampliſſimum ordinem, ut in *l.* 15. *hoc tit.* Excipiuntur etiam initio h. l. 30. Juriſconſulti, qui in conſilium Principis adſumuntur, qui non tantum ne accipiant, ſed etiam accepta tutela excuſantur, ut *l. verum*, §. *ex facto*, *de minor.* Et quidem in perpetuum, ſicut Senatores, quia & is honor eſt perpetuus, id eſt, ut hoc loco Papinianus ait, certi temporis, vel loci finem non habet. Hoc Græci interpretes accipiunt de Quæſtoribus ſacri palatii, quos hodie Cancellarios appellamus: ſed lex generaliter loquitur de quibuſcunque conſiliariis intimi, ſanctioris & arcani conſeſſus Principis. Et hoc privilegio uſum Arrium Mænandrum Juriſconſultum, qui libros ſcripſit de re militari, ſuſceptam tutelam depoſuiſſe refert Ulpianus in *d.* §. *ex facto*: ex conſtitutione ſcilicet Severi & Antonini hos intelligit Papinianus hoc loco, cum nominat optimos maximos Principes ſuos, ut in *l.*8. *in princ.*& §.*ult.ff. de vacat. muner.* quorum & ipſe Papinianus conſiliarius fuit.

Ad §. Cum oriundus ex provincia.

Cum oriundus ex provincia, Romæ domicilium haberet,
A *ejuſdem curator decreto Præſidis ac Prætoris conſtitutus, rerum adminiſtrationem utrubique ſuſcepit. Placuit eum duas curationes adminiſtrare non videri, quod videlicet unius duo patrimonia non videntur.*

Certum eſt tria onera tutelarum vel curationum a quarta præbere excuſationem, *l.*1.*C. qui num. tut.* Unde ſi quis unius adoleſcentis curationem ſuſceperit, qui bona poſſideat in Italia, ubi domicilium habet, & in provincia quoque unde originem traxit, & omnium bonorum adminiſtrationem ſuſceperit, cum eſſet idem tam a prætore datus bonis Italicis, quam a præſide provincialibus, ut in *l.pupillo*, *de tut.& cur.datis.* Quæritur, an hanc curationem pro ratione diverſorum bonorum tutor ſcindere poſſit, ita ut eam computet pro
B duabus, quandoquidem, ſi partis bonorum adminiſtratione ſe excuſaſſet, puta, provincialium, ut potuit *l.* 10. §. 2. & 3. & *l.* 19. *hoc tit. l.* 2. *C. eodem*, *l. etiam*, *de leg.* 1. eo caſu adoleſcenti dati duo curatores fuiſſent, unus Italicarum, alter provincialium rerum. Hic igitur, qui univerſi patrimonii adminiſtrationem ſuſcepit, omniumque bonorum, ſuſtinet onus duorum. Videtur ergo hæc curatio haberi poſſe pro duabus. Et tamen aliud Papiniani judicium eſt, qui reſpondet hoc loco, eam curationem pro uno tantum onere haberi, non pro duobus; optima ratione, quia unius hominis non intelliguntur eſſe duo patrimonia, ergo nec duæ curationes, quia curationes patrimoniis dantur, unius, inquam, hominis vivi, ſicut nec mortui duæ hereditates eſſe intelliguntur, niſi militis, in quo ſpecialiter
C conſtitutiones quaſi duorum hominum duas hereditates faciunt, caſtrenſem & paganam: teſtamentariam, & legitimam, ſi pro parte tantum teſtatus ſit, *l. ſi certarum*, *ff. de milit. teſtam.* Sicut in impubere adrogato, ſi moriatur, cui præmortuus adrogator ſubſtituerit in ſecundum caſum, intelligitur habere duas hereditates, teſtamentariam, id eſt, ſubſtitutionem pupillarem in quarta Antoniana, quæ ei debetur ex bonis adrogatoris: legitimam, in ceteris bonis, prout Accurſius ponit ſpeciem in *l. ſi adrogator*, *de adopt.* nec male, cum in *l. ſed ſi plures*, §. *ad ſubſtitutos*, *ff. de vulg. ſubſtit.* miles comparetur impuberi adrogato.

Sequitur in hac lege: *Qui privilegio ſubnixus eſt fratris curationem ſuſcipere non cogitur.* Sententia hujus verſus hæc eſt: Immunitate & privilegio, quod quis habet, uti
D eum poſſe, etiam adverſus fratrem impuberem, cui tutor datus eſt, quod & ſupra indicavit in *l.*28.§.1. Et Gloſſa ait, hoc loco, ſic etiam in patre: Ego, ſic non eſſe in patre, quia contra naturales ſtimulos facit, ut ait *l.*36.*in fin.h.t.* *παρὰ τὴν στοργὴν φυσικήν*. Impie igitur, qui ſe tentat excuſare curatione vel tutela filii emancipati, veluti jure trium liberorum. In eo numero computato etiam ipſo filio emancipato, cui tutor vel curator petitur, ut in ſpecie *d. l.* 36. Nam, ut eleganter ibidem Græci notant, abſurdum eſt, filium adverſus ſeipſum prodeſſe patri: *ἄτοπον ἐστι τὸν υἱὸν*, &c. Et rectiſſime ſic eam l. Græci accipiunt, ut præmium, quod patri datur propter numerum liberorum, ei non denegetur, cum extero curator petitur: denegetur autem plane atque diſtricte, cum filio curator
E petitur.

Ad §. ultimum.

Patronus impuberi liberto quoſdam ex libertis tutores aut curatores teſtamento dedit: quamvis eos idoneos eſſe conſtet, nihilominus jure publico poterunt excuſari, ne decreto confirmentur.

Senſus hic eſt: Si patronus libertum idoneum moribus & facultatibus colliberto heredi inſtituto, ut exigit *l.* 4. *ſupr. de confir. tut.* tutorem dederit teſtamento vel curatorem, qui licet jure datus non ſit, cum datus ſit ei, quem in poteſtate non habet, tamen decreto confirmari poteſt, *l.* 28. §. *ult. ſup. de teſtam. tut.* Ne tamen decreto confirmetur, non prohiberi eum, ſe jure pu-

publico excusare a tutela colliberti, cui tutor a patrono datus est, veluti jure trium liberorum, aut jure trium tutelarum, quia ei soli liberto non licet uti ullo justo titulo excusationis, qui tutor vel curator datus est liberis patroni ex oratione Divi Marci, *l.14. hoc tit.l.5. C. eod.* non qui datur collibertis. Et addit Papinianus, *ne decreto confirmentur*, quia possunt allegare excusationem, antequam confirmentur. Exequi autem eam non possunt, nisi post confirmationem: executio esset præpostera, *l. Cajus*, *l. Nessennius*, *hoc tit.* sequitur ex eod. lib. *l. 14. de cur. fur.*

Ad L. XIV. de Curat. furiof.

Virum uxori mente captæ curatorem dari non oportet.

SEntentia vero Legis XIV. hæc est, Ne maritus uxori mente captæ curator detur, nihil præterea. Cujus sententiæ ratio hæc est, Ne cohibeatur ratio reddendæ curationis sanitate uxori reddita. Hæc sententia ex oratione Marci & Commodi ac Senatusconsulto de inhibendis nuptiis desumpta est. Qua ratione etiam maritus non datur curator uxori minori viginti quinque annis, aut datus, nisi se excusaverit, removetur, *l. 1. hoc tit. l. 4. C. eod. l. 2. C. qui dare tutor. poss.* Eademque ratione nec socer nurui curator datur, *l. licet C.eod. tit.* unde videmur hoc loco jungere posse, quod ex eodem Papiniani libro refertur in *l. si quis tutor*, *§.quid ergo*, *ff. de ritu nupt.* Nam eadem oratione & Senatusconsulto, de quo illo loco agitur, & ratione eadem, tutor prohibetur sibi vel filio suo conjungere eam, quæ pupilla sua fuit, ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ, *l.pen.§.sed videamus*, *eod.tit.* Sed videamus, an ad prohibitionem nuptiarum cum pupilla contrahendarum pertineat tutor, qui cum se excusare vellet justa ex causa, quærendarum probationum causa distulit negotium, traxitque causam excusationis si interim pupilla adolevit. Cujus quæstionis definiendæ causa ante omnia videndum est, an post pubertatem finitamque tutelam excusatio ejus recipi possit. Nam si possit recipi & recipiatur, impune ducet pupillam uxorem, cui nullo modo est obligatus: si non possit recipi, non impune, non licite eam ducet uxorem, quia præteriti temporis periculum ad eum spectat & rationibus reddendis pupupillæ obnoxius est, ratione exacti temporis, quo cessavit & moram traxit. Et ita hoc ipso lib. Papinianum respondisse Ulpianus refert in *d.l. si quis tutor.* Sed ejus responsum improbat. Si negotium excusationis, non dolo malo, sed ex necessirate delatum fuerit, cum in promptu probationes non essent, iniquum est, propter hanc dilationem justam non excusari eum post pubertatem pupillæ, vel nuptias impediri excusatione recepta.

Huic loco jungamus etiam alios, quibus Papiniani auctoritas in testimonium vocatur ex eod. libro, qui omnes sunt de tutelis: deinde a tutelis transeamus ad hereditates, ac primum jungamus *l. 5. §. Papinianus ff. de administr. tut.*

Ad §. Papinianus L. V. de Administr. tutor.

Papinianus libro 5.Responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, & eo nomine tutores liberavit: non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet, salubre consilium matris admittere: tametsi neque liberatio tutoris, neque voluntas patris aut intercessio matris, tutoris officium infringat.

IN hoc §. proponitur: patrem mandasse in testamento filiorum suorum tutelam geri consilio matris, &, si quid ex consilio matris tutor fecisset, eo nomine eum liberari, nec obligari voluisse. Tale mandatum patris recte Papin. censuit non infringere aut deintegrare officium tutoris, quo minus gnave & diligenter tutelam gerat, etiam sine consilio matris, aut non sequuto consilio matris, si videatur non esse ex re pupilli. Nam & in aliis plerisque §§. eadem lex docet, patris voluntatem non esse sequendam, ut si tutores datos jusserit esse ἀνεκλογίστους, id est, non obnoxios reddendis rationibus: vel si prohibuerit vendi res tempore perituras, bono tamen viro convenire salubre consilium matris admittere. Et alia est ratio *l. Titium in princip. eod.tit.* in qua non consilio fratris tantum, qui contutor erat, sed etiam opera, pater rem pupilli administrari voluit. Ideoque alteri sine altero alter recte non solvit, quia non uni mandata est administratio ex sententia tantum & consilio alterius, sed utrique, ita ut in ea patrui consilium præpolleret, qui & ipse tutor est. Est & alius elegantissimus locus in *l. pen.§. quanquam*, *infra de reb. eor. qui sub tut.*

Ad §. I. L. XIII. de Rebus eor. qui sub tut.

Quanquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare prædium possit: attamen Papinianus libro quinto responsorum ait, tutorem pupilli sine decreto Prætoris, non jure distrahere: si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit, & pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino prædium cum fruct. vindicanti, doli non inutiliter opponitur exceptio, pretium ac medii temporis usuras, quæ creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris ejus facultatibus æs alienum solvi non poterit. Ego autem notavi: Et si solvi potuerit, si tamen illæ res salvæ erunt, ex quarum pretio æri alieno satisfieri potuit, dicendum est, adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno.

CErtum est tutorem illicite vendere prædium pupillare sine decreto prætoris vel præsidis: Et si vendiderit, venditionem ipso jure nullam esse, & quandoque pupillo competere vindicationem prædii non jure distracti & fructuum exstantium, & condictionem consumptorum, si quis mala fide emerit, *l. 2. C. si quis ign. rem min. l. si prædium*, *C.de præd.min.* At finge, errore juris lapsum tutorem, prædium pupillare vendidisse sine decreto, & pretio liberasse creditores paternos pupilli, quibus pecuniæ debebantur cum usuris: hoc casu respondet Papinianus, quandoque prædium cum fructibus pupillo vindicanti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium offerat, & usuras medii temporis, quæ creditoribus deberentur, nisi pecunia ejus dimissi & liberati fuissent, maxime, si ex aliis pupilli bonis creditores liberari non potuerint, sed ex eo prædio tantum: atque ita remedio sive æquitate exceptionis conservatur venditio, quæ erat ipso jure nulla, aut sane rescinditur in integrum restitutis omnibus. Æquissimum responsum Papiniani, & ab Imperatoribus etiam nominatim comprobatum in *l. utere*, *C. de præd. min.* imo & ampliatum a Paulo in *d.§. quanquam*, ut ei locus sit, etiamsi ex aliis pupilli bonis creditores liberari potuerint, ne pupillus lucrum captet ex damno emptoris; quod plerunque faceret, si prædium vindicaret non reddito pretio, quod in rem ejus versum est, nec reddito interusurio. Adde, etiam sumptus meliorati prædii ab emptore, emptori esse offerendos ex *l.si prædium*, *C.de præd. min.* offerendas esse meliorationes, quas Græci ἐμφυτεύσεις vocant, non ἐμπονήματα, quo verbo labor significatur, non melioratio: nam in *l.3.C.de jure emphyt.* Justinianus meliorationes vocat detorta voce Latina quasi imbonationes, ut in *l.ult. C. de novat.* ἀνοβατεύτως, vel ut alii ἀνεατεύτως, quod est non facta novatione, vel dixit ἐμπονήματα, quia pronuntiatur π ut β, ἐμβονήματα.

Ad L. XVII. de Injust. rupt.

Filio præterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata præstantur: si præteritus a fratrib. partem hereditatis avocabit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.

Est

EST ſingulare hoc reſponſum, meo tamen judicio, in id, cum vim ejus & poteſtatem non bene percipiunt interpretes, inani ſermone imprudentia utuntur: ſunt verboſi & prolixi more ſuo, ut ſolent in re facili eſſe multi, in difficili muti, in anguſta diffuſi. Cujus rei ego ſum optimus teſtis. In hoc autem reſponſo non inſumam, ut Joannes Imola pluſquam xxx. columnas, quas vocant majores. Species legis hæc eſt: Pater, qui habebat tres filios in poteſtate, teſtamento duos heredes inſtituit, tertium ſilentio præterivit. Nullum eſt teſtamentum ipſo jure, quia ſummum vitium teſtamenti eſt præteritio filiifamil. *l. inter cetera, ſup. tit. prox.* Et nullum quidem eſt totum teſtamentum, ut neque inſtitutio heredum valeat, neque libertates competant, neque legata præſtentur, quod hoc loco ſic ait Papin. ut in *l. qui fundum, §. ſi tu ex parte, infra ad l. Falcid.* in alia ſpecie libertates competere & legata præſtari, & in *l. cum mater, ſup. de inoffic. teſtam.* illo loco, *ut libertates & legata præſtentur*, ſubintelligitur verbum, *competant*, ut libertates competant: nec enim directæ libertates præſtantur ab herede, ſed dantur a teſtatore, *l. pen. inf. de fideicom. lib.* Legata autem quamvis & ipſa relinquantur verbis directis, & ſint omnia directa, ab herede præſtantur. Et ratio hæc eſt, quia ab herede præſtanda ſunt propter rationem Falcidiæ, quæ intervenire poteſt in legatis, quæ cauſa eſt dandi heredi interdicti quod legatorum adverſus legatarium, qui legatum non ex voluntate heredis occupavit. In libertatibus autem non poteſt intervenire Falcidia, *l. Papin. §. quarta, de inoff. teſt.* Sed ad rem. Filio præterito, qui fuit in poteſtate patris, nihil ex iis, quæ teſtamento ſcripta ſunt, valet: nec exceptis quibuſdam perſonis legata præſtantur, *l. is qui in poteſtate eſt, inf. de leg. præſt.* Ait, *qui fuit in patris poteſtate*: Nam filio emancipato præterito jure civili teſtamentum valet, ſed reſcinditur jure prætorio per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non tamen, ut & omnia, quæ in eo teſtamento ſcripta ſunt, infirmentur: nam & exceptis perſonis in *tit. de lega. præſt.* puta, liberis, parentibus, uxori, nurui legata præſtantur. Itemque portiones hereditatis, & ſubſtitutio pupillaris in eo teſtamento ſcripta valet, & legata a ſubſtituto relicta, non exceptis tantum perſonis, ſed omnibus præſtantur, *l. ex duobus, §. ult. ff. de vulg. ſubſtit.* Et ratio differentiæ hæc eſt: Quia jus civile, quo ſubnixus eſt filiusfamil. præteritus, durum eſt & aſperum, quia nihil omnino conſervat eorum, quæ in teſtamento ſcripta ſunt: jus prætorium, quo ſolo nititur filius emancipatus præteritus, benignius eſt, & ideo nec evertit omnia, ſed conſervat, quæ conſervari bonum & æquum eſt. In jure prætorio æquitas dominatur: in jure civili, ſummum jus. Quod autem diximus quodque proponit Papinian. initio hujus legis, filiofamil. præterito totum patris teſtamentum nullum eſſe; ſane prorſus ita eſt, ſi filius præteritus ſuo jure utatur, ſi, ut ait in propoſita ſpecie, partem hereditatis tanquam ab inteſtato a fratribus heredibus inſtitutis avocet. Quod utique faciet agendo petitione hereditatis pro ſua parte, ſi fratres ei faciant controverſiam hereditatis, in quo judicio judex ei partem hereditatis pro indiviſo reſtitui jubet, *l. 7. ſup. ſi pars heredit. pet.* vel ſi fratres ei non faciant controverſiam hereditatis, agendo familiæ erciſcundæ, quo judicio partem pro diviſo conſequetur, *l. 1. §. etſi poſſeſſor, eod.* Denique petitione hereditatis præteritus filiusfamil. avocat partem pro indiviſo, actione familiæ erciſcundæ partem pro diviſo, quod noſtri non tradiderunt, nec perceperunt. Ponit Papinian. duos fratres fuiſſe heredes inſtitutos: nam ſi extranei inſtituti fuiſſent, eis filius præteritus avocaret aſſem, id eſt, totam hereditatem, quaſi ipſo jure teſtamento nullo. Si fratribus inſtitutis, & multo magis extraneis inſtitutis. Quod ſi fratribus inſtitutis heredib. filius præteritus ſuo jure non utatur, id eſt, ſi abſtineat ſe bonis patris, etiam ipſo jure nullum eſt teſtamentum ſecundum regulam Catonianam, ſed, ut ſubjicit, ex æquo & bono tuebitur. In cujus verbi etiam uſu mirum eſt quam laborent. Ex bono & æquo tuebitur voluntas patris, *la volontè du pere ſera gardèe*. Recte, voluntas patris, non teſtamentum: nam ex æquo & bono ſuſtinetur voluntas patris, non tanquam teſtamentum juſtum & ſolemne, & quidem ex æquo & bono ſuſtinebitur voluntas patris jure civili. Quidni? nam, quod notandum, jure prætorio non eſt dubium, heredibus ſcriptis, etiamſi teſtamento filius præteritus ſit, modo teſtamentum ſit obſignatum ſeptem teſtium ſignis, quæ ſigna veniunt ex jure prætorio, dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quæ bonorum poſſeſſio erit cum re & cum effectu, ut Ulpianus ſcribit *lib. regul. tit. 23. & 28.* Erit, inquam, cum re, ſi non ſit alius, qui jure civili heredibus ſcriptis hereditatem evincat, puta, ſi filius præteritus taceat: at jure civili, ex æquo & bono non tuebitur voluntas defuncti, ſi taceat filius præteritus tantum, ſed ſi, ut eſt in hac lege, palam profiteatur bonis ſe patris abſtinere. Et ratio eſt differentiæ, quia ut ante dixi, jus civile aſperius eſt jure prætorio: & ita ex irritis vel nullis codicillis libertas ſervis non debetur, aut competit, ſi heres ſimpliciter eos morari ſinat in libertate, ſed ita demum, ſi nominatim codicillos ratos habeat, vel actu aliquo ut in *l. 5. ff. rem ratam hab.* demonſtret ſe codicillos ratos habere, puta, aliquid præſtando ex eis, *l. cum quaſi §. ult. ff. de fideicom. lib.* At hic quæritur, an etiam extraneis heredibus inſtitutis, ſi filius præteritus bonis ſe abſtineat, ex æquo & bono tuenda ſit voluntas teſtatoris? Equidem puto non abs re, imo conſulta opera poſuiſſe Papinian. ſpeciem in fratribus, non in extraneis heredibus inſtitutis: inter fratres tuitionem voluntatis paternæ benigne admiſiſſe, ut in *l. nonnunquam, ff. de collat. bonor.* Quum de bonis paternis diſputatur inter fratres, dicitur benigniorem ſententiam eſſe ſequendam: extraneis igitur heredibus inſtitutis, non admittemus eandem benignitatem, & ſummo jure civili cum eis agemus, quo ipſo jure nullum eſt teſtamentum, etiam filio præterito ſe abſtinente bonis, & veluti ab inteſtato inferioris gradus cognato dabimus beneficium edicti ſucceſſorii, repulſis heredibus ſcriptis: etiamſi bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas acceperint, quia eam inferioris gradus cognatus conſtituet ſine re.

Item quæritur, quod lex ait, de filio præterito, ut ſi ſe abſtineat voluntatem patris tueamur, an locum etiam habeat in poſtumo præterito? Et dico locum habere multo magis, quia poſtumo præterito ab initio teſtamentum valet, *l. 3. §. ex iis, hoc tit.* Facilius ergo convaleſcet, ſi deinde ruptum ſit agnatione poſtumi, videlicet poſtumo abſtinente ſe.

Item quæritur, an hæc lex ſit abrogata, quatenus dicit, filio præterito nec libertates competere, nec legata præſtari, quaſi ex Novella 115. cujus ſententiam Irnerius appinxit in extremo tit. *C. de lib. præt.* quaſi ſcilicet ex ea Novella ſola inſtitutio ſit nulla filio præterito a patre, cetera omnia valeant. Et non pœnitet me in ea opinione permanere, in qua fui ſemper, & fuit Petrus & Azo, & Alciatus, & Accurſius etiam ipſe, non hoc quidem loco, ſed in ſuprad. Nov. 115. ut exiſtimem eam Novellam tantum pertinere ad cauſam exheredationis, & ad præteritionem, quæ pro exheredatione habetur, non ad eam præteritionem, de qua agitur in hac lege, quæ pro exheredatione non habetur. Et rurſus eam Novell. pertinere ad querelam inofficioſi teſtamenti tantum, quæ exheredatis competit, vel præteritis, qui pro exheredatis habentur, non ad querelam injuſti teſtamenti, quæ competit filiofamil. præterito, non ad querelam rupti teſtamenti agnatione poſtumi, non ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ filio emancipato præterito competit. Semper enim Novellæ conſtitutiones reſtrictius accipiendæ ſunt, nec juriſprudenti convenit ex uno verbo præteritionis, non per ſe poſito, ſed adjuncto exheredationi, ut in *d. Novel. 115.* tanquam ex uno fragmine fortuiti ligni ſtatim arietem vel teſtudinem ædificare velle, qua oppugnetur vel expugnetur maxima pars Digeſtorum, non uno verbo, ut ait *l. ſi quando, C. de inoffic. teſtam.* totum jus teſtamentorum civile & prætorium, multis vigiliis excogitatum & inventum, temere ſublatum eſſe credere. Parentum alii ſunt vi-

rilis

rilis sexus, per virilem sexum descendentes: ii silentio liberos exheredare non possunt, sed debent eos nominatim exheredare. Itaque silentium eorum, id est, præteritio pro exheredatione non habetur, ac proinde, quasi non sit liberis satisfactum, qui vel instituendi sunt, vel exheredandi, totum testamentum nullum est etiam hodie. Alii sunt parentes feminini sexus, vel per femineum sexum descendentes, & ii liberos silentio exheredare possunt, id est, horum præteritio pro exheredatione habetur, §. *ult. Instit. de exhered. lib.* Nec injustum aut nullum testamentum ea præteritio facit, cum pro exheredatione sit: sed in eorum arbitrio est, si velint instituere querelam inofficiosi testamenti, *l. non putamus, in pr. de bonor. possess. cont. tab.* videlicet, si ea exheredatione tacita, omissa fuerit causa silentii, sive exheredationis, quod dicitur elogium, vel si, quæ expressa est, probata ab herede non fuerit, vel si adscripta ea non fuerit causa ex numero earum, quem certum constituit suprad. Novel. Denique ex ea Novella per querelam inofficiosi testamenti solam institutionem rescindi, cetera confirmari & conservari, legata, fideicommissa omnia, libertates, tutelas, adsignationes libertorum. An etiam consistit substitutio pupillaris, quæ plerunque non consistit, si non consistat institutio? An igitur etiam substitutio pupillaris conservatur? sic videtur, ad exemplum ejus æquitatis, quam sequitur Prætor, data bonorum possessione contra tabulas emancipato præterito, & ad exemplum ejus, quod definitur in *l. 2. §. quisquis, de vulg. substit.* videlicet, ut etiam rescissa institutione pupillaris substitutio servetur. Novellæ constitutionis jus est generale in querela inofficiosi testamenti, cui olim tantum fuit locus ex Adriani decreto quodam, non admodum probato a Jurisconsultis uno speciali casu, quum mater per errorem de morte filii ex castris accepto falso nuntio filium præteriisset, *l. cum mater, ff. de inoff. testam.* Aliis omnib. casibus ante Nov. querela inofficiosi testamenti tanquam maxime civilis totum testamentum infirmavit. Extra rem autem est, quod quærunt iidem homines, an mortuo filio vel postumo præterito, vivo vel mortuo patre, patris voluntas tuenda sit? quoniam hæc quæstio non est ejus loci, sed *l. 7. & 8. sup. tit. prox. & l. postumus, hoc tit.* Nec cum quæstione hujus loci ullo modo, nisi velis stultus videri, tibi permiscenda: quoniam non utriusque quæstionis eadem definitio est, ut nec liceat, quod in una definitum est, ex eo argumentari ad aliam, quod tamen hic perpetravit Accursius; & non est dubium, quin etiam ceteri. Illud quoque quærunt extra rem, an testamentum manifesti fœneratoris quod ex *cap. 2. de usuris, in 6.* ipso jure nullum sit, si exactum fœnus non reddiderit, an convalescat, si post factum testamentum reddiderit? ad quam tamen quæstionem Jurisconsulti respondere debent ex regula Catoniana, non convalescere, nulla lege aut æquitatis ratione scripta, ab ea nos regula deterrente; & tamen Joanni Andreæ aliud judicium est.

Ad L. XXII. de Leg. præst.

Bonorum possessione contra tabulas testamenti præterito emancipato filio data, scriptus heres alter filius, qui possessionem accipit, vel jure civili contentus non accepit, legata præcipua non habebit.

LEgis 22. species hæc est. Pater, qui habebat duos filios, unum in potestate, alterum emancipatum, eum quem habuit in potestate, ex parte heredem scripsit, eidemque filio prædia quædam prælegavit, emancipatum vero præteriit; Papin. ait in arbitrio esse filii heredis instituti ex parte, emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas; utrum velit quasi commisso & aperto edicto per fratrem emancipatum, simul cum eo eandem possessionem contra tab. accipere, perinde ac si institutus non esset, hac via ei patefacta per fratrem emancipatum, an vero omissa bonorum possessione contra tabulas, jure civili, veluti ab intestato se bonis immiscere paternis, & quæ erat quæstio, ait, sive hanc, sive illam viam elegerit filius heres institutus, eum non habiturum prælegata præcipua. Et ratio hæc est: quia tametsi ex edicto in hoc titulo proposito filio emancipato præterito data bonorum possessione contra tabulas, legata filiis conserventur, non tamen conservantur iis filiis, eive filio, qui commisso edicto de bonorum possessione contra tabul. simul cum fratre emancipato præterito bonorum possessionem contra tabulas accepit, ut *l. 5. §. omnibus, hoc tit.* quia omisit causam testamenti, in quo prælegata sunt relicta, & impugnavit testamentum simul cum fratre petita bonorum possessione contra tab. Eademque ratione, si filius heres institutus non acceperit bonor. possessionem contra tab. sed contentus fuerit jure civili, quo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tab. datam fratri emancipato præterito, pro suo jure, pro sua parte patri heres extitit, & hoc quoque casu prælegata præcipua non habet, quia & hic omisit causam testamenti, in quo sunt relicta, & elegit causam intestati. Et ita omnino hæc l. accipienda est, nec ei quicquam obstabit *l. virilis, §. si quis ex liberis, hoc tit.* in quo ait, *Aliquo ex liberis vel parentib. herede instituto ex parte, & prælegato ei relicto: filio autem emancipato præterito, illi filio vel parenti, cui portio hereditatis & prælegatum relictum est, conservari tam portionem hereditatis, quam prælegatum.* Ad finem scilicet modumque virilis portionis, ne plus ferat quam filius emancipatus præteritus, quoniam, ut respondemus, in eo §. agitur de eo, qui venit ex causa testamenti, qui ex judicio testatoris amplectitur portionem hereditatis & prælegati. In hac autem lege agitur de eo, qui omissa causa testamenti vel ab intestato venit jure civili, id est, jure legitimo, vel jure prætorio, accepta bonorum possessione contra tab. Ideoque nihil omnino jure testamenti, quod repudiavit, præcipuum habere potest: nec enim est supplendum cum Accursio, eum legata præcipua non habere ultra virilem portionem, quia ne minimum quidem ex jure præcipere potest, quod omisit: ne minimum quidem ei præcipere licet, quia omittit causam testamenti, & sequitur causam intestati.

Ad L. IX. de Collat. bonorum.

Filius emancipatus intestati patris bonorum possessionem accepit: nepos ex eodem in familia retentus, semissem hereditatis cum emolumento collationis habebit. Idem nepos si postea possessionem intestati patris accipiat, fratri post emancipationem patris quæsito, & in familia retento bona sua conferre cogetur.

QUidam habebat filium emancipatum, & nepotem ex eo in potestate sua, in familia sua: mortuus est intestatus: morte ejus nepos factus est sui juris, quia non potest recidere in potestatem emancipati, §. 1. *Instit. quib. mod. jus pat. pot. sol.* Certum autem est mortuo avo intestato, ut posuimus, in successione ejus, neque præferri filium emancipatum nepoti, qui avo suus heres est, neque nepotem, quamvis sit avo suus heres, præferri filio emancipato, id est, patri suo, sed utrique simul dari bonorum possessionem, unde liberi, ex edicto novo *de conjung. cum emancip. lib. l. si quis ex iis, ff. si tab. testam. nullæ extab.* Cujus quidem edicti auctor fuit Julianus Jurisconf. *l. qui duos, inf. de conjung. cum emanc. lib.* Namque Julianus auctoritate Adriani & Senatus, prætoris edictum perpetuum redegit in ordinem atque composuit, *l. pen. C. de cond. ind. l. 2. §. si quid igitur, C. de vet. jur. enucl.* quod præter Eutropium etiam Aurelius Victor scripsit, is scilicet, qui nondum editus est longe diversus ab edito, & sunt ejus verba hæc: *Julianus*, inquit, *juris urbani præstans scientia, quippe primus edictum, quod varie inconditeque a prætoribus proferebatur, in ordinem composuit.* In eo autem componendo adjecit, quæ voluit ex auctoritate Principis ejusdem & Senatus, ut Digestis Tribonianus aspersit, quæ voluit ex auctoritate Justiniani, & inter cetera Julianus adjecit edictum illud novum de conjungendis cum eman-

emancipato liberis. Igitur in ſpecie propoſita per bonorum poſſeſſionem unde liberi, pater & filius bona communis parentis inter ſe partiuntur ex æquo, & non tantum communis parentis bona, ſed etiam patris emancipati bona propria, quæ habuit pater moriente parente communi, neque enim aliter filius emancipatus cum nepote ex eo retento in poteſtate avi, cui ſoli jure civili debetur tota hereditas avi, ſed jure prætorio filius emancipatus non aliter cum nepote filio ſuo, qui avo ſuus heres eſt, ſuccedit, quam ſi bona propria in commune redigat atque conferat, *il faut qu'l rapporte*: denique nepos ex eo ſemiſſem hereditatis avitæ habebit cum commodo collationis bonorum paternorum: hoc eſt, ſemiſſem bonorum avi defuncti, & ſemiſſem bonorum viventis patris. Nunc finge, ex eodem filio emancipato non tantum illum nepotem eſſe, quem avus retinuit in familia, ſed etiam alium nepotem, quem filius quæſivit poſt emancipationem, & in ſua familia habuit, & filium hunc mori inteſtatum, utrumque vero nepotem ejus tanquam patris ſui accipere bonorum poſſeſſionem unde liberi, quæritur an is, qui fuit in poteſtate avi, & nunquam fuit in poteſtate patris ſui, debeat alteri, qui fuit in poteſtate patris ſui bona propria conferre? & reſpondet, debere, quia hoc eſt conſequens & neceſſarium, ut frater, qui ſui juris eſt, etiamſi non emancipatione, ſed morte avi ſui juris effectus ſit, nec unquam fuerit in poteſtate patris ſui, bona tamen propria conferat fratri retento in patris poteſtate, ſi cum eo velit concurrere in ſucceſſione patris. Conſequens eſſe ait *l.1.in pr.* neceſſarium, *l.2.in pr.h.t.*

Ad L. V. de Collat. dotis.

Filius emancipatus qui poſſeſſionem contra tabulas accipere potuit, inteſtati patris poſſeſſionem accepit, atque ita filia quæ manſit in poteſtate, cum ejuſdem familiæ fratre heres inſtituta, poſſeſſionem inteſtati patris errorem fratris emancipati ſecuta, accepit: dotem ſcripto fratri conferre non cogetur: cum ea poſſeſſio fruſtra petita ſit, & filia fratris voluntatem fini virilis partis retineat: id eſt: ut omnes trientes habeant, & bonorum poſſeſſio unde liberi fingatur pro contra tabulas eſſe petita.

SCiendum eſt: filiam ſoluto matrimonio dotem profectitiam conferre fratribus emancipatis vel ſuis, cum quibus accipit patris bonorum poſſeſſionem contra tab. vel unde liberi, *l.4.C.de collat.* Quod eſt verum indiſtincte, ſive ſit ſua heres patri, ſive emancipata & extranea heres: ſemper debet filia fratribus ſuis dotem profectitiam conferre; ſi cum eis velit venire ad bona patris per bonorum poſſeſſionem unde liberi, vel per bonorum poſſeſſionem contra tab. Excipitur tantum unus caſus, ſi heres inſtituta ſit, & commiſſo edicto beneficio præteriti fratris acceperit cum eo, ut potuit, bon.poſſ. contra tab. & minus aut certe non plus tulerit ex bonorum poſſ. contra tab. quam habebat ex teſtamento patris; hoc caſu non confert dotem fratri, quia cum ex judicio, vel ex teſtamento patris pluſquam virilem portionem non habeat, nullo incommodo, nulla injuria fratrem adficit, & cauſa poſtulandæ collationis eſt injuria & incommodum, quo quis afficit fratrem, *l.1.§.pater, & §.ſeq.l.ſi filius, ſup.de collat. bonor.l.3. hoc tit.* Hoc cognito finge: qui habebat duos filios, unum emancipatum, alterum in poteſtate, & unam filiam æque in poteſtate, pro filia dotem dedit, deinde teſtamento filiam & filium retentum in poteſtate, heredes inſtituit ex æquis partibus, alterum filium emancipatum præteriit; Hic errore lapſus, cum putaret patrem inteſtatum deceſſiſſe, veluti ab inteſtato accepit bonorum poſſeſſionem unde liberi, cum debuiſſet accipere quaſi teſtamento præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Alter quoque frater & filia, qui teſtamento heredes inſtituti erant, acceperunt bonorum poſſeſſionem unde liberi, errorem ſecuti fratris emancipati, ut alii ab aliis ſæpe impellimur in eundem errorem; inde quæritur in hac lege, an filia fratribus dotem conferre debeat? Quod videtur, quia ſimul cum eis accepit bonorum poſſeſſionem unde liberi ab inteſtato, nec venit ex teſtamento patris. Verum ne error ei noceat & petitio agnitioque bonorum poſſeſſionis unde liberi, quæ etiam inutilis eſt, Papin. ait, eam perinde haberi, atque ſi commiſſo edicto per fratrem emancipatum præteritum, cum eo accepiſſet bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Ergo dotem non conferre debet, quia heres inſtituta eſt, *l.3.hoc tit.* & non plus, imo minus ex bonorum poſſeſſione contra tabulas, quam ex inſtitutione conſequitur. Nam ex inſtitutione habet ſemiſſem, ex poſſeſſione bonorum, trientem tantum, id eſt, virilem portionem, quia cum ſint tres fratres, bonorum paternorum faciendi ſunt tres trientes, ut ſinguli habeant trientem. Et hoc eſt quod ait, *filiam voluntatem patris*, ut legendum eſt, *non fratris, habentem, retinere fini virilis partis*, id eſt, ad finem trientis, non ad finem ſemiſſis, ex quo heres inſtituta erat. In conſuetudine Papiniano eſt ſic loqui, fini virilis partis, ut fini peculii, *l. debitor, de compenſat.* fini legitimæ uſuræ, *l.1.§.pacto, de pign.* fini quadrantis, *l.15.§.cum fideicommiſſum, ad leg.Falcid.* ut M. Cato de re ruſtica, cum agit de oleis, oleribus, & reliquis ſeminibus ſerendis; *Operito terra radicum fini.*

Ad §. Filia.

Filia quæ ſoluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit. Viri boni arbitratu cogetur uſuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat, & filia partis ſuæ fructus percipiat.

IN fine hujus legis oſtenditur, filiam, quæ poſt ſolutum matrimonium moram facit in dote conferenda fratribus, quibuſcum ſuccedit patri, petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, vel unde liberi, ex tempore moræ uſuras quoque dotis debere conferre viri boni arbitratu, qui locus eſt ſingularis. Et ait Papinianus, eam ex tempore moræ uſuras dotis conferre viri boni arbitratu, reſpiciens ad edictum, quo prætori jubet collationem fieri viri boni arbitratu, *l.2 §.de illis, l.ſi quis filium, §.ultim.ſup. tit. prox.* Æquiſſimum autem eſt & congruentiſſimum viri boni arbitrio, eam conferre uſuras dotis ex mora, cum & partis ſuæ, in quam ſuccedit patri, fructus percipiat. Eademque ratione filius emancipatus bona propria confert cum fructibus ex tempore moræ, quia & partis ſuæ fructum percipit: fructum percipiendorum ratio exigit, ut & viciſſim præſtentur uſuræ, vel fructus rerum, quæ conferendæ erant; ut in *l.curabit, C.de act.emp.l.Julianus, §.ex vendito, ſup.eod.tit.*

Ad L.XXXXI. de Oper. libert.

Liberatus qui operarum obligatione dimiſſus eſt, atque ita liberam teſtamenti factionem adſequutus eſt, nihilominus obſequi verecundiæ tenetur. Alimentorum diverſa cauſa eſt: cum inopia patroni per invidiam libertum convenit.

LIbertus qui libertatis cauſa operas patrono juravit, vel promiſit, operarum obligatione dimittitur, ſolvitur, liberatur, ſi eas redemerit a patrono ſtipulante quotannis promiſſo pretio, vel mercede certa pro operis, ex qua ſtipulatione proculdubio patrono pretii ſive mercedis operarum petitio competit. Verum ob eam rem quod pecuniam officio cariorem habuerit, ex l. Ælia Sentia patronus amittit jus patronatus, quod habuit in bonis liberti ex 12. tabul. vel ex leg. Julia & Papia, vel ex edicto prætoris, & libertus nanciſcitur liberam teſtamenti factionem, *l.4. & 6.C.eodem tit. l.ult. ff.qui & a quib.man.lib.non fiant. l.Julianus, tit.ſeq.* & in Conſtitutione Græca Juſtiniani *de jure patron.* quæ eſt *l.4.C.de bon.libert.* Ideoque libertus in teſtamento patronum impune præterire poteſt, etiam extraneis heredibus ſcriptis, quia nactus eſt liberam teſtamenti factionem.

Patro-

Patronus jus patronatus amittit vitio ſuo, quod pretium operarum prætulerit officio, id eſt, officialibus operis, non tamen amittit patronus ex hac cauſa etiam obſequia pietatis, honoris, reverentiæ, quæ ei libertus debet jure naturali, ſed nihilominus, ut eleganter ait Papin. hoc loco; debet libertus obſequi verecundiæ, id eſt, verecundiæ patronali, ut eſt in *l. ſi patronus, inf. de don.* Ab obſequiis autem Papinianus hoc loco ſeparat alimentorum præſtationem, ut in *l. ſi quis a liberis, §. utrum, ff. de lib. agnoſ.* Quoniam ſubjicit Papin. aliam eſſe cauſam alimentorum: neque enim patronus, ſi lapſus facultatibus ſe alere non poſſit, alendus eſt a liberto, quem obligatum habet in pretium, vel mercedem annuam operarum, *d. l. ſi quis a libertis, §. ſi quis a libertis*, ubi eleganter hunc libertum, qui redimit operas a patrono, & ſe eo nomine patrono obligavit ait, Marcellum exæquare ei, qui ſuis pecuniis, ſuis nummis redemptus eſt; utrumque habere liberam teſtamenti factionem, & non audiri patronum, ſive ab hoc, ſive ab illo ſe ali deſideret. Et hoc eſt quod ait Papinianus hoc loco, *Diverſam eſſe cauſam alimentorum*, diverſam ſcil. ab obſequiis; nam obſequia is libertus debet, non alimenta patrono, *quum*, inquit *inopia patroni per invidiam libertum convenit*, id eſt, cum liberto inops patronus, dum quæritur ſe ab eo non ali, apud omnes invidiam cumulat & facit; neque enim ideo magis invitus ei is libertus alimenta præſtabit. Nam ſufficere videtur patrono ad alimenta pretium, ſive merces operarum, cui præſtandæ libertus patrono obligatus eſt. Et hæc eſt perſpicua & vera interpretatio hujus legis, cui nihil refragari inde apparet, imo omnino cum ea conſentire *d. §. ſi quis a liberti*; cui item nihil refragari *l. 1. C. eodem tit.* ad eam adhibita congrua interpretatio & ſana monſtrabit aperte: ait *d. l. 1.* Solere conveniri inter libertum & patronum, ut pro operis aliquid præſtetur. Pro operis præteritis ſcilicet, ut Azo recte, & jam debitis. Et *aliquid*, veluti rem aliquam aut æſtimationem: nam aliud pro alio volenti creditori ſolvitur recte, *l. ſi quis aliam, ff. de ſolut.* Pretium autem operarum debitarum ſive præteritarum, quas indixit patronus, necdum præſtitit libertus, pretium, inquam, earum operarum de quo non convenit, ait eadem l. quaſi ex venditione ab invito liberto parato præſtare operas, quas debet, peti non poſſe; quia debitor aliud pro alio non ſolvit invitus, niſi ſcilicet uno caſu extra ordinem ad alendum patronum, ſi pecunia indigeat qua tueatur ſe toleretque vitam ſuam: non loquitur ea lex de pretio omnium operarum etiam præteritarum & futurarum, de quo convenit inter patronum & libertum venditis operis, quod conſtat peti poſſe, *l. 4. C. eod. tit.* Ceterum ob eam rem patronum amittere jus patronatus, & jus petendorum alimentorum, defectis aut everſis ſuis facultatibus. Præterea obſervandum eſt in hac lege Papinianum loqui de eo liberto, qui operarum obligatione dimiſſus eſt: maluit dicere *dimiſſus* quam *liberatus*, maluit uti ſpeciali quam generali nomine. Nam & ſtulta eſt gloſſa, quæ *dimiſſus* interpretatur *manumiſſus*, & in reliquis etiam omnibus ſuis ſimilis, præterquam in eo, quod timide uno loco adſerit, & ante probavi Papinianum ab obſequiis ſeparare præſtationem alimentorum: dimittitur libertus obligatione operarum a patrono, in vicem operarum ſtipulante pretium vel mercedem annuam pro operis; liberatur eadem obligatione aliis pleriſque modis, nec tamen, ut cum dimiſſus eſt ab ipſo patrono, adſequitur liberam teſtamenti factionem, ut ſi libertæ nuptiis conſenſerit patronus, liberta operarum obligatione liberatur, non jure patronatus, *l. ſicut hoc tit. l. 11. C. eodem tit.* Idemque eſt ſi libertus beneficio liberorum liberetur operarum obligatione. Nam ex *l. Julia* libertus, qui duos filios in poteſtate habuit, *natos, nataſve*, ſic lego in ipſa *l. Julia in l. qui libertinus, h. tit.* de qua in *l. 6. C. eodem tit.* a ſe natos, nataſve, quia adoptivi liberi non proſunt ad abſolutionem operarum; vel etiam eadem obligatione ex eadem lege Julia liberetur libertus, qui unicum filium quinquennem habet; nec tamen uſquam dicitur liberis ſublatis habere liberam teſtamenti factionem, quos poſtea forte amiſerit, cum tamen etiam amiſſi ex lege Julia ei proſint ad ſolvendam obligationem operarum. Et in liberto, qui quinquennio majorem filium habet, id etiam eſſe ſingulare Titus Livius ſcribit libro 45. ne in quatuor tribus urbanas cenſeatur & deſcribatur, ſed in ruſticas, quæ honoratiores erant, propter jus ſuffragiorum & honorum, & ſtipendiorum, & quod in eas eſſent deſcripti nobiles & ingenui homines: verba Livii hæc ſunt: *In quatuor urbanas tribus libertini erant deſcripti, præter eos quibus filius quinquennio major eſſet.*

Item operarum obligatione liberatur liberta, ſi ad eam dignitatem perveniat, ut inconveniens ſit & indecens eam patrono præſtare operas, ut puta, ſi Auguſta eam adſciverit propter ingenii elegantiam aut texendi peritiam, vel aliam induſtriam, vel egregiam formam, *l. interdum, hoc tit.* quo argumento Frederico Duce Suevorum, qui feudi nomine fidem alii domino debuit, facto Imperatore, cum quæreretur, an ea fide per dignitatem Imperii Fridericus ſolutus eſſet, quod videretur indignum, fidem eum exhibere alii domino, cui exhibent omnes, qua de re agitur in fragmentis feudorum ab Azone collectis & ſervatis: poſſet dici, ipſo jure per dignitatem & culmen Imperii eam feudi fidem intercidiſſe: at eadem aut ſimili ratione libertam ſolutam operarum obligatione nemo diceret, & patronum ejus jus patronatus amiſiſſe, eamque nactam liberam teſtamenti factionem. Non ergo omnis, qui quæve operarum obligatione liberatur, & liberam conſequitur teſtamenti factionem, ſed is tantum, qui ea liberatur pretio, vel mercede a patrono redemptis operis, quæ eſt ſententia hujus legis.

Ad L. XXV. Qui & a quib. man.

In fraudem creditorum teſtamento datæ libertates, prioribus creditoribus dimiſſis propter novos creditores irritæ ſunt.

CErtum eſt irritas eſſe libertates directas, quæ a debitore in teſtamento dantur in fraudem creditorum. At quid ſi debitor creditores, quos fraudare voluit, dimiſerit & abſolverit, ac deinde alios creditores novos, quos fraudare noluit, quum in teſtamento libertates dedit, habere cœperit, & eodem teſtamento manente, deceſſerit; an propter novos creditores libertates irritæ ſunt? Videntur non eſſe irritæ, quia non horum poſteriorum creditorum fraudandorum debitorum debitor conſilium iniit, ſed priorum, qui erant tempore teſtamenti, qui cum jam ſint dimiſſi & adimpleti, nec jam fraudati ſint, fraus omnis expuncta eſt, & abolita ſolutione, & in directis libertatibus teſtamento datis, non tantum eventus damni, ſed etiam conſilium fraudis exigitur, *l. 1. C. qui man. non poſſ.* Novi autem creditores, licet eventu fraudati ſint, quum hereditas ſolvendo non eſt, tamen ex conſilio & deſtinatione debitoris fraudati non ſunt, itaque libertates ratæ ſunt, & ita omnino eſt proditum in *l. 15. quæ in fraud. cred.* Aliud tamen ſenſiſſe Papin. videtur in hac l. Quamobrem notam huic ſententiæ Papiniani appoſuit Paulus, non eſſe eam veram, ſi ſimpliciter accipiatur, nec eſſe veram, niſi priores creditores, qui fraudati erant pecunia poſteriorum dimiſſi ſint, quo caſu poſteriores ſuccedunt in locum priorum, qui initio & conſilio & eventu fraudati erant: & ſi ſuccedunt in locum illorum, eodem ergo jure utuntur quo illi fuiſſent uſi, ſi dimiſſi non fuiſſent. Et extat hæc Pauli nota in *l. 16. inf. quæ in fraud. cred.* Et ſecundum eam notam ad hunc caſum hæc lex coanguſtanda eſt, nec generaliter accipienda, eamque vero ſimile eſt fuiſſe Papiniani mentem, maxime eum & idem placuerit optimis maximis Imperatoribus ſuis, *l. ait prætor, §. ita demum, inf. quæ in fraud. credit.*

Ad

Ad L. XV. de Muner. & honor.

Etfi filium pater decurionem effe voluit, tamen defuncto, honores, qui filio decurioni congruentes poft mortem patris obtigerunt ad onus coheredis filii non pertinent, cum ei decurioni fufficientes facultates pater reliquerit.

CErtum eft, patrem, cujus voluntate filius decurio factus eft quafi fidejufforem pro filio Reip. obligari, fi quid filius in Republica male gefferit, delato fibi honore aut munere aliquo publico, *l.2.l.17.§.filium, fup.ad municip.* Et non tantum patrem Reipub. obligari, fed etiam heredes ejus, *l.1.C.de decurionib.lib.*10. Quod utique verum eft, fi jam obligatio cœperit a defuncto, ut fi vivo patre honores, aut munera quædam publica congruentia B decurioni, filio delata fint, in quibus male verfatus fit. Nam fi quos honores poft mortem patris, vel munera fufceperit, quia eorum nomine nunquam fuit obligatus pater quoad vixit, nec ejus heres, *l.Lucius, §.idem refpondit heres, fup.ad munic.* Et multo magis in fpecie *h.l.*15. fi pater moriatur relicto eodem filio herede, & ei extraneo coherede adjecto, atque ita relicto filio idoneo patrimonio idoneis facultatibus; deinde poft mortem patris filio honores obtigerint, in quibus gerendis male verfatus fit, eo quidem nomine ex fua perfona ipfe tenetur, coheres ejus non tenetur, quia non eft hereditaria obligatio.

Ad §. Item qui Reip. Inft. de excuf. tut.

C TRes erant loci & omnes de tutelis in quibus auctores alii ex hoc libro fumpferunt auctoritates, fed ii jam a me fupra explicati funt. Addi tamen volo, quod eft etiam de tutelis in *§.item, qui Reip.Inft.de excufat.tut.*eum, qui cœpta tutela abeffe cœpit Reipub.caufa, excufari ab adminiftratione, quamdiu abeft: tutorem tamen effe non definere, ideoque nec tutorem, fed curatorem qui adminiftret interim in locum ejus dari, ut in locum ad tempus exulare juffi, *l.tutor petitus 28. §. ultim. fup. de excuf.tut.* Reverfum autem tutelæ adminiftrationem ftatim recipere, neque ab ea anni vacationem habere, quoniam, ut refertur eo loco Inftit. Papinianus in hoc libr.5.Refponf.ait, annum vacationis, qui datur abfentibus Reip.caufa, poftquam reverfi funt, pertinere ad novas tutelas, novave munera civilia, non ad eas tutelas, quas pridem cœperant, antequam peregre profi- D cifcerentur Reip. caufa, *l.10. & pen. fup. de excuf. tut.* pertinere annum, ut ait *l.10.* πρὸς μελλούσας καινάς.

JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIA.
In Lib. VI. Refponforum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Ult. ff. de jur. & fac. ignor.

Verba legis hæc funt: Impuberes fine tutore agentes nihil poffe fcire intelliguntur. E

NIHIL *poffe fcire* Papinianus diffolute dempta conjunctione, refpiciens ad folemnia verba cretionis, *heres efto, cernitove in diebus centum proximis quibus fcieris poterifque*; apud Ulpianum lib. reg. tit. 22. & Marc. Tull. 1. de oratore, vel etiam refpiciens ad edictum fucceforium, ex quo dies admittendæ bonorum poffeffionis ii tantum computantur quibus is cui delata eft hereditas, fcivit potuitque bonorum poffeffionem admittere, *l. 2. ff. quis ord. in bon.poff.ferv.l.1.de bon.poffeff.fur.* Quod perinde eft ac fi diceres: dies cretioni, five adeundæ hereditatis, & admittendæ bonorum poffeffionis effe utiles. Nam dies con-

A tinui etiam nefcienti cedunt. *l.genero, fup.de iis qui notant.infam.* utiles cedunt ei tantum, qui fcivit & potuit. Porro alia eft fcientia juris, alia fcientia facti: utram exigimus in eo, cui hereditas aut bonorum poffeffio delata eft, juris an facti, an utriufque? Conftat fcientiam tantum facti exigi, ut dies adeundæ hereditatis, vel admittendæ bonorum poffeffionis cedant, puta, ut fciat eum, cujus hereditas vel bonorum poffeffio defertur, effe mortuum, & fe heredem fcriptum, vel, proximum agnatum, vel cognatum effe, non currunt ei centum dies, *l.2.C.qui adm.ad bon.poff.* Scientiam juris non exigimus. Nam, etfi nefciat proximum agnatum vocari ad hereditatem inteftati, nihilominus ei dies cretionis five aditionis cedunt, modo facti ignarus non fit, *l.1.hoc tit. l.in bonorum, inf.de bonor.poffeffionibus.* Excipiuntur impu- B beres fine tutore agentes, id eft, qui fine tutore funt: iis enim non appofita, vel non interveniente tutoris auctoritate, dies non cedunt, quia nihil fcire, nihil poffe intelliguntur fine tutoris auctoritate: nihil fcire, id eft, non fcire factum, non fcire eum mortuum, & fe heredes fcriptos, quoniam hac in re fcientia juris non fpectatur, fed fcientia facti tantum: nihil fcire igitur, id eft, plane nefcire factum, nihil etiam poffe facere fine tutoris auctoritate, puta, adire hereditatem non poffe: capere confilium adeundæ hereditatis, quæ res eft & animi fimul, five confilii, & facti, *l.20.ff.de adq.her.* non poffe non appofita tutoris auctoritate admittere bonor. poffeff. ex edicto prætoris. Tutoris auctoritate fuppletur judicium confiliumque pupilli, *l.quamvis, §.infans, ff.de adq.poff.l. pupillus, de R.I.* Et ut municipes intelliguntur fcire, quod C fcit actor municipum, five curator Reip. *l.14.ff.ad municip.* quæ fententia pertinet etiam ad caufam hereditatis & bonorum poffeffionis, & confequenter cedunt dies Reip. quibus municipum actor fcivit delatam effe Reipub. hereditatem aut bonorum poff. ita pupillo cedunt dies, quibus tutor fcivit, & hoc eft quod ait *l.7.§.ult.de bon.poff.* Dies, (*) quibus tutor fcivit, cedere placet, pupillo nimirum. Et valet argumentum ab actore municipum ad tutorem, ut in *l.qui folidum, §.etiam de leg.2.* & a Rep. ad pupillum, & e contrario, *l.3.C.de jure Reip. lib.11.* Et conftat etiam pupillum tutore auctore poffe adire hereditatem & bon. poffeff. admittere, *d.l.7.§.pen. l. pupillus, ff.de adquir.her.* in qua etiam impuberes per fe, id eft, fine tutoris auctoritate, dicuntur nihil fcire, nihil poffe decernere: & decernere dicit, ut in *l. is qui* D *heres, §.ult.eod.tit.* quod veteres *cernere*: neque enim *cernere* eft, *fe cernendum dare*, five *facere, ut fe omnes cernant heredem effe*, ficut Varro ait, fed *cernere hereditatem* eft *decernere & conftituere fe hereditatem amplecti, & fe heredem effe velle*, ut quod veteres *cernere ferro*, quos Virg. eft imitatus, nunc dici *decernere* auctor eft Seneca 8. Epiftolarum: & refpiciens quoque Philoxenus in gloffis ad formulam cretionis, quæ eft apud Ulpianum, *cernitoque* interpretatur καὶ ἐγχειρησάτω: quod non eft facito, ut videant te effe heredem, fed amplectitor hereditatem & apprehendito. Valde notanda eft hæc interpretatio & fpecies, ad quam aptavi hanc Papin. fententiam his verbis, *poffe fcire*, acceptis ἀσυνδέτως: quoniam & palam in Bafilicis ponuntur συνδετῶς, δύνασθαι ἢ γινώσκειν: *Poffe vel fcire.* Aliæ namque funt fpecies five caufæ, quibus E pupillus etiam fcire intelligitur & poffe, puta, cum egreffus infantiam & pubertati proximus, committit in leges dolo malo: qua ex caufa etiam nonnunquam deportatur, vel in fervitutem redigitur, *§. item finitur, Inft.quib.mod.tut.fin.* vel ut ex XII. tab. apud Gell. 11. cap. 18. & Plin. 18. *Manifefto furto prehenfus, aut frugem aratro quæfitam furtim noctis paviffe vel fecuiffe convictus, Prætoris arbitratu verberatur.*

Quas pœnas utique non fuftineret, fi pro ignorante in iis caufis haberetur. Deinceps igitur hanc Papinian. fententiam referamus tantum ad caufam adquirendæ hereditatis vel bonorum poff. quæ verba illa diffoluta,

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.1. cap.43.*

accipienda pro conjunctis *poſſe ſcire*, demonſtrant, quandoquidem ad adeundam hereditatem, vel admittendam bonorum poſſeſſionem, dentur centum dies, quibus ſcierit quis potueritque: ſcierit mortem teſtatoris, & potuerit adire hereditatem.

Ad L. XXXV. de Ritu nupt. & L.XL. de Admin.tut.

Filiusfamilias miles. matrimonium ſine patris voluntate non contrahit.

JUſtæ non ſunt nuptiæ, quas filiusf. contrahit ſine voluntate patris, in cujus poteſtate eſt. Hoc eſt certiſſimum in pagano filiofam. an etiam in milite idem eſſet, dubitabatur, ut pleraque alia hoc ipſo libro idem auctor eleganter docet, contra reg. juris eſſe recepta favore, privilegio, jure militiæ, *l. centurio, ff. de vulg. ſubſtit. & l. 49. ff. de manumiſſ. teſtam.* At Papinianus definit hoc loco, nec filiumfam. militem juſtum matrimonium cotrahere ſine voluntate patris, ne privilegium militiæ porrigamus ad contemptum & injuriam patris, quia neque militia liberatur patris poteſtate, *§. filiusfam. Inſt. quib. mod. jus patr. pot. l. 7. C. de patr. pot.* Nec ideo minus obſequitur verecundiæ paternæ vel maternæ, *l. 1. ff. de obſeq. parent. præſt.* Et rurſus, non ideo minus alimentis parentibus, ſi egeant, præſtandis obſtringitur, *l. 5. §. a milite, ff. de lib. agnoſ.* Et in multis quoque aliis jus commune milites ſequuntur. Nam neque incertæ perſonæ poſſunt legare, *§. incertis vero, Inſtit. de leg.* neque ex eorum teſtamento legata debentur, niſi deducto ære alieno, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* Nec bonorum poſſeſſio militis ultra præſtituta tempora peti poteſt, *l. in fraudem, §. ult. de milit. teſtam.* Neque captatoriæ inſtitutiones in militum teſtamento ſcriptæ valent, *l. 11. C. de hered. inſtit.* Nec quicquam efficiunt teſtamento manumittendo ſervos contra l. Æliam Sentiam, vel aliam legem, *l. 3. de manumiſſ. teſtam. l. ſi a milite, §. 1. in fraudem, in princip. de milit. teſtam.* Nec in eorum teſtamento ſcriptæ conditiones jurisjurandi, vel conditiones inhoneſtæ recipiuntur, ſed remittuntur, *d. l. ſi a milite, §. pen.* Nec quod quis ſibi adſcripſit in teſtamento militis valet, *l. ultim. ff. de iis quæ pro non ſcript. hab.* nec intercidit fideicommiſſum a legatario relictum militis teſtamento legatario repudiante, *l. 9. ff. de uſufru. leg.* Nec valet a militibus facta alienatio teſtamento, vel inter vivos fundi dotalis contra l. Juliam. Miles ſequitur jus commune in tutoris datione. Et ſequitur in *l. 40. de adminiſtr. tut.* aliud, in quo etiam milites jus commune ſequuntur, puta, in tutoris datione: centurio teſtamento jure curatorem non dat filio impuberi vel puberi, ſicut nec paganus, *l. 6. ſup. de confirm. tut.* Sed datus decreto prætoris confirmari poteſt: quod ſi non fuerit confirmatus, & ideo nihil geſſerit, ceſſatio officii perperam injuncti & demandati teſtamento, ad periculum ejus non pertinet, quia neque dolus ea ceſſatio eſt, ſive contumacia, neque culpa vel ignavia. Nec obſtat privilegium quod militibus datum eſt, ut quoquomodo facta ab iis teſtamenta rata ſint, quoniam id privilegium non poteſt porrigi ad alienam injuriam: Fieret autem injuria curatori non jure dato, nec confirmato, ſi ceſſationis, quæ juſtiſſima eſt, ratio ei reddenda eſſet, qua ratione dicitur etiam militem non poſſe dare tutorem filio manenti in poteſtate avi, *l. 2. ſup. de teſtam. tut. l. cum filiusfamil. l. miles ita, §. nec tutorem, ff. de milit. teſtam.* Ne fiat injuria avo in cujus poteſtate nepos eſt ex filio milite, ne jus avi minuatur, quod fieret, ſi liceret patri ei nepoti tutorem dare. Privilegium quod datum eſt militibus, datum eſt conſtit. Principum, qui non ſolent ulla privilegia dare cum injuria cujuſquam, *l. nec avo, C. de emancip. lib. l. 1. Cod. Hermog. de teſtam.* Trajanus apud Plinium. *Privilegia injuria privatorum a me dari non ſolere*: & quo magis hoc confirmet addit Papinianus in hac lege, *privilegium illud teſtandi quoquomodo, quod militibus datur, propter imperitiam juris* ut eſt nominatim ſcriptum initio *tituli de milit. teſtam.* in *Inſt.* privilegium, inquam, illud habet tantum locum in bonis militum, ut ſi quid minus perite, minuſve legitime de bonis ſuis conſtituerint, rata ſit eorum ſuprema voluntas, data imperitiæ venia, quoniam jus militibus ignorare permiſſum eſt: non ſi quid oneris alii teſtamento impoſuerint minus legitime, ut ſi tutorem vel curatorem liberis ſuis non jure dederint, ſi filio quem non habent in poteſtate tutorem dederint: quia & tutela, ut eleganter ait *in fin. d. l. 40.* jure patriæ poteſtatis datur, non jure aut privilegio militiæ. Ideoque nec miles ei, quem non habet in poteſtate, jure tutorem dat, non jure injungit officium onuſve tutelæ alteri, ſi filium non habeat in poteſtate. Eſt lex elegantiſſima.

Ad L. Ult. de Iis, quæ in teſt. delentur.

Pluribus tabulis eodem exemplo ſcriptis, unius teſtamenti voluntatem eodem tempore dominus ſolemniter complevit: ſi quaſdam tabulas in publico depoſitas abſtulit, atque delevit: quæ jure geſta ſunt, præſertim ex ceteris tabulis, quas non abſtulit, res geſta declaretur, non conſtituentur irrita. Paulus notat, ſed ſi ut inteſtatus moreretur, incidit tabulas: ſed hoc approbarint hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, ſcriptis avocabitur hereditas.

CErtum eſt unum teſtamentum poſſe pluribus exemplis ſcribi, *l. unum, ſup. qui teſt. fac. poſſ. l. Sempronius, de leg. 2. l. ſi in duobus, ff. quemad. teſt. aper.* Sueton. in Tiberio *teſtamentum*, inquit, *ante biennium fecerat, alterum ſua, alterum liberti manu, ſed eodem exemplo.* Et ſic contractus ſolent ſcribi duobus authenticis, & cuique contrahentium dari ſuum authenticum, *l. qui tabulas, de furt.* & in pragmatica ſanctione Juſtiniani, quæ ſubjecta eſt Novellis Juliani c. 21. Quod ſi teſtamentum ſit pluribus tabulis ſcriptum, pluribus authenticis obſignatum, ſane unum eſt teſtamentum: nunc finge: Ex eis tabulis teſtator quaſdam depoſuit in publico, veluti in æde ſacra, aut in tabulario civitatis, vel ſanctuario Principis: deinde eas abſtulit & delevit vel incidit, an irritum eſt teſtamentum? Minime: ſi non ceteras tabulas, ex quibus res geſta declaratur, etiam delevit. Et hoc cum ſcripſiſſet Papinianus, Paulus notat, aliud eſſe dicendum, ſi probetur, eum eo animo unas tabulas deleviſſe & cancellaſſe, ut inteſtatus moreretur, cujus rei probatio exigitur a legitimis heredibus, qui vocantur ab inteſtato, quam ſi impleverint, proculdubio hereditatem evincent heredibus ſcriptis: evincent, inquam, legitimi heredes non fiſcus, ut in *l. 1. §. pen. ff. ſi tab. teſt. nullæ ext.* Si delevit, quod heredes ſcriptos judicaret indignos, fiſcus avocat hereditatem, ut *l. pen. hoc tit.* ſi heredes ſcriptos non judicavit indignos, ſed maluit inteſtatus mori, & hoc conſilio, animoque delevit vel intercidit, confregitque tabulas, legitimi heredes avocant hereditatem excluſo fiſco.

Ad L. LXX. de Hered. inſt.

Captatorias inſtitutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis adfectionibus judicia provocaverunt: ſed quarum conditio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis.

CAptatoriæ inſtitutiones, & captatoria legata, vel fideicommiſſa improbantur Senatuſconſulto quodam, ut patet ex hac lege, & ex *l. ſeq. & l. 1. in fin. ff. de iis, quæ pro non ſcript. hab.* non ex SC. Liboniano, ut Gloſſa ait, quod non eſt de captatoriis inſtitutionibus vel legatis, ſed de taſtamentariis, qui ſibi quid adſcribunt in alieno teſtamento, ſed alio quodam SC. Quæ autem ſint captatoriæ inſtitutiones Græci interpretes intellexerunt: ex Latinis nemo intellexit, id eſt, iſtam legem nemo ex iis intellexit præter Marianum Socinum juniorem: ceteri omnes captatorias inſtitutiones interpretan-

pretantur esse eas, quæ conferuntur in arbitrium alterius, veluti; ille mihi heres esto, quem Titius voluerit; quo genere, cum nihil captetur, plusquam manifestum est, captatoriam illam institutionem non esse vitiosam, tamen est non ex SC. quo vitiari diximus & improbari captatoriam institutionem, sed ex veterum Jurisconsul. sententia constantissima, ut ait *l.3.h.tit.* quia testamentum est sententia mentis, voluntatis, judicii nostri, non mentis, aut voluntatis, judicii alieni. Nam ut & Philosophi dicunt, motus animorum nostrorum non possunt consummari per motum alieni animi. Non sunt etiam captatoriæ institutiones, ut Papin. hoc loco, quæ mutuis adfectionibus judicia provocaverunt, ut cum duo se invicem heredes scribunt vel iisdem tabulis, vel suis quisque separatim; tu me tuis tabulis, ego te vicissim meis adfectione mutua, quia est in Novella Valentiniani de testamentis, non possunt dici captatoriæ institutiones, quas similis affectio & simplex religio testantium sine calliditate ulla provocavit: at captatoriæ institutiones definiuntur hoc loco, *quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* Conditionales igitur institutiones sunt, & si conditionales, conditio earum in futurum tempus confertur. Nam quarum conditio confertur in præsens vel præteritum tempus, proprie conditionales non sunt, *l. cum ad præsens, ff. de reb. cred. l. cum in fundo, ff. de inju. rupt. test.* quia ex eventu non pendent, sed earum eventus sive effectus statim exstitit, vel non exstitit, quia, ut Philosophi dicunt, omnis sermo collatus ad præsens, vel præteritum tempus, statim est verus aut falsus. Captatoria autem institutio confertur in id tempus, quo is qui testatur, heres scribetur vel instituetur testamento ejus, quem ipse heredem instituit. Nam secretum alienæ voluntatis hoc loco nihil aliud est, quam alienum testamentum. Secreta judiciorum in *l. si quis test. §. ult. ad leg. Aquil.* id est, testamenta. Exemplum vero hujus rei est in *l. 1. ff. de his, quæ pro non scrip. qua ex parte me L. Tit. in tab. suis heredem scribet, ex ea parte mihi L. Tit. heres esto.* Quod scribit, plane captat & ambit hereditatem L. Titii & hamum jacit, itaque tanquam captatoria institutio pro non scripta habetur SC. Inest his verbis conditio collata in testamentum alienum, ac si dixisset, *si me L. Titius heredem instituerit, L. Titius mihi heres esto.* Nihil vero refert, si quis captet alienam hereditatem, quo modo exposui, an alii, veluti hoc modo, *qua ex parte L. Titius Cajum heredem scribet, ex ea mihi heres esto, l. sequ. in fi.* Et hæc institoria tanquam captatoria inutilis est ex sentent. SC. Quid enim refert si quis captet vel aucupatur sibi, an alii? Item nihil refert, eum cujus quis sibi hereditatem captat, utrum sibi heredem instituat, an alium forte ei carissimum, veluti hoc modo; *qua ex parte me Luc. Titius heredem scribet, ex ea parte mihi Mævius heres esto.* Plus dico: Idem esse dicendum si quis alii hereditatem captet, necnon & alium sibi heredem faciat, quam eum, cujus hereditatem alii aucupatur & captat, vel hoc modo: *qua ex parte L. Titius Cajum heredem scribet, ex ea parte mihi Mævius heres esto.* Omnes hæ institutiones quas proposui, quasi captatoriæ, inutiles sunt ex sententia Senatusconsulti. Eleganter vero in Basilicis dicuntur institutiones factæ repensationis gratia χάριν ἀμειβόμεναι, id est repensandi futuri nondum accepti beneficii gratia. Nam quæ repensant jam acceptum beneficium, probatissimæ sunt: imo plerunque hereditates & legata nobis non sine causa obveniunt, ob meritum aliquod nostrum ut ait *l.9. pro soc.* Captatoria institutio est repensatio beneficii ante beneficium. Ab iisdem Basilicis captatoriæ institutiones dicuntur χάριν ἀμειβόμεναι, gratiæ repensatrices, ut loquitur etiam Electra apud Sophoclem, ὦ παντοίας φιλότητος ἀμειβόμεναι χάριν, ad filias Messenorum: Gratiæ, inquam, repensatrices, futuræ scilicet. Nam institutiones quæ fiunt gratiæ præteritæ referendæ & repensandæ causa, non sunt captatoriæ, nec senatusconsulto, ullave lege improbantur, veluti, *qua ex parte me L. Titius heredem scripsit, ex ea parte mihi idem Lucius Titius heres esto.* Vel, *Si me L. Titius heredem scripsit, idem mihi heres esto l. mulier, §. ult. de cond. instit.* vel hoc

A modo, *qua ex parte L. Titius Cajum heredem scripsit, ex ea parte mihi idem L. Titius heres esto.* Vel ut in *l. sequ. & in l. 2. hoc tit.* hoc modo, *qua ex parte me Titius heredem scripsit, ex ea parte Mevius mihi heres esto.* Unde non est auferenda vox *Mevius*, fateor: in quam me tamen suspicionem deduxit olim Antonii Augustini præstantissimi Jurisconsulti scriptum de captatoriis institutionibus, vel etiam hoc modo, ut omnibus exemplis superioribus collatis in futurum, paria reddam collata in præteritum utiliter, hoc inquam modo, *qua ex parte L. Titius Cajum heredem scripsit, ex ea parte mihi Mævius heres esto.* Omnes hæ institutiones ratæ sunt, & secundum hæc recte dicitur in *l. Clemens, §. ultim. hoc tit.* non esse captatoriam institutionem, si quis ita scripserit, *quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem,*
B *ex ea parte Sempronius mihi heres esto.* Nam institutio Sempronii confert in tempus exactum, in tempus præteritum, id est, in testamentum Titii ante factum. Recitationem autem futuram ejus testamenti, quod nullam prorsus injicit suspicionem captatoriæ institutionis, neque tamen aliter institutio Sempronii ad effectum perducitur, quam si is, qui Sempronium heredem fecit, testamentum Titii recitaverit, quia institutioni Sempronii inest conditio futuræ recitationis Titiani testamenti. Et observa quod dicitur in *d. l. Clemens, §. ult.* heres recitare testamentum, in quo heres scriptus est, & alii etiam nuncupare. Ambrosius 9. Epistol. *quomodo testamentum nuncupat, qui mortem testatoris negat?* Porro his exemplis apparet captatorias institutiones non esse eas, quæ ad præteritum tempus conferuntur, quia nec proprie con-
C ditionales sunt, ut captatoriæ, nisi alia conditio extrinsecus sit eis inserta, ut conditio recitationis testamenti in *d. l. Clemens*: & in iisdem exemplis institutionem non gratiam reposcunt ut captatoriæ, sed referunt, cum beneficium acceptum consequantur, non corripiunt aliena bona, sed sua promunt, non dant hereditatem suam in hamo sub conditione, si sibi & suam dederit is, quem heredem scripsit, quæ captatoria institutio est tincta viseo, ut Varro loquitur: & hoc modo captatorium legatum est, quod ita relinquitur: *quantum mihi L. Titius legaverit tantum ei do lego.* Non si ita relinquatur, *quantum mihi L. Titius legavit, tantum ei do, lego.*

Ad legem LXXVIII. de Hered. instit.

Qui non militabat bonorum maternorum, quæ in Pannonia
D *possidebat, libertum heredem instituit: paternorum, quæ habebat in Syria, Titium. Jure semisses ambos habere constitit, sed arbitrium dividendæ hereditatis supremam voluntatem factis adjudicationibus, & interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva Falcidia, scilicet ut quod vice mutua præstarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.*

PRimum responsum hujus l. est intellectu quidem facile, sed explicatu sane difficile, maxime in extremo, cum agit de Falcidia compensando eo, quod coheredes vice mutua præstarunt, adeo ut Ulpianus, qui cetera omnia ejus responsi diligentius interpretatus est in *l.35. sup. hoc tit.* omiserit eam partem extremam. Credo quod facilius intelligi quam verbis explanari possit: loquitur autem in eo responso Papinianus de testatore pagano, quoniam
E ait, *qui non militabat.* Cur de pagano? non quia ponit eum in instituendis heredibus separasse species bonorum, & alium fecisse heredem bonorum paternorum, alium maternorum, quoniam, quod de ejus voluntate initio statuit de partibus hereditariis, & de prælegatis, quæ invicem præstant heredes, idem servatur in milite, si miles alium fecerit heredem bonorum paternorum, alium maternorum, vel alium rusticorum, alium urbanorum, vel alium Italicorum bonorum, alium provincialium, ut in *l. certarum, in pr. ff. de milit. testam.* non etiam si alium bonorum castrensium, alium paganorum, ut in §. 1. *ejusdem l.* Sed si, ut ponitur in hac specie fecisse, paganus, vel miles alium, fecerit paternorum, alium maternorum heredem, idem servatur in milite, quod in pagano, quod ad por-

tiones hereditatum & prælegata attinet. Sed quod ponit ſpeciem in pagano, hoc ideo facit, quoniam in extremo loquitur de Falcidia, quæ habet locum in teſtamento pagani, non in teſtamento militis, *l. 12. de milit. teſtam. l. 7. C. a l leg. Falcid.* Et hæc eſt vera ratio, non quam Gloſſæ notant, quam refutat ſatis *d. l. ſi certarum, in pr.* Species autem hæc eſt: Paganus duos heredes inſtituit; primum bonorum paternorum, ſecundum maternorum bonorum. Paterna bona faciunt quadrantem, materna faciunt dodrantem totius hereditatis; fac hereditatem eſſe quadringentorum, & paterna bona facere centum, materna trecenta. Ipſo jure certarum rerum certorumve bonorum heredes inſtitui non poſſunt, neque a pagano, neque a milite, & qui ita inſtituti ſunt, ut propoſui, perinde habentur, ac ſi non adſcriptis rebus partibuſque certis heredes inſtituti eſſent. Sunt igitur ipſo jure heredes æquis partibus, & ſinguli habent ſemiſſem omnium bonorum, tam paternorum quàm maternorum, non ſpectata nec comparata invicem æſtimatione bonorum tam paternorum quam maternorum, ex quibus invicem heredes inſtituti ſunt, ut in *d. l. 35. & l. 10. h. t. & d. l. ſi certarum.* Verum, quod ipſo jure non fit, id eſt, ſubtili jure, officio judicis familiæ erciſcundæ, cognoſcentis inter eos de dividenda hereditate, fieri poterit, ut voluntas ſuprema teſtatoris impleatur. Primo adjudicatis bonis paternis in ſolidum, ſecundo bonis maternis, quod fieri tamen non poteſt, niſi quia ſinguli ipſo jure ſemiſſem habent in omnibus bonis, niſi primus ſecundo cedat, & præſtet ſemiſſem, quem habet in bonis maternis, & viciſſim ſecundus primo ſemiſſem, quem habet in paternis, quoniam vice mutua prælegaſſe ſingulis teſtator videtur, ſecundo partem, quam primus haberet in bonis maternis, primo partem, quam ſecundus haberet in bonis paternis. Proinde jure prælegati primus ſecundo præſtat centum quinquaginta, id eſt, ſemiſſem trecentorum, ſecundus primo præſtat quinquaginta, vel facta compenſatione ad finem concurrentis quantitatis, puta, quinquaginta, primus ſolus ſecundo præſtat centum: compenſatio pro præſtatione eſt. Atque ita quidem fit, ut bona materna ſecundus capiat partim jure hereditario, ſive jure inſtitutionis a ſeipſo, partim jure legati a coherede; & ſimiliter primus bona paterna ut capiat partim jure hereditario, partim jure legati. Verum officio ejuſdem judicis familiæ erciſcundæ cognoſcentis; cautionem ſibi invicem primus & ſecundus præbere debent datis fidejuſſoribus, hac formula; *quod amplius ceperint quam per legem Falcid. liceat, reddi.* Quæ ſtipulatio Falcidiæ dicitur in *l. 70. ad l. Falcid.* quia & prælegata patiuntur Falcidiam, *l. 15. §. pen. eodem tit. l. a coherede, C. eod. tit.* Poteſt autem fieri, ut poſt factas adjudicationes relictorum ſive diverſorum bonorum a teſtatore inter primum & ſecundum emergat l. Falcidia, poſtea emergente ære alieno, quod tum latebat, vel emergente onere legatorum prolatis codicillis, qui tum celabantur, vel emergente ſimul utroque onere æris alieni & onere legati, ideoque ſub incerto hanc ſibi invicem cautionem præbere debent ut ſi poſtea emergente Falcidia, alterum, alteri apparet prælegatum ultra dodrantem præſtitiſſe, id quod præſtiterit amplius ex ea ſtipulatione ſine cautione recipiat non eſt dubium de ea cautione: accipienda eſſe hoc loco hæc Papiniani verba: *interpoſitis cautionibus.* Idque patet ſatis ex *d. l. 35.* id eſt, commentario hujus reſponſi, in quo & Ulpianus, dum Papinianum producit teſtem, proculdubio hoc Papiniani reſponſum intellexit. Ait autem Papinianus, *has cautiones vice mutua eſſe interponendas propter actiones.* Quid hoc eſt, *propter actiones?* nimirum propter æris alieni perſonales actiones, ut loquitur *l. 1. §. ſi heres, ad Senatuſc. Treb.* id eſt, propter actiones hereditarias, quas emergentes poſtea creditores hereditati intendunt in heredes ſingulos pro hereditariis portionibus, id eſt, pro ſemiſſe omnium bonorum, non habita ratione rerum prælegatarum, quæ nec habenda eſt, quia æs alienum hereditatem ſequitur, non legata, vel prælegata *d. l. 35. l. 1. C. ſi cert. petatur.* Item propter actiones legatorum emergentium, poſtea prolatis co-

A dicillis diu celatis, quæ actiones hereditariarum loco ſunt, *l. hereditariarum, inf. de oblig. & action.* Nunc finge: His peractis apud judicem familiæ erciſcundæ ex inopinato emerſiſſe codicillos, in quibus erant ab heredibus primo & ſecundo extraneo legata 120. ſicut Gloſſa, quam poſtea valde approbamus, ponit ſpeciem, & extraneum egiſſe in heredes pro hereditariis portionibus, id eſt, pro ſemiſſe totius hereditatis, & ſinguli abſtuliſſe LX. atque ita recepiſſe ſuum, id eſt, CXX. & remanſiſſe apud ſecundum ducenta quadraginta, partim jure hereditario, partim jure legati; & ſimiliter apud primum remanſiſſe XL. partim jure hereditario, partim jure legati. Hoc caſu, quia primo ad Falcidiam ſui ſemiſſis qui eſt L. id eſt, quadrans ducentorum deſunt XXX. quia jure hereditario remanent apud eum XX. quæ tantum imputat in Falcidiam: non

B imputat autem in Falcidiam alia XX. quæ apud eum jure legati remanent, aut non cogitur imputare, *l. 15. §. pen. l. 32, in fine, l, in quartam, inf. ad leg. Falcidiam.* Ideo quæritur, an ſi ex ſtipulatione Falcidiæ repetat a ſecundo coherede ſuo XXX. quæ deſunt ſuæ Falcidiæ, ſummoveatur exceptione doli mali, quæ in ſtrictis judiciis æquitatem compenſationis inducit? *§. in bonæ fidei, Inſtit. de action.* Et verius eſt, eum ratione exceptionis doli mali debere compenſare pro modo concurrentis quantitatis XX. quæ a coherede jure prælegati vice mutua percepit, ea, inquam, XX. debere eum compenſare cum Falcidia, quam repetit a coherede, id eſt, ultro ea etiam XX. imputare debere in Falcidiam, ſi ſuum prælegatum retinere velit. Compenſatio eſt imputatio voluntaria, & contra imputatio eſt compenſatio neceſſaria. Ita vero primus a ſecundo repetet

C X. tantum ſupplendæ Falcidiæ gratia. Et hoc eſt, quod ait Papin. hoc loco, ſcil. *ut quod vice mutua præſtaret doli ratione quadranti retinendo*, id eſt, Falcidiæ retinendæ, *compenſetur.* Quorum verborum enarrationem omiſit Ulpianus *in d. l. 35.* qui tamen cetera omnia hujus reſponſi enucleate & diffuſe in ea l. executus eſt, & ad hæc quidem verba ultima hujus reſponſi quod appoſui exemplum, Gloſſa appoſuit rectiſſime, ſi modo CXX. quæ ponit deberi, dicamus deberi, quod totidem ſint in legatis, ut exigit etiam Gloſſa ſuperior ad illum locum, *propter actiones*, non quod totidem ſint in ære alieno hereditario. Nam ſi CXX. ſint in ære alieno, quia bona non intelliguntur niſi deducto ære alieno, non intelliguntur fuiſſe in bonis defuncti, niſi CCLXXX. ex quibus ſinguli, cum ipſo jure habeant ſemiſſem, id eſt, CXL. cujus ſemiſſis centum

D quadraginta videlicet Falcidia eſt XXXV. & primus ſecundo jure prælegati præſtiterit centum duntaxat, manifeſtum eſt apud eum reſidere XL. id eſt, quinque amplius Falcidia, quinque ſupra Falcidiam, & hoc igitur caſu locum Falcidiæ non eſſe. Et hæc ita Dynus recte & ſubtiliter diſtinxit primus: in ære alieno exemplum apponi debet alio modo, quam poſuerit Gloſſa, Finge; in hereditate credebantur eſſe CL. bona materna centum, paterna quinquaginta: ſecundus maternorum heres inſtitutus eſt, primus paternorum, & bonis eis adjudicatis officio judicis familiæ erciſcundæ ſecundum voluntatem defuncti, extitit creditor hereditarius, cui defunctus debuit centum, denique apparuit poſtea in ære alieno eſſe centum, quo detracto patet ſingulos ipſo jure heredes eſſe ex vigintiquinque, cujus portionis Falcidiam certum eſt eſſe ſex & quadrantem, quam

E tantum abeſt, ut habeat primus, ut detracto ære alieno a ſingulis pro ſemiſſe. i. quinquaginta a ſingulis detractis, nihil apud eum remanſerit, apud ſecundum remanſerint quinquaginta partim jure hereditario, partim jure legati: nunc ſi primus repetat ex ſtipulatione interpoſita Falc. a coherede, repellitur ratione doli; oppoſita compenſane ejus, quod a coherede vice mutua percipit: atque ita inſtitutio primi redditur inutilis. Hoc reſponſo explicato, debeo & volo eam rationem compenſationis quam inducit Papinian. aliis legibus confirmare, veluti *l. heredi, inf. de iis quib. ut indign. l. deducta, §. accepit. inf. ad Treb. l. Neſennius, l. filio, inf. ad leg. Falcid. l. filium quem, C. famil. erciſc.* nec non debeo earum omnium legum ſpeciem & ſententiam explicare, ſed leg. *heredi & l. deducta, §. acceptis*,

ptis, quoniam ſunt ex ſequenti libro Reſponſorum interpretationem differam in ſuum ordinem & locum: ceterarum ll. quia ſunt ex aliis auctoribus mihi interpretatio hoc loco præſtanda eſt: ac primo legis *Neſennius, inf.ad leg.Falcid.* Valde placebit ſpecies ejus legis quæ talis eſt; Mater quæ habebat filias tres, primam, ſecundam & tertiam, eas heredes inſtituit ex æquis partibus, ut ſingulæ haberent trientem, & a ſingulis legata invicem dedit, veluti a prima legavit ſecundæ & tertiæ præſtandas res quaſdam, aut pecunias, & viciſſim a ſecunda legavit primæ & tertiæ, rurſus a tertia primæ & ſecundæ, verum a prima etiam legavit extraneis, a ſecunda & tertia nihil legavit extraneis. Primæ portio, id eſt, triens oneratus eſt legatis, tam ſororibus, quam extraneis relictis. Subdividamus trientem illum primæ in duodecim uncias, & fingamus ab ea extraneis legatas uncias quinque & ſemunciam ſororibus totidem omnibus, igitur a prima fuiſſe legatas undecim uncias. Falcidia ejus portionis ſubdiviſæ in duodecim uncias eſt trium unciarum, in eam imputat unciam, quæ apud eam remanet jure hereditario, quia ab ea tantum ſunt legatæ undecim unciæ, nunc deſiderat adhuc duas uncias, quæ Falcidiæ deſunt: certum eſt eam poſſe unam detrahere ab extraneis, ſed quæritur, an etiam poſſit deſiderare, ut & unam unciam detrahat a ſororibus, a quibus & ipſa vice mutua legata percipit, & ſi poſſit eam unciam deſiderare ipſo jure, an ſubmovenda ſit per exceptionem doli mali, inducta compenſationis æquitate mutui prælegati cum illa uncia: & rurſus ſi ſubmovenda ſit exceptione doli mali, ut definiemus ſtatim, an eo caſu poſſit duas uncias quæ Falcidiæ ejus deſunt deducere ab extraneis? Et reſpondet poſſe quidem ipſo jure eam uti Falcidia etiam adverſus ſorores, quia id quod ab iis vice mutua percipit jure prælegati, non proficit legatariis, quo minus Falcidiam patiantur, id eſt, non imputantur in Falcidiam, ſed tamen repellitur exceptione doli mali ſi a ſororibus vice mutua jure prælegati acceperit unciam quam deducere deſiderat. Et hoc cum ita definiſſet Paulus in *d.l.Neſennius*, quærit, an cum nihil deducat a ſororibus, tunc deducere poſſit ab extraneis duas uncias, quæ ſuæ Falcidiæ deſunt? & reſpondet non deducere niſi unam unciam, hoc eſt, tantum quantum deduceret, ſi & ex legatis ſororum Falcidiam deduxiſſet; quoniam æquum non eſt, ut commodum, quod fert ex mutuo prælegato ſororum oneret extraneos, & augeat Falcidiam legatorum eis relictorum. Et hoc eſt, quod ait in *d.l.Neſennius*, primam non imputare extraneis integrum prælegatum, quod præſtitit coheredibus, id eſt, uncias quinque & ſemunciam, id eſt, id quod dediſſet ſororibus, ſi nihil ab eis vice mutua percepiſſet, & perinde igitur rem eſſe, ac ſi a ſororibus deduxiſſet unciam, & præſtitiſſet eis tantum uncias quatuor & ſemunciam, licet præſtiterit prælegatum univerſum, id eſt, quinque uncias & ſemunciam, ratione compenſationis Falcidiæ. Ratio compenſandæ Falcidiæ cum prælegato vice mutua percepto, quam inducit Papinian.in *l.78. de hered.inſtit.* confirmatur *l.Neſennius*, *ad leg.Falcid.* quam heri expoſui. Confirmatur etiam *l.filio*, *eod. tit.* cujus ſpecies hæc eſt: Pater vel mater filium & filiam heredes ſcripſit, ſic ea l. initio propoſuit ſimpliciter. Proponamus igitur etiam nos ſimpliciter, parentem filium & filiam heredes ſcripſiſſe, poſtea apparebit non ſcripſiſſe æqualiter, ut Gloſſa ait, ſed inæqualiter, ut eſt in Baſilicis, *ἀνίσως*. Singulis autem legata invicem dedit pater, quæ proprio nomine dicuntur prælegata & præcipua & præceptiones, ſed longe minus filiæ legavit quam filio, quia ſcil. filium heredem ſcripſit, exempli gratia, bonorum Italicorum, filiam bonorum provincialium, quæ longe minoris pretii ſunt ſeparatæ hæ ſpecies bonorum pro prælegatis accipiuntur, ut in *l.35.ſup.hoc tit.* At non tantum filiæ minus prælegavit, ſed etiam in bonis, quæ prælegavit filiæ, eſt domus creditori hereditario pignerata in centum, quam & filiæ legavit adjecto hoc onere, ut, ſi libertus filii ſui ea centum perſolveret, utrique domus eſſet communis filiæ & liberto filii. Ceterum non libertus, quia nec adverſus eum creditor ullam actionem habuit, ſed heredes, exigente, & urgente creditore ei ſolverunt centum pro hereditariis portionibus, & domum vinculo pignoris liberaverunt, quo ære alieno detracto, apparuit, quanta portio hereditatis eſſet. Finge: in hereditate fuiſſe ducenta, ſingulos igitur ipſo jure quaſi ſine partibus ſcriptos heredes fuiſſe in centum, cujus portionis Falcidia ſive quadrans eſt 25. Illud etiam apparuit deducto ære alieno, bona Italica, quæ filio relicta & ei adjudicanda ſunt, eſſe 180. bona provincialia quæ filiæ adjudicanda ſunt, eſſe 20. quamobrem filia dicit, ſe in damno verſari, nec habere integram Falcidiam ſemiſſis totius hereditatis, ex quo ipſo jure heres eſt, id eſt, non habere 25. integra, ſibi adhuc deeſſe 15. quia habet tantum jure hereditario decem, quæ imputat in Falcidiam, alia decem, quæ jure legati accipit a fratre jure ipſo, non cogitur imputare in Falcidiam, quia in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ jure legati, vel alio jure, niſi nominatim aliud caverit teſtator, ut ſi ideo dixerit, ſe legatum dare heredi, ut integra legata præſtaret, *l.quod autem,inf. ad leg.Falcid.* Et conſequenter filia ipſo jure recte poſtulat 15.a fratre, quæ ſuæ Falcidiæ deſunt, ſed repellitur per exceptionem doli mali, oppoſita compenſatione ejus, quod a fratre integrum jure prælegati accepit, aut ſane id a fratre prælegatum integrum non conſequetur, niſi & ipſa viciſſim ſoror fratri ſuum præſtet integrum, quoniam æquum non eſt, integrum ferre quenquam, quod viciſſim integrum referre vel inferre nolit. Et hoc eſt, quod ait *d.l.filio*, *FILIAM non aliter prælegatum quod ei datum eſt accepturam ſi Falcidiam expleat, quam ſi voluntati defuncti obtemperavit, fratri ſolidum prælegatum præſtando*. Vulgo etiam in Florentinis in ea lege corrupte legitur, *ſolvendum* pro *ſolidum*, ut recte notavit Alciatus 5. Parerg. Solidum eſt integrum prælegatum, intactum, illibatum, ſine imminutione Falcidiæ, quod univerſum dicitur in *l.Neſennius*. Igitur in ſpecie propoſita, decem, quæ vice mutua jure legati ſoror accepit a fratre, compenſant Falcidiam fini concurrentis quantitatis, & quinque tantum ſupplendæ Falcidiæ a fratre deſiderat. Et ita explananda ea lex eſt. Sequitur alia, qua eadem ratio compenſationis comprobatur, *l. filium quem*, *C. famil. erciſc.* omnium, quæ ſunt in Codice longe difficillima omnium quæ ſunt in jure pro ſua brevitate opulentiſſima juris, cujus ego ſpeciem & ſenſum veriſſimum & clariſſimum jam ſæpe profeſſus ſum me accepiſſe prima ætate a primo juriſconſulto, cujus vita omni laude confecta. Primum in ea lege, quod ait initio, *Filium quem habentem fundum*, deinde in fine: *Quod a ceteris in eo fundo ſolvitur ſup.quartam, habens reddere compellitur.* Eſt *σύλληψις* frequentiſſima in juris auctoribus, & in exteris quoque, quam plerunque generat longior verborum tractus, ut in eo plane non ſit laborandum: ſed neque in eo laborandum, quo jure filius fundum habuerit. Nam cum ſubjiciat ea l.filium partem prædii capere a ſemetipſo jure hereditario, partem a coheredibus jure legati, quæ varietas juris & poſſeſſionis propria in prælegato eſt, *l.eum qui*, *§.ult.ff. de iis, quibus ut ind.* Pluſquam manifeſtum eſt, filium habuiſſe fundum jure prælegati, ut & Joannes ſenſit recte, nec ſane aliter pertineret ea *l.ad tit. famil. erciſc.* ſub quo poſita eſt, quam ſi ſtatuas, filio fundum prælegatum eſſe, quia conſtat prælegata præſtari arbitrio judicis familiæ erciſcundæ cognoſcentis. Miſeri ſunt, qui vel jure peculii, vel jure neſcio quo retentionis, vel jure legati per vindicationem, vel alio, quam prælegati, filium habuiſſe fundum ariolantur. Et ſpecies l.hæc eſt: pater, qui habebat ſeptingenta in bonis, filios ſuos tres, numero primum, ſecundum, tertium, & extraneos quatuor, quartum, quintum, ſextum, ſeptimum heredes ſcripſit ex æquis partibus: & primo, cui forte eum princeps patris nomine donaverat, & ab omnibus heredibus fundum prælegavit dignum 28. Deinde eundem primum filium ſuum rogavit ſub conditione: *ſi navis ex Aſia veniret*, portionem ſuam hereditatis reſtituere fratribus, ſecundo & ter-

& tertio, & extraneis coheredibus quarto & quinto tantum, non etiam sexto & septimo. Portio cujusque facit centum, quoniam sunt septingenta in bonis, & omnes septem ex æquo scripti heredes sunt: Portio, inquam, cujusque facit centum, cujus Falcidia est 25. Fundum autem primus capit partim jure hereditario a semetipso pro parte septima, partim jure legati a coheredibus omnibus pro reliquis partibus: existente conditione fideicommissi, primus a quo duo fratres, secundus & tertius, & duo extranei coheredes, quartus & quintus, quod eis relictum est fideicommissum portionis primi petunt; is primus scil. Falcidiam ex fideicommisso deducere desiderat, juxta Senatusconsultum Pegasianum, vel hodie Trebellianum, ut dodrantem tantum suæ portionis restituat fideicommissariis, id est, secundo, tertio, quarto & quinto. Quæritur, quid in eam Falcidiam imputare debeat? Et certum est, jure eum in Falcidiam imputare partem tantum septimam fundi, quam a semetipso jure hereditario percepit. Et hoc est quod ait l. eum hereditariam partem fundi in quartæ ratione retinere, id est, imputare in Falcidiam. Denique cum fundus, ut posui, dignus sit 28. in Falcidiam imputat 4. hæc est septima pars fundi, quam a seipso capit jure hereditario. An vero etiam imputat in Falcidiam partes fundi, quas a coheredibus secundo, tertio, quarto, quinto, vice mutua percipit jure legati? Percipit autem a singulis quatuor ab omnibus, in summa sexdecim, & non imputat proprie a sexdecim in Falcidiam, sed compensat Falcidiæ retinendæ ex portione sua, quam etiam retinere desiderat, & deducere in restituenda ea portione. Junge nunc illa sexdecim, quæ a coheredibus, quibus rogatus est restituere portionem hereditatis, vice mutua percipit, & Falcidiæ compensat pro modo concurrentis quantitatis: junge, inquam, ea sexdecim cum illis quatuor, quæ jure hereditario a semetipso capit, & Falcidiæ imputat, fiunt 20. & desunt adhuc Falcidiæ quinque, quæ deducet ex portione hereditatis quam ex fideicommisso tenetur restituere coheredibus duobus fratribus suis, & duobus extraneis, residuum eis restituere compelletur, id est, nonagintaquinque At quid fiet reliqua parte fundi prælegati, quam capit a coheredibus sexto & septimo, quibus vicissim non est rogatus restituere portionem hereditatis: nam fundum prælegatum fuisse primo ab omnibus coheredibus initio recte proposui. Quid igitur fiet octo, quæ sunt residua in fundo, quæque accipit a sexto & septimo? Et sane, ut ea lex ostendit, ea octo, neque imputat Falcidiæ sive quartæ, neque compensat, sed ea habet supra quartam portionis suæ, sive supra Falcidiam, ut in *l.15. §.pen.inf. ad leg.Falcid.* dicitur, matrem heredem institutam ex parte fideicommissum sibi relictum percipere supra quartam portionis suæ, & *l.91.eod.tit.* in fideicommissaria hereditate restituenda, extra quartam id esse, quod heres oneratus fideicommisso a coherede accipit, jure legati videlicet, si non ei rogatus est hereditatem, sive portionem hereditatis restituere, sed extraneo. Ea igitur octo in specie proposita filius lucrifacit, & habet ultra Falcidiam, quia fideicommisso non continetur prælegatum, quum heres ex parte rogatur restituere partem sive portionem hereditatis, ut proponit de industria, *d.l.filium quem.* Nam si simpliciter rogetur restituere portionem, nullo alio adjecto, etiam prælegatum fideicommisso continetur, nec habetur supra quartam, *l.Marcellus, §.quidam, ff.ad Senatusc.Treb.* Idemque ostendit *l.1.in fideicommissaria §.ult.eod.tit.* ubi ponit, heredem institutum ex parte, cui dato legato rogatus est restituere portionem hereditatis alteri, non restituere, inquit, quia dixit, portionem hereditatis, id quod a coherede accipit jure prælegati, id est, prælegatum fideicommisso non contineri: id tamen quod capit a se ipso in re prælegata jure hereditario cadere in fideicommissum, ubi necesse est addas ex *l.filium, quem,* vel imputari in Falcidiam: denique portionem fundi prælegati hereditariam filius aut debet restituere fideicommissariis aut imputare in Falcidiam.

Ad §. L. Titio I.

Lucio Titio ex duab. partibus, Publ. Mævio ex quadrante scriptis heredibus: assem in dodrante esse divisum, respondi: modum enim duarum partium ex quadrante declarari. Quod veteres nummis Titio legatis; nummorum specie non demonstrata, ceterorum legatorum contemplatione, receperunt.

In specie secundi responsi h.l. proponitur: testator, tametsi omnis hereditas soleat distribui in duodecim uncias, quod hoc numero plerunque significetur universitas, ut ait *Aug.20.de Civ.Dei.* suam tamen hereditatem distribuisse in 9. uncias tantum, quoniam potest sane paterfam. qui de re sua testatur, in tot partes, quot voluerit vel plures vel pauciores hereditatem suam distribuere, *l.13.§.paterfamil. hoc tit.* At plerunque solemnis distributio hereditatis fit in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur, quod equidem omnes scire arbitror: quoniam prima res, quæ nota esse debet accedenti ad juris civilis studium, ea est distributio assis, id est *§.ult.l.50.hoc tit.* sive *§.hered.Instit.eod.tit.* aut certe totus liber Volusii Mætiani de distributione assis, cujus quidem assis duodecima pars est uncia. Siculum nomen, quo significabatur as unum, ut Julius Pollux scribit 9. Et ab uncia reliquas partes, non eadem ratione nomina imposita habere Varro scribit 4. *de lingua Latina*, sed alias nomen habere a quota parte assis quam heri didici ab uno ex vobis peritissimo hujusce artis Diophantum appellare, partem cognominem, ut sextantem a sexta parte assis; quadrantem a quarta: trientem a tertia; semissem a dimidia, id est, semi asse; alias vero nomen habere a numero unciarum, ut quincuncem & septuncem; quincuncem, quia numerus quinarius in asse partem quotam non facit, septuncem, quia, ut Remmius Polemo ait in poemate de ponderibus, quod dimidium superat, pars esse negatur, pars scil. quota vel cognominis: alias vero nomen habere a demptione partis, ut *bes*, quæ olim *des*, a demptione trientis, ut Ausonius ait:

Tertia defuerit si portio, quid reliquum? Des. Dodrans a demptione quadrantis, dextans a demptione sextantis, deunx a demptione unciæ.

Cum vero testator ita heredes scripsit, ut est in hoc secundo responso: *Primus ex duabus partibus, secundus ex quadrante heres esto*, assem videtur distribuisse in dodrantem, quia primus videtur institutus ex semisse, qui divisus in duas partes, duos quadrantes facit, & ita in ea heredum institutione duas partes ut accipiamus, comparatio quadrantis infra adscripti secundo declarat atque postulat, sicut nummis legatis, quo exemplo Papinianus utitur, id est, legato nummorum relicto, legato nummorum certo numero, ut in *l.si servus plurium, §.ult.ff.de leg.1.* Quoniam legatum nummorum, non adjecto numero, sane nullum & ridiculum est. Nummis igitur centum legatis, uni distincte & simpliciter, nummorum qualitate non demonstrata, deinde alii legatis quinquaginta nummis sestertiis, veteres juris auctores conjectabant & priori fuisse legatos centum nummos sestertios, ut in *d. l. si servus plurium, §.ult.* dicitur: *Summarum quæ sequuntur scripta spectanda esse, quotiens non apparet quales nummi ante alii legati sint, & l. nummis,* ita *de legatis 3.contextum testamenti spectandum esse*: & l. 44. *de manum. testam. Contextum totius scripturæ testamenti*. Sic igitur adscriptis primo duabus partibus simpliciter, spectanda est pars, quæ deinde specialiter & nominatim adscripta est secundo, quæ quoniam est quadrans, & primo duos quadrantes recte colligemus adscriptos, id est, semissem, atque adeo assem a testatore divisum in dodrantem, quæ divisio quadrantis minor est solemni & legitima divisione assis: verum ad eam legitimam divisionem assis, etiam ita heredes scripti ipso jure sive juris potestate revocantur servata eadem proportione, nempe dupla, ut altero tanto plus habeat primus, quam secundus, puta, besse adscripto primo, & triente secundo, quia paganus, de quo, ut primum responsum, & reli-

qua

qua hujus legis refponfa accipienda funt, partim teftatus, partim inteftatus decedere non poteft. Et fic in *d. l.* 13. §. *pater*, in duobus tantum heredibus fcriptis ex quadrante, as quidem divifus eft a teftatore in femiffem tantum, fed jure ipfo finguli heredes funt ex femiffe. Ac fimiliter primo fcripto ex femiffe, fecundo ex quadrante, as divifus quidem eft in dodrantem tantum, fed ipfo jure primus feret beffem, fecundus trientem, quia quantum de affe diminuit teftator, tantum ipfo jure accrefcit pro rata, id eft, ἀναλόγως, & fervata proportione geometrica, caufa teftati trahente ad fe caufam inteftati, ficut e contrario nonnunquam caufa inteftati trahit ad fe caufam teftati, ut in fpecie *l. pen. ff. de inju. rupto*.

Ad §. Filiis.

Filiis heredibus æquis partibus inftitutis, ac poftea fratris filio pro duabus unciis: unum affem inter omnes videri factum, placuit, & ex eo 10. *uncias filios accepiffe: tum enim ex altero affe portionem intelligi relictam, cum affe nominatim dato, vel duodecim unciis diftributis, refidua portio non invenitur. Nihil autem intereft, quo loco fine portione quis heres inftituatur, quo magis affis refiduum accepiffe videatur.*

DUo funt filii æquis partibus heredes inftituti, ac poftea filius fratris pro fextante, quæritur juris poteftate quantum filii habituri fint? Et recte refpondit Papinian. dempto fextante, qui filio fratris nominatim adfcriptus eft, ex eo, quod fupereft, id eft, ex dextante filios habituros æquas partes. Ne dicas *modum partium filiorum declarari ex fextante adfcripto filio fratris*, ut in fuperiori fpecie: quod fi verum effet, as videretur divifus in femiffem tantum, & juris poteftate omnes trientes haberent: fed ne hoc dicas, quoniam longe diverfa hæc fpecies a fuperiori eft. In illa primus fcriptus eft ex duabus partibus, in hac filii fcripti funt fine partibus, quoniam nihil intereft dixerim *filii æquis partibus heredes funto*, an *filii heredes funto*: quia & hoc fermone æquis partibus heredes fcripti intelliguntur; denique five hoc, five illo modo fcribantur, ex æquis partibus fcribuntur. In illa autem fpecie fuperiori affem teftator diftribuit in dodrantem tantum; in hac fpecie affem totum folemniter diftribuiffe intelligitur in 12. uncias. Ideoque in hac fpecie finguli filii ferunt quincuncem, filius fratris fextantem, qui adfcriptus ei eft. Ne etiam dicas, teftatorem in hac divifione exceffiffe 12. uncias, & filiis dediffe affem integrum æquis partibus, filio fratris ex altero affe, qui dupondium dicitur, ut affipondium pro affe, dupondium pro duobus affibus five 24. unciis, tripondium pro tribus affibus. Nam as, pondo, & libra, idem eft. Videtur igitur filio fratris ex altero affe dediffe fextantem. Qua ratione uteremur quidem, fi filii nominatim ex affe heredes effent fcripti, hoc modo: *filii ex affe æquis partibus heredes funto*, vel etiam, fi unus effet fcriptus ex femiffe, alter item ex femiffe nominatim, vel fi unus ex triente, alter ex beffe, quo genere totus as erogatur & diftribuitur: at non ita in hac fpecie filii fcripti proponuntur, fed fimpliciter fine partibus certis, quo cafu eadem ratione non utitur, ideoque fubjicit, *nihil intereffe quo loco fine partibus filii fcripti fint, priore an pofteriore*, ut in *l. quo loco fup. hoc titulo*, vel hoc modo fcilicet, *filii heredes funto, filius fratris ex fextante heres efto*: vel e converfo: *filius fratris ex fextante heres efto, filii heredes funto*, quia quocunque loco filii fcripti fint fine partibus, dempto fextante, omnino refiduum affis, id eft, dextantem accepturi funt, quæ eft fententia hujus refponfi: cui nihil obftat l. quam opponit Accurfius 47. §. 1. *fup. hoc tit.* In qua filia non proponitur heres fcripta fine parte, fed ex affe adjecto coherede poftumo vel poftuma, fi poftuma nafceretur ex quarta parte, id eft, ex quadrante, fi poftumus nafceretur ex dimidia, & quarta, id eft, novem unciis, ex dodrante, ut in *l. quidam, titul. feq.* & fi ex dimidia & ex fexta, id eft, ex beffe in *l.* 13. §. *pen. fup. hoc tit.* ex quo in teftamento Augufti apud Suet. *in fi. Augufti & in Tiberii c.* 25. legendum eft. *Auguftum Tiberium fcripfiffe ex dimidia & fexta, & Liviam ex* 3. male vulgo *ex dimidia & fextante*: quamvis idem fit, fed effet inepta locutio. Nam & ita M. Tullius 13. Epift. ad familiares.

Heres ex parte dimidia & tertia æs capito, id eft, ex dextante. Porro in fpecie dictæ l. 47. nato poftumo fiet divifio paternæ hereditatis inter filiam & poftumum pro ratione Geometrica, ita fcilicet, ut quia filia fcripta eft ex affe, poftumus ex alterius affis dodrante, id eft, filia ex 12. unciis, poftumus ex novem, quæ ratio eft fefquitertia, ut major etiam fit filiæ portio fefquitertia; id eft, ut quarta parte amplius habeat quam poftumus: nata autem poftuma, quia filia fcripta eft ex affe, poftuma ex quadrante, quæ ratio eft quadrupla, ut major fit filiæ portio quadruplo; poftumo vero & poftuma natis fimul, fimiliter quarta parte, ut major fit filiæ poftumi portio, poftumi autem quam poftumæ, ut major fit portio triplo: quia poftumus ex novem, poftuma ex tribus unciis proponitur fcripta, quæ ratio eft tripla, filia autem, ut habeat tantundem, quantum uterque poftumus & poftuma, puta, filia femiffem, poftumus trientem & femunciam, id eft, dimidiam unciam, poftuma fefquiunciam, id eft, unciam & femunciam. Et hæc eft fententia *l.* 47. cui quemadmodum abrogaverit Juftinianus in *l. cum quæftio, C. de leg.* & aliis plerifque legibus fimilibus, fimilem proportionem exacte fervantibus, Geometrica introducta ratione huic adverfa, quæ Arithmetica dicitur propter præfumptam voluntatem defuncti, ego fufius oftendi in *d. l.* 47. quoniam eft Africani.

Ad §. Ultimum.

Sejus Mævium ex parte, quam per leges capere poffit heredem inftituit: ex reliqua Titium fi Mævius folidum capere poterit: Titius adjectus aut fubftitutus heres non erit.

SPecies hæc eft: Sejus teftator ita heredes fcripfit, *Mævius ex parte, quam per leges capere poteris, heres efto: Titius ex reliqua parte.* Finge: Mævius folidum affem capere poteft, quid habebit Titius? nihil prorfus, quia nihil eft reliquum. Et ut excludat omnino Titium, ait, eum neque venire, ut adjectum, id eft, ut coheredem, ut in *l.*85. *ff. hoc tit. l. verbis, §. qui cum plures, tit. feq.* Nec venire ut fubftitutum, Mævio accipiente folidum. Sed fubjicitur ex eodem Papiniano, in eodem libro ex *l. feq.* fi non dixerit, *Titius ex reliqua parte heres efto*, fed hoc modo: *Mævius ex hac parte quam per leges capere poteris, heres efto, Titius heres efto*, & Mævius affem capere poffit, tantundem habebit Titius in altero affe, quantum habebit in primo Mævius, atque ita ratione revocata ad affem, id eft, dupondio revocato ad affipondium, finguli ferent femiffes: fed ut eft fcripta l. fequens & in Elorentinis, & in aliis plerifque, in ea eft manifefta commutatio perfonarum, quoniam pro *Mævius*, fcribendum eft *Titius*, & pro *Titius*, *Mævius*. Nec omittendum quod fubjicitur in *l.*80. ex eod. lib. 6. *Refp.* Si ut initio propofui, Mævius fit heres fcriptus ex parte, quam per leges capere poffet, Titius ex reliqua parte, & Mævius nihil omnino capere poffit ex ea hereditate, quafi in totum incapax, tum Titium vocari, ut fubftitutum Mævii in affem five hereditatem totam; licet ibi addere, vel vocari ut coheredem, nihil refert, in affem deficiente Mævio: Nam reliquæ partis appellatione etiam as continetur, ut in *l. Julia de refiduis*, refidui aut refiduorum appellatione totum continetur, *l.* 4. §. *hac lege, & §. feq. ff. ad leg. Jul. repet.* item in fpecie *l.* 2. *C. eod. tit. & l.* 95. *&* 160. *de verb. fignific. & l. cum optio, ff. de opt. leg.*

Ad L. XII. de Vulg. & pup. fubft.

Verbis civilibus fubftitutionem poft quartum decimum annum ætatis fruftra fieri convenit, fed qui non admittitur ut fubftitutus, ut adjectus heres quandoque non erit, ne fiat contra voluntatem, fi filius non habeat totum interim, quod ei teftamento pater dedit.

Verba

VErba civilia hodie non ambigitur esse verba directa, A veluti: *heres esto*, quibus adversa sunt verba precaria, veluti: *Rogo ut hereditatem illi restituas*. Dici non potest, quam multa scripserint interpretes, dum digladiantur inter se, & quærunt, quæ sint verba civilia, sed omnem dubitationem sustulit hodie Ulpiani liber regularum, in quo sub titulo de fideicommissis, fideicommissum definitur, *Omne quod non verbis civilibus, sed precative relinquitur*. Unde liquet verba civilia esse verba directa, legitima, imperativa, quibus leges uti solent, & testatores perinde ac leges, quum volunt: quia & testamentum lex est. Quamobrem recte dicam, hanc legem esse de substitutione pupillari a patre pagano facta verbis directis, filio impubere herede instituto ex asse, veluti in hunc casum & modum: *si filius heres erit & intra 25. annum vita excesserit, Mævius ei heres esto*: Nam quod quidam hanc B substitutionem, cujus formulam proposui, frustra non fieri dicunt, quod intra pubertatem moriente filio valeat, *l. in pupillari, hoc tit.* non pugnat cum hac lege: quæ frustra eam fieri non dicit intra pubertatem, sed post pubertatem moriente filio. Nihil igitur interest, incipiat substitutio a pubertate, hoc modo: *si filius heres erit & post 14. annum decesserit*, an comprehendat etiam pupillarem ætatem, ut supradicto modo: *si filius meus impubes heres erit, & intra 25. annum decesserit, vel intra 15. vel intra 20.* nihil refert. Nihil etiam interest ea substitutio fiat usque ad certam ætatem, ut in superioribus exemplis: an compendio, veluti hoc modo: *si filius heres erit & quandocunque decesserit*, non expressa certa ætate. Compendio est legendum in *l. precibus, C. de imp. & al. substitut.* id est, compendio orationis, ut in *l. Mævius, §. duorum, de leg.* 2. C Nam compendiosa substitutio in jure non dicitur: militaris etiam substitutio, quam formarunt recentiores, in jure non dicitur, sed militare testamentum tantum, & duæ sunt tantum directarum substitutionum species, sive fiant a pagano, sive a milite, & sive compendio fiant, sive expressim. Duo tantum sunt substitutionum casus, ut loquitur *d. l. precibus*: duo eventus, ut *l. 4. hoc tit.* duæ causæ, ut *l. cum ex filio, §. filio, hoc titulo*. Denique duæ substitutiones directæ, quia duo tantum earum casus, eventus vel causæ: casus primus, & casus secundus, ut est in *d. l. precibus*. Casus primus est casus non adquisitæ hereditatis, in quem fit substitutio vulgaris, nempe hic casus; *si heres non erit*. Casus secundus est casus adquisitæ hereditatis, in quem fit substitutio pupillaris, nempe hic casus, *si heres erit*: quæ fit pupillo tantum a patre, vel parente, in cujus D potestate est, quoad pubescat, & ad exemplum pupilli, etiam puberi mente capto, quoad resipiscat. Vulgaris substitutio est testamentum patrisfamil. Pupillaris substitutio est testamentum filiifamil. impuberis, vel mente capti, quod parens in cujus potestate est, ei fecit, nec enim queunt sibi facere testamentum propter ætatem vel mentis lapsum. Pupillaris autem substitutio verbis directis facta, illis tribus modis, quos retuli ante, a patre scilicet qui non militabat, filio impuberi heredi instituto ex asse, etiamsi longius quam pubertatis tempus comprehendat, expressim, vel compendio, tamen finitur pubertate: testamentum est quod finitur tempore, *d. l. in pupillari, hoc tit. l. si frater, C. de fideicommiss.* finitur, inquam, pubertate, adeo ut nec post pubertatem, licet a testatore in longius tempus producta sit, valeat jure fideicommissi, ut E Azo sensit recte. Aliis aliud judicium est, quorum sententiam male ab iis institutis Pontifices etiam in jus suum retulerunt, *c. Rainutius, ext. de testamen.*

At nullo jure eam substitutionem post pubertatem valere hæc lex demonstrat satis, dum ait, *eam substitutionem verbis civilibus post 14. annum ætatis*, id est, *post pubertatem filii, frustra fieri convenire*, id est, *constare inter omnes*. Constans hoc decretum omnium Jurisconsultorum. Nam substitutionem eam post pubertatem nullius momenti esse, articulus frustra demonstrat, quem familiare & amicum est Papiniano usurpare in re per omnia inutili & nulla, *l. fidejussor, de neg. gest. l. jure, l. qui tutelam, §. ult. de testam. tut. l. 5. de dot. coll.* & multis aliis locis. Frustra igitur, hoc est, neque in totum valere, neque in partem, ut mox subjicit in ead. lege, sed eo articulo etiam latius accepto, neque jure directo valere, neque jure fideicommissi. Cur non jure directo? quia non potest pater filio puberi heredi instituto substituere verbis directis in secundum casum, id est, ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres, *§. ult. Instit. de pupill. substitut.* quia faceret testamentum hoc genere ei, qui sibi potest facere, cum sit pubes: ea enim substitutio testamentum est, quod jure patriæ potestatis pater facit filio, sed filio tamen nequeunti per ætatem de re sua testari, id est, filio impuberi, proinde ejus testamenti finis est pubertas, *l. ex facto §. item quæro, hoc tit.* sicut Carbonianæ bonorum possessionis, quæ etiam pupillo datur, finis est pubertas, *l. 3. §. puberi, de Carbon. edicto*. Ejus inquam, testamenti finis est pubertas, quia filius pubertate adeptus est jus testandi, & nemo jure facit testamentum, aut jure dat heredem alii, qui sibi heredem facere potest.

Cur autem ea substitutio post pubertatem non valet jure fideicommissi? Quia pater noluit facere fideicommissum, id est, substitutionem precariam, quia verbis directis non precariis usus est: potuisset verbis precariis substituere filio puberi, & extraneo cuilibet hoc modo: *Heres esto, rogo te, ut si intra 25. annum, vel quandocunque decesseris, hereditatem Lucio Titio restituas*: rata est substitutio precaria, *l. coheredi, §. cum filio, hoc tit.* Sed pater quod potuit non fecit, & quod non potuit, fecit, ac proinde nihil egit. Nam & ita libertas data verbis directis, veluti, *liber esto*, servo alieno, quæ jure data fuisset verbis fideicomissi, verbis precariis, neque jure directo valet, neque jure fideicommissi. Eadem ratione lex *si servus §. si servus, de legat.* 1. Quo argumento usus est recte in hanc sententiam Raphael Cumanus, licet in servo proprio aliud sit, *l. generaliter, §. si servo, de fideicomm. lib.* Ut vero magis atque magis demonstraret Papinianus, eam substitutionem directam frustra fieri post pubertatem filii, subjicit, substitutum quandoque neque ut substitutum admitti ex asse, mortuo filio pubere, neque ut adjectum coheredem ex parte: imo multo minus admitti, ut adjectum coheredem, hac ratione, quia si ut adjectus coheres admitteretur in partem hereditatis, veniret etiam vivo filio contra voluntatem patris, qui filium interim dum viveret solidum habere, & heredem ex asse esse voluit. Et cum substitutus non admittatur mortuo filio post pubertatem, tametsi ut substitutus habeat voluntatem patris, multo minus admittetur ut coheres, quia ut coheres non habet voluntatem patris. Dubitari tamen poterat, qui non admittitur in assem, an admitti possit in partem saltem? qui non ut substitutus, an ut adjectus? ut in *l. qui non militabat, in fine, l. Lucius, sup. tit. prox.* Nam in specie *leg. si paterfamilias, & l. seq. sup. tit. prox.* substitutus vocatur in partem tanquam adjectus, & olim quoque quod etiam alii notarunt ex Ulpiano *lib. regul. tit.* 22. heres institutus his verbis: *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, & si non creveris, tunc Mævius heres esto*. Ita institutus heres non cernendo, sed pro herede gerendo in partem admittebat substitutum, unde etiam quæri poterat in specie hujus legis, an saltem in partem admitteretur substitutus post pubertatem? Verum in hac specie adeo inutilis nullaque substitutio est post pubertatem, ut neque in totum, neque in partem substitutum admittat, & neque jure directo, neque jure fideicommissi, ut supra dixi, salva Falcidia heredi legitimo, cujus rei etiam ex contrario manifestissimum argumentum præbet lex *centurio, hoc tit. & d. l. precibus*. Nam si privilegium militiæ, facit, ut substitutio a milite facta verbis directis post pubertatem valeat jure fideicommissi, consequens est, ibi eam non valere jure fideicommissi, ubi nullum est privilegium, ubi jus commune servatur, ut in testamento pagani. Et hac sententia nihil est certius: una tantum est lex, quæ adversus eam objici potest, *l. Scævola 76. ad Senatusc. Trebell.* Cujus species hæc est: Pater filium impuberem testamento ex asse heredem scripsit, & codi-

codicillis ei ſubſtituit in ſecundum caſum, hoc modo, *ſi heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, tunc ei primus, ſecundus, & tertius heredes ſunto*. Plures ſubſtitutos dedit, quos etiam inter ſe invicem iiſdem codicillis directo ſubſtituit in primum caſum, id eſt, vulgari modo: deinde mortuo patre, & filius mortuus eſt intra pubertatem ſuperſtite matre, quæ ſe agit pro herede filii ab inteſtato ex Senatuſconſulto Tertull. quia ſubſtitutio tam pupillaris quam vulgaris reciproca inutilis eſt, quoniam facta eſt codicillis, in quibus directo hereditas dari non poteſt ſecundum reg. juris, ſed teſtamento tantum, ergo ſubtili jure mater heres eſt ab inteſtato, & ſubſtitutio omnis, quæ ſcripta eſt codicillis verbis directis, nullius momenti eſt. At benigna interpretatione placet, matrem legitimam heredem filii, veluti ex cauſa fideicommiſſi ſubſtitutis obligari, ut deducta Falcidia, eis reſtituat filii hereditatem, & conſequenter placet ſubſtitutionem vulgarem, qua ſubſtituti pupillo invicem iiſdem codicillis ſubſtituti ſunt, jure fideicommiſſi ſuſtineri, & porrigi ad fideicommiſſum hereditatis filii quod a matre accipiunt, ut ſcilicet uno ſubſtitutorum mortuo, qui ſuperſunt totum occupent: quæ eſt ſpecies & ſententia legis. Et ſic videmus in ſpecie hujus legis, ſubſtitutionem pupillarem factam verbis directis, quæ jure directo valere non poteſt, propterea quod eſt ſcripta in codicillis, ſuſtineri jure fideicommiſſi: cur non, inquies, & in ſpecie hujus legis ſuſtinetur jure fideicommiſſi? Reddenda eſt ratio differentiæ perſpicuæ, quæ talis eſt, quoniam in ſpecie hujus leg. 7. ſubſtitutio egreditur pupillarem ætatem, quoniam proponitur ita facta; *Quandocunque filius deceſſerit, vel ſi intra* 25. *annum deceſſerit*: ſubſtitutio hæc palam egreditur pupillarem ætatem, plane egreditur finem pupillaris ſubſtitut. In ſpecie legis *Scævola*, non item, quoniam ita dixit, *ſi intra pubertatem decederet*. Ac præterea in ſpecie hujus l. 7. filius proponitur deceſſiſſe poſt pubertatem, atque ita ſubſtitutio prorſus evanuiſſe & expiraſſe: In ſpecie *l. Scævola*, proponitur filius deceſſiſſe intra pubertatem, & ne concidat omnino teſtamentum filii quod pater ei fecit, ſi moriatur intra pubertatem, teſtamentum ejus ſive ſubſtitutio, quæ non poteſt valere ut teſtamentum pupillare jure directo, valet ut codicillus pupillaris ab inteſtato, & propter pupillum: inter ipſos quoque pupilli ſubſtitutos valet ſubſtitutio reciproca, facta vulgari modo jure eodem. Quod ſi in ſpecie *l. Scævola* pupillus deceſſiſſet poſt pubertatem, ſane omnis ſubſtitutio intercidiſſet, nec ullo jure conſiſteret, quia ut teſtamentum, ita codicillos nemo jure poteſt facere alii qui ſibi ipſi poteſt facere: eſſet enim abſurdum quem puberi, & ſanæ mentis facere teſtamentum, vel codicillos, quod tamen contigeret, ſi mortuo filio poſt pubertatem diceres in ſpecie *l. Scævola*, hoc detracto, quod mortuus eſt poſt pubertatem, teſtamentum, quod ei facit pater, valere ut codicillos.

Ad L. XV. de Vulg. & pup. ſubſt.

Centurio filiis, ſi intra quintum & vigeſimum annum ætatis ſine liberis vita deceſſerint, directo ſubſtituit, intra quatuordecim annos etiam propria bona filio ſubſtitutus jure communi capiet: poſt eam autem ætatem ex privilegio militum, patris duntaxat cum fructibus inventis in hereditate.

QUod Papinianus dixit in *l. verbis civilibus, ſup.* quam expoſui ante, ſubſtitutionem pupillarem filio impuberi factam a pagano verbis directis, ſi puberem ætatem egrediatur, poſt pubertatem, nec in partem, nec in totum valere, & ut adjecimus, nec jure directo, nec jure fideicommiſſi; id nunc idem Papinianus in hac lege oſtendit in milite per omnia locum non habere. Nam ſi centurio filiis impuberibus, vel filio impuberi ſubſtituerit verbis directis in ſecundum caſum, hoc modo, *ſi intra* 25. *annum ſine liberis vita deceſſerit, mortuo filio intra pubertatem*, ait, jure communi, quo omnes utuntur, & pagani, & milites, ſubſtitutum capere etiam bona filii propria, quibus verbis ſignificatur, ſubſtitutum admitti jure directo, quo quidem jure non tantum capit bona patris, id eſt, quæ filius accepit a patre, ſed etiam bona filii propria, quæ ei poſtea obvenerit, *l. ſed ſi plures, §. a ſubſtituto, ſup. hoc tit.* Et hoc caſu nulla eſt differentia inter paganum & militem, quum filius mortuus eſt intra pubertatem. At mortuo filio poſt pubertatem, magna exiſtit differentia inter militem & paganum: nam ſi miles filio ſubſtituerit directo ultra pubertatem, ut in ſpecie propoſita, in ſecundum caſum. Poſt pubertatem mortuo filio, ait, ſubſtitutum ex privilegio militum, patris duntaxat bona capere cum fructibus inventis in hereditate, non bona propria filio. Privilegium militum, quod jus ſingulare eſt, opponit juri communi, & his verbis, *patris duntaxat bona ſubſtitutum capere cum fructibus inventis in hereditate*: plane ſignificat, ſubſtitutum non admitti jure directo, ſed fideicommiſſi jure. Nam ſi admitteretur jure directo, caperet etiam bona filii propria. At fideicommiſſo ſive ſubſtitutione precaria bona tantum patris tenentur, non bona filii propria. Quod manifeſtius apparet in filio exheredato, cui nihil reliquit pater, a quo fideicommiſſum relictum nullius momenti eſt, quia in cauſam fideicommiſſi ejus, qui fideicommiſſo oneratur, bona propria non veniunt, quod & aperte idem Papinianus ſcribit in *l. coheredi, §. quod ſi heredem, hoc tit.* & quod ait, ſubſtitutum etiam capere fructus inventos in hereditate patris, hanc rationem habet, quia fructus inventi in hereditate patris, bonis paternis adnumerantur & fideicommiſſo continentur, id eſt, ii qui maturi erant tempore mortis patris, vel ab ipſo patre percepti, & in horrea repoſiti, *l. 9. ff. ad leg. Falc.* Nec in contrarium quidquam moveri debemus *l. in fideicommiſſaria & l. ita tamen, §. 10. & l. poſtulante §. ultim. inf. ad Trebell.* quæ omnes leges fideicommiſſo fructus contineri negant, quoniam omnes illæ ll. loquuntur de fructibus, qui immaturi erant tempore mortis patris, vel qui ab herede ſati & percepti ſunt poſt mortem patris, antequam mora fieret fideicommiſſo. Ii non continentur fideicommiſſo, quia nunquam fuerunt in patris hereditate, quæ fuit tempore mortis. Quod ergo ait Papinianus in hac lege, ſubſtitutum filio mortuo poſt pubertatem capere tantum bona patris cum fructibus inventis in hereditate patris, hoc certiſſimum argumentum præſtat, eam ſubſtitutionem poſt pubertatem non valere directo, licet facta ſit directo, ſed valere quaſi fideicommiſſum: non valere ut directam, ſed ut precariam ſubſtitutionem: non valere jure communi, quo ſane poſt pubertatem nullo jure conſiſteret, ut docuimus in *d. leg. verbis*, ſed ex privilegio militum ſuſtineri jure fideicommiſſi. Et ita accipiendum eſt quod dicitur in *l. 5. & l. cum filiafamil. l. miles ita heredem, §. extraneo, ff. de milit. teſtam.* & in *l. teſtamento, in fi. C. eod. tit.* militibus ſcilicet proprio privilegio præmioque militiæ ſubſtituere licere etiam heredibus extraneis in ſecundum caſum, verum hoc jus exerceri in his duntaxat bonis, quæ a milite ad eum, cui ſubſtituit, pervenerunt, non etiam in his bonis, quæ heres habuerit propria, vel poſtea adquiſierit, nempe, quia ea voluntas militis jure tantum fideicommiſſi ſubſtinetur, & in fideicommiſſum tantum cadunt bona teſtatoris, & hoc evidentius eſt expreſſum in *l. precibus, C. de impub. & aliis ſubſtitut.* quæ tota hoc loco nobis perſpicue explicanda eſt.

Miles teſtamento filium impuberem heredem inſtituit, quem habuit in poteſtate mortis tempore, eique directo ſubſtituit; videndum eſt, quem in caſum ei directo ſubſtituerit, & duos eadem lex, ut & *l. Lucius inf. hoc tit.* docet eſſe directarum ſubſtitutionum caſus, qui & eventus dicuntur & cauſæ. Primum caſum non acquiſitæ hereditatis, in quem fit vulgaris ſubſtitutio, omnibus & ab omnibus teſtamenti factionem habentibus. Secundum vero caſum adquiſitæ hereditatis, in quem fit ſubſtitutio pupillo tantum a parente, in cujus poteſtate eſt, quoad pubeſcat, & exemplo pupilli etiam puberi mente capto, quoad reſipiſcat. Vulgaris ſubſtitutio eſt teſtamentum,

quo paterfamilias primo gradu heredum destituto & vacante, sibi alium heredem facit. Pupillaris est testamentum quod parens filio facit vel nepoti, quem habet in potestate nequeunti de re sua testari, propter pupillarem ætatem, vel propter insaniam. Itemque vulgaris substitutio finitur aditione hereditatis primo loco graduque scripti, vel creatione, vel etiam ex constitutione D.Marci pro herede gestione, ut Ulpianus refert *lib. reg. tit.* 22. Pupillaris autem, vel quæ ad imitationem ejus fit mente capto, finitur pubertate vel resipiscentia, & temporarium testamentum est, quod pater filio facit, & hæc de vulgari substitutione. Primum agitur id dict. *l. precibus*, similes filio impuberi, quem habet in potestate substituerit in primum casum, ita ut, si heres non existeret, Lucius Titius heres esset, & filius heres extiterit patri, ac deinde vita decesserit ante pubertatem, vel post pubertatem superstite matre, certi juris est, matrem filio ab intestato succedere ex Senatusconsulto Tertull. & substitutum omnino excludere, quia vulgaris substitutio exspiravit patris hereditatem amplectente filio, ut *l. 6. Cod. de imp. & aliis substit: l. 6. C. de legat. l.13. C.de fideicommiss.* Et constitutione divorum fratrum, quæ definit controversiam illam veterem, quæ fuit inter Crassum & Mutium in causa Curiana, quæ scilicet definit in vulgari substitutione, quæ fit filio impuberi, inesse tacitam pupillarem, & in hac vicissim illam, *l. 4. hoc tit. l. 4. C. eod. tit.* huic, inquam, constitutioni locus non est, si filio impubere defuncto supersit mater: nam etsi exspiraverit vulgaris expressa, tamen non exspiravit tacita pupillaris, cujus casus & conditio existit filio impubere defuncto: & tamen substituto venienti non ex expressa, sed ex tacita pupillari mater præfertur, ex sententia Papiniani comprobata in *l. ultim. C.de institut. & substitut.* Datum hoc est luctui & mœrori matris, ne quæ filium amisit, ex tacito quodam intellectu, tacitaque interpretatione, & bonorum filii damnum faceret. Et hoc est quod dicitur tacitam pupillarem non excludere matrem a beneficio Senatusconsulti Tertull. & e contrario tamen, tacita vulgaris, quæ inest expressæ pupillari excludit matrem, optima ratione, quia per vulgarem substitutionem, non filii, sed patris hereditas defertur, cui uxor legitima heres non est, & ita Accursius recte in *d. l.ultim.* Hæc de vulgari substitutione.

Quid autem dicemus si filio impuberi, quem habet in potestate, miles directo substituerit ultra pubertatem in secundum casum? *L. precibus*, censet non esse distinguendum ei in secundum casum substituerit usque ad certam ætatem, veluti, *si intra 25. annum vita decesserit*, an vero substituerit compendio, id est, compendio orationis, non expressa certa ætate, puta hoc modo: *quandocunque decesserit filius meus, L. Titius heres esto*: nam sive hoc, sive illo modo substituerit, mortuo filio intra pubertatem superstite matre, ex eadem lege dicemus, substitutum, si velit adire filii hereditatem ex testamento, ex substitutione pupillari, præferri matri, quæ jure legitimo ab intestato contendit, se filii heredem esse, quia legitima successio cedit testamentariæ, *l. quandiu, inf. de adquir. hered.* At filio mortuo post pubertatem superstite matre, quia substitutio pupillaris post pubertatem jure directo non valet, mater ab intestato ipso jure filio succedit, sed ex privilegio militum veluti ex causa fideicommissi mater substituto hereditatem sive bona patris duntaxat restituere tenetur, etiam non deducta Falcidia, quia lex Falcidia in testamentis militum locum non habet, veluti ex causa fideicommissi: hæc sunt verba legis *precibus*, quæ non similitudinem faciunt, sed approbationem & confirmationem hujus sententiæ, ut substitutio, quæ in secundum casum a milite filiofamil. verbis directis facta est in longius tempus, id est ultra pubertatem, ultra suum finem ex privilegio militum valeat jure fideicommissi: in bonis igitur patris duntaxat, quæ filius testamento patris consequutus est. Bona enim quæ post mortem patris sibi proprie adquisivit, mater retinet ab intestato, nec restituit: si post pubertatem ex privilegio militum substitutio valeret

A jure directo, nihil retineret mater, alioquin fieret injuria filio, in cujus arbitrio est, postquam egressus est decimumquartum annum de re sua testari, vel non testari, videlicet si testamentum ei pater veluti privilegio quodam militis faceret, & præriperet ei libertatem testandi. At privilegia militum non oportet porrigi ad alienam injuriam, *l. impuberi, sup. de administ. tutor.* In hac igitur quæstione hic terminus hæreat, substitutionem in secundum casum verbis directis filio impuberi agenti in potestate a patre pagano, vel milite factam ultra puberem ætatem expressa certa ætate, vel in infinitum, compendio orationis, filio mortuo intra pubertatem valere jure directo, & substitutum occupare omnia bona propria & paterna. Filio autem mortuo post pubertatem, a pagano factam substitutio-
B nem nullo jure consistere; substitutum nihil ferre, a milite factam, jure fideicommissi sustineri. Et ideo substitutum ferre bona paterna, sed hæc sola, non etiam bona filii propria: communis interpretum definitio hæc est. Eam substitutionem post pubertatem, si facta sit a pagano, valere jure fideicommissi: si a milite, valere jure directo: qua sententia nihil est ineptius, & tamen ut dicebam nudiustertius, Pontifices eam in jus suum retulerunt, sed eorum non est magis verum atque hoc Papiniani responsum quod proponitur in *l.verbis civilibus, & in hac leg. centurio*. Et liquet etiam aliam pene similem, sed in contraria specie differentiam esse inter paganum & militem ex *l. Antoninus, ff. de fideicommissar. libert. l.neque, §.ult.& seq.inf.de milit.testam.* Primum in hac specie contra rationem fit ex privilegio militum, ut quod fidei-
C commissum non valet, jure fideicommissi, sustineatur jure directo, in pagano nullo jure: species hæc est: Miles heredem instituit, eique substituit in primum casum, vulgari modo, & tam ab herede instituto quam a substituto, servo libertatem & hereditatem dedit per fideicommissum. Post, heres institutus & substitutus uterque subita morte perierunt, antequam adirent hereditatem: ergo ipso jure nihil ex iis, quæ testamento scripta sunt, valet, & libertas igitur corruit fideicommissaria, & hereditas cum libertate data per fideicommissum. Sed tamen ex privilegio militum decrevit Anton. libertatem & fideicommissariam hereditatem tuendam esse, ac si fideicommisso data esset: nec tamen idem dici possit in pagano, quod ad hereditatem fideicommissariam attinet, quia intercessisse intelligitur non adita hereditate ab instituto, vel substituto, sed
D tamen etiam in testamento pagani Antoninus confirmavit libertatem tantum, quæ est species *d. l. Antoninus*.

Ad Legem XXIII. de Vulgari & pupil. substitut.

Qui plures heredes instituit, ita scripsit: eosque omnes invicem substituo: post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum defuncto si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit: quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur. Ubi enim quis heredes instituit, & ita scribit, eosque invicem substituo: hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt.

E IN hac lege proponitur species hujusmodi: Quatuor extranei heredes instituti sunt primus, secundus, tertius & quartus. Iidemque invicem substituti sunt his verbis, *eosque omnes invicem substituo*, quæ est substitutio vulgaris mutua & reciproca, ut ait, *l. 4. hoc tit.* Primus, secundus & tertius hereditatem adierunt, & post aditam hereditatem tertius vita decessit, & portionem suam transmisit ad heredem suum: deinde quartus portionem suam repudiavit post mortem tertii. Quæritur, quarti portio an ex substitutione reciproca non tantum pertineat ad primum & secundum heredes superstites, sed etiam ad heredem tertii vita defuncti. Et respondet Papinianus, ad solos heredes superstites pertinere pro rata partium, ex quibus instituti sunt, ad primum scilicet & secundum, qui directo & principaliter testatori heredes

exti-

extiterunt, non etiam ad heredem tertii, qui non principaliter, ſed per ſucceſſionem teſtatori heres extitit. Et reſponſi ſui hanc rationem reddit Papinianus, quoniam invicem in omnem cauſam ſinguli ſubſtituti intelliguntur: non dicit ſingulos eſſe ſubſtitutos invicem, & in utramque cauſam, id eſt, & in primum, & in ſecundum caſum, quia ſecundus caſus, ſive ſubſtitutio pupillaris non cadit in extraneum, ſed hoc dicit: ſingulos videri ſubſtitutos in univerſam ſive totam cauſam ſubſtitutionis vulgaris ſine ulla diminutione, vel reſciſſione, vel concurſu alterius, quam ejus, qui directo ex teſtamento teſtatori heres extitit, quia, ut ſubjicit: *Ii tantum ſubſtituti videntur, qui heredes extiterunt*; directo ſcilicet & principaliter, id eſt, qui in teſtamento heredes ſcripti ſunt & portiones ſuas adquiſierunt, *l. coheredi §. 1. inf. hoc tit.* non etiam heredes heredum. Heres heredis non eſt directo ſive principaliter heres teſtatoris, *l. ultim. ff. de legat. 3.* non eſt proximus heres, *l. ſciendum, de verbor. ſignificat.* non eſt heres ex teſtamento, vel ex judicio teſtatoris, *l. 8. §. ult. hoc tit.* Ergo ii ſolum vocantur ex ſubſtitutione vulgari reciproca recurrente & commeante, qui teſtatori ex teſtamento principales & proximi heredes extiterunt. Spes ſubſtitutionis non tranſmittitur ad heredem, *l. quoties, ff. de adquir. hered. l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legit.* Ratio ſumenda eſt ex veteri regula, quia hereditas vel hereditatis portio non adquiſita ex inſtitutione vel ex ſubſtitutione ad heredem non transfertur, ne ſcilicet plus juris transferatur in heredem, quam defunctus habuerit, & ita hoc Papiniani reſponſum cum ceteris fere omnibus interpretibus libenter accipio, qui tamen rationem Papiniani ne attingunt quidem, in qua tota vis conſiſtit legis ſive reſponſi. Et libenter ita accipio hoc reſponſum, quod videam & omnes idem, in eadem ſpecie reſpondiſſe Paulum in *l. Lucius, §. ultim. hoc tit.* Quidam Germani aliter hoc reſponſum accipiunt, nempe ut dicant, uno ex pluribus heredibus inſtitutis & invicem ſubſtitutis defuncto, priuſquam adiret hereditatem, eos ſolos in portionem ejus venire, qui adierunt, non etiam eum, qui repudiavit, ſpecie poſita hoc modo. Qui primum, ſecundum, tertium, quartum heredes inſtituit, ita ſcripſit: *eoſque omnes invicem ſubſtituo*: primus & ſecundus adierunt hereditatem, tertius mortem objit priuſquam adiret hereditatem, atque ita conditio ſubſtitutionis vulgaris extitit: quartus autem repudiavit partem ſuam, atque ita etiam in partem quarti conditio ſubſtitutionis vulgaris extitit: de quarti parte qui repudiavit, quid fiet? dicunt non quæri in hac lege, ſed de parte tertii mortui ante aditam hereditatem, utrum ſcilicet tota pertineat ad coheredes, primum & ſecundum, puta, qui adierunt, an etiam ad quartum qui repudiavit. Et Papinianum dicunt reſpondere, nihil ex portione tertii ad quartum pertinere, qui repudiavit, ſed ad primum tantum & ſecundum, qui adierunt, totam portionem tertii pertinere pro rata, & quo magis verborum diſpoſitio congruat huic ſenſui quem adſtruunt, mutant interpunctionem, & veriſſimum quidem id eſſet reſponſum. Sed non ita in hac lege ponendam eſſe ſpeciem liquet ex eo, quod Papinianus ait, unum ex iis, qui adierunt defunctum, illi perperam defunctum ante aditam hereditatem. Et quod ſuperſtites heredes Papinianus opponit defuncto heredi, nimirum quia controverſia fuit inter heredes defuncti & ſuperſtites heredes teſtatoris: illi perperam ſuperſtites opponunt ſuperſtiti, id eſt, ei qui repudiavit, de cujus etiam parte non fuit cur minus quæreret Papin. quam de parte mortui ante aditionem, neque vero, ſi ea fuiſſet ſpecies, etiam de ea omiſiſſet quærere. Itaque permaneamus in ſuperiori interpretatione.

Ad L. XLI. Eod.

Coheredi ſubſtitutus, priuſquam hereditatem aditet, aut conditio ſubſtitutionis exiſteret, vita deceſſit: ad ſubſtitutum ejus, ſive ante ſubſtitutionem, ſive poſtea ſubſtitutus ſit, utraque portio pertinebit: nec intererit, prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante decedat.

A SPecies primi reſponſi hæc eſt: Qui primum & ſecundum heredes ſcripſit, ita eis ſubſtituit in primum caſum, vulgari modo: *ſi primus heres non erit, ſecundus in partem locumque ejus heres eſto, ſi ſecundus heres non erit, L. Titius heres eſto.* Secundus vita deceſſit, antequam hereditatem adiret, & antequam conditio ſubſtitutionis exiſteret, id eſt, antequam primus repudiaret hereditatem; vel moreretur ante aditam hereditatem. Deinde primus repudiavit, vel vita exceſſit, non adita hereditate. Papinianus ait, ad L. Titium, qui ſecundo ſubſtitutus eſt, pertinere non tantum portionem ſecundi, ſed etiam portionem primi, cui ſecundus ſubſtitutus fuit, quaſi ſubſtitutus primo & ſecundo ſubſtitutus eſſe intelligatur, & hoc eſt quod dicitur, vulgo, *ſubſtitutum ſubſtituto, eſſe inſtituto ſubſtitutum*, ut *l. ſi Titius, ſup. hoc tit.* Quod & in *Inſt. tit. de*
B *vulg. ſubſtit.* dicuntur Severus & Anton. reſcripſiſſe ſine diſtinctione: quid ſit ſine diſtinctione Papinianus declarat in hoc reſponſo. Nempe, quia nihil intereſt L. Titius ſubſtitutus ſit ſecundo, antequam ſecundus ſubſtitueretur primo, an poſt ſubſtitutionem ſecundi factam primo. Item, quia nihil intereſt, ſecundus poſt primum moriatur an ante primum. Videbatur Luc. Titius non eſſe ſubſtitutus in utramque partem, niſi quum erat ſubſtitutus ultimo loco poſt ſubſtitutionem ſecundi, ut propoſui exemplum; ſed idem eſt, ſi fuerit ſubſtitutus primo loco ante ſubſtitutionem ſecundi hoc modo: *Primus & ſecundus heredes ſunto, ſi ſecundus heres non erit, L. Titius heres eſto, ſi primus heres non erit, ſecundus heres eſto.* Et rurſus videbatur L. Titius non admitti in utramque partem, in ſecundi partem, niſi ſecundo
C moriente vel repudiante poſt primum, id eſt, poſt delatam ſecundo portionem primi. Sed idem eſt, ſi ſecundus moriatur ante aditam hereditatem, vel repudiet ante primum. Et in ſumma: Non ſpectato ordine ſcripturæ vel ordine ſucceſſionis deficiente primo & ſecundo L. Titius jure ſubſtitutionis utriuſque partem capiet. Et hæc in vulgari ſubſtitutione, per quam heres teſtatori conſtituitur: nam in pupillari ſubſtitutione, per quam heres conſtituitur pupillo non teſtatori, ordinem ſucceſſionis ſpectari, & diſtinctionem adhiberi pro ratione ſucceſſionis oſtendit *l. qui habebat, hoc tit.* cujus ſpecies neceſſario explicanda eſt. Pater, qui habebat filium & filiam impuberes, filium heredem inſtituit, filiam exheredavit: filio in ſecundum caſum ſubſtituit filiam, ita
D ut ſi intra pubertatem decederet, filia ei heres eſſet, filiæ autem exheredatæ (certum eſt exheredatæ, vel exheredato fieri poſſe ſubſtitutionem pupillarem, fieri poſſe teſtamentum uſque ad pubertatem, *l. ſed ſi plures, §. ad ſubſt. hoc tit.*) filiæ igitur exheredatæ, ſi in intra pubertatem, vel ut ait Scævola, *d. l. qui habebat*, ſi antequam nuberet, id eſt, antequam nubilis eſſet, decederet, ſubſtituit uxorem & ſororem ſuam: ea verba, *antequam nuberet*, ſic neceſſario accipienda ſunt, ante quam nubilis eſſet, quia ſubſtitutio pupillaris non poteſt egredi nubilem ætatem. In aliis cauſis facile patiar his verbis ſignificari diem nuptiarum, non nubilem ætatem, tametſi id quoque olim fuerit controverſum inter juris auctores, ſed controverſiam definivit Juſtinianus in *l. ſancimus, C. de nuptiis*: in cauſa ſubſtitutionis pupillaris natura & conditio ejus
E exigit, ut accipiantur ea verba de ætate, non de die nuptiarum: ergo & filio inſtituto in ſecundum caſum ſubſtituit filiam, & filiæ exheredatæ in eundem caſum ſubſtituit uxorem & ſororem ſuam. Quid deinde contigit poſt mortem teſtatoris? filia prior deceſſit impubes, ſic recte habent Florentini, non pubes, deinde poſt filiam filius etiam deceſſit impubes: quæritur, an ut filiæ, ſic etiam filii hereditas pertineat ad uxorem & ſororem teſtatoris, quia filiæ tantum ſubſtitutæ ſunt? Et reſpondet Scævola: non pertinere, non reddita ratione, ut ſolet. Subſtitutus igitur ſubſtitutæ filiæ non intelligitur eſſe ſubſtitutus filio, & hoc ideo, quia filiæ nunquam fuit delata filii hereditas: cum ipſa prior deceſſerit, alioquin ſi prior filius deceſſiſſet & filia ei heres extitiſſet ex ſubſtitutione pupillari, proculdubio poſtea etiam mortua

filia impubere utriuſque hereditas pertineret ad ſororem & uxorem teſtatoris. Itaque qui ordo ſucceſſionis non ſervatur in ſubſtitutione vulgari, ſpectatur in pupillari. Et ratio differentiæ hæc eſt, quia in ſpecie leg. *qui habebat*, omnino deficit, vel exiſtenda eſt ſubſtitutio pupillaris, quæ filio facta eſt moriente ſubſtituta ante filium, & ideo filiæ hereditas, non jam pertinet ad ſubſtitutam, quæ nulla eſt, ſed ex Senatuſconſulto Tertylliano ab inteſtato redit ad matrem ſolam, id eſt, uxorem teſtatoris: filiæ autem hereditas, quæ prior deceſſit pertinet ad utramque, uxorem & ſororem teſtatoris jure ſubſtitutionis. Res eſt perſpicua.

In ſpecie autem hujus legis, non omnino deficit ſubſtitutio vulgaris facta primo, moriente ſecundo ante primum, quia ſi poſtea moriatur, etiam primus non adita hereditate jure ſubſtitutionis L. Titius utramque partem occupat, quoniam pars ſecundi primo coheredi ſuo etiam invito adcrevit, *l. ſi quis heres, ff. de adquir. hered.* nec ante L. Titius ad utriuſque partem admittitur, quam vacaverit pars utriuſque. Et in hoc Papiniani reſponſo illo loco: *priuſquam hereditatem adiret, aut conditio ſubſtitutionis exiſteret*, illud *aut* ſubdisjunctionem, id eſt, falſam & mendacem disjunctionem facit, ut ſolent plurimum loqui noſtri auctores, alioquin mortuo ſecundo poſt aditam hereditatem, antequam primus repudiaret, deinde repudiante primo, videretur ad L. Titium pertinere ſecundi portio, quod eſt falſum, quia in perſona ſecundi aditione expiravit ſubſtitutio vulgaris, & conſequenter primi etiam portio eo caſu ad L. Titium non pertinet, quia utriuſque pars non vacat.

Ad §. ex His verbis.

Ex his verbis: eoſque invicem ſubſtituo, *non adeuntis portio ſcriptis heredibus pro modo ſibi, vel alii quæſitæ portionis defertur.*

HOc loco docet Papinianus, quod docuit etiam ſupra in *l. qui plures heredes*, ex ſubſtitutione vulgari reciproca non adeuntis, ſive repudiantis portionem, deferri ſcriptis tantum heredibus pro rata partium, ex quibus heredes ſcripti ſunt, qui & portiones ſuas adierint, vel adquiſierint ſibi, vel alii, puta, patri vel domino, in cujus poteſtate permanſerunt: nam ſi ſervus vel filius exierint poteſtate patris vel domini, poſt unus coheredum hereditatem repudiarit, portio ejus jure ſubſtitutionis non pertinebit ad patrem vel dominum, quamvis ei filius vel ſervus ſuam portionem adquiſierit, ſed pertinebit ad filium emancipatum vel ſervum manumiſſum, quia aliter quam in contractibus, in quibus tempus duntaxat contractus ſpectatur, in teſtamentis non tantum teſtamenti tempus ſpectatur, ſed etiam tempus delatæ hereditatis vel legati, *l. quæ legata, de re. jur. l. ſi ſolus, §. ultim. in fin. de adquir. hered.* Igitur in ſpecie propoſita ſpectatur tempus, quo defertur portio hereditatis, portio heredis non adeuntis, ut ſi eo tempore filius vel ſervus fuerit in poteſtate patris, ea portio per filium aut ſervum patri aut domino adquiritur, ſi non fuerit in ejus poteſtate, ſi emancipatus ante fuerit, aut ſervus manumiſſus, ut ſibi adquiratur. Et quod in hac ſubſtitutione, quæ vice mutua fit inter coheredes vulgari modo obtinere dicimus, idem per omnia ſervatur in ſubſtitutione pupillari hoc modó concepta: *quiſquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres eſto.* Nam ex hac ſubſtitutione neque vocatur pater, qui per filium, neque dominus, qui per ſervum heres extitit, videlicet ſi filius vel ſervus eo tempore, quo conditio ſubſtitutionis exiſtit, id eſt, quo moritur impubes, exierit poteſtate patris vel domini, ut Azo recte notavit ad *l. 8. §. ultim. hoc tit. & l. 3. hoc tit.* Nam filio vel ſervo manente in poteſtate patris vel domini, ſi conditio ſubſtitutionis pupillaris exiſtat, patri vel domino certum eſt per filium vel ſervum adquiri hereditatem pupillarem. Illud etiam certum eſt, neque ex hac ſubſtitutione pupillari admitti heredem heredis, *d. l. 8. §. ultim. & l. 10. in princ. hoc tit.*

neque ex illa ſubſtitutione vulgari, qua coheredes invicem ſubſtituuntur, ut docuimus in *d. l. qui plures, ſupra*: quæ ut hic §. eſt etiam de ſubſtitutione vulgari reciproca. Ceterum in illa *l. qui plures*, heredes ſuperſtites opponuntur heredi coheredis mortui poſt aditam hereditatem. In hoc autem §. velim heredes ſcriptos & ſuperſtites opponi fiſco, ut ſcilicet dicat, ſubſtitutos invicem coheredes præferri fiſco: maxime, cum & ob id potiſſimum fiat ſubſtitutio reciproca, ne portio non adeuntis fiat caduca, *l. un. §. 1. C. de cad. toll. l. 1. C. de iis, qui ante apert. tab. l. miles, §. ultim. ff. de legat. 2. l. 5. hoc tit.*

Ad §. Cum filiæ.

Cum filiæ, vel nepoti qui locum filii tenuit, aut poſt teſtamentum cœpit tenere, parens ſubſtituit: ſi quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, ſubſtitutio pupillaris fit irrita.

MUltæ ſunt & olim fuerunt ante Juſtinianum differentiæ inter filium & filiam, ceteroſque liberos. Filii præteritio nullum faciebat teſtamentum: filiæ vel nepotis præteritio, non idem, *§. 1. Inſtit. de exher. liber. l. ult. C. de liber. præter.* Filius exheredandus erat nominatim: filia, nepos & ceteri liberi exheredari poterant inter ceteros hoc ſermone: *ceteri exheredes ſunto*, *d. §.* Item filius non potuit inſtitui ſub omni conditione, non ſub caſuali, ſed poteſtativa tantum, quæ in ejus poteſtate eſſet: filia, nepos & ceteri ſub omni conditione inſtitui poterant, quam differentiam etiam hodie valere verum eſt, *l. 4. l. 8. §. 1. ſup. tit. prox.* Sicut & illam differentiam manere conſtat, aut noviter introductam eſſe a Juſtiniano, ut filius vel filia, rogatus rogatave hereditatem reſtituere, aut oneratus oneratave legatis aut fideicommiſſis non imputet in Falcidiam fructus medio tempore perceptos, quos tamen nepos imputat, & ut filio quoque vel filiæ remittatur cautio fideicommiſſi, vel onus remittendæ cautionis fideicommiſſi, quæ tamen non remittitur nepoti, *l. jubemus, C. ad Senatuſcon. Trebell.* Item filius trina emancipatione, & trina manumiſſione exibat poteſtate patris: filia, nepos & ceteri una manumiſſione & una emancipatione, *l. 8. §. ult. ſup. de inju. rupt. teſt.* Hæc ſunt vel fuerunt diſcrimina, hæ differentiæ inter filium & filiam & nepotem ceteroſque liberos. At in cauſa pupillaris ſubſtitutionis in hoc §. hoc loco, *cum filiæ, vel nepoti*, voluit oſtendere Papinianus nullam eſſe differentiam inter filium & filiam vel nepotem ceteroſque liberos, eam ſubſtitutionem fieri poſſe quibuſcunque liberis, qui modo ſint in poteſtate teſtatoris, filio & filiæ & nepoti non recaſuro in poteſtatem patris, *l. 2. ſup. hoc tit.* Et in omnibus his liberis, quibus fit ſubſtitutio pupillaris, exigi, ut utroque tempore ſint in poteſtate teſtatoris, tempore teſtamenti, & tempore mortis teſtatoris: nam, ut patrisfamil. teſtamentum irritum fit capitis deminutione, ita & filiifamil. vel nepotis, qui eſt in poteſtate avi, nec morte avi eſt recaſurus in poteſtatem patris ſui. Id, inquam, teſtamentum, id eſt, ſubſtitutio pupillaris, irrita fit capitis deminutione filii vel filiæ, vel ejus nepotis, veluti emancipatione vel adrogatione, *l. nec ei, §. 1. de adopt. l. pater, ff. de cap. & poſtl.* Et integram orationem Papiniani hanc fuiſſe opinor. Non ſolum cum filio, ſed etiam cum filiæ vel nepoti & ceteris qui ſequuntur in hoc §. non ſolum cum filio, inquit, ſed & quum filiæ vel nepoti, *qui locum filii tenuit*, puta, filio mortuo jam ante teſtamentum avi, vel poſt teſtamentum, inquit, *tenere cœpit*, puta, in locum filii vivo avo, mortui poſt avi teſtamentum ſuccedente nepote ex *l. Velleja.* Denique quum nepoti non recaſuro in poteſtatem filii patris ſui, cum inquam, filiæ, vel tali nepoti parens ſubſtituit in ſecundum caſum, ſi quis ex his omnibus, & teſtamenti & mortis quoque tempore non fuerit filius, vel filia, vel nepos, vel ſi alii datus datave fuerit in adoptionem, ſubſtitutio pupillaris irrita fit, nulla facta differentia inter liberos.

Ad

Ad §. quod si Heredem.

Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere: legitimum heredem filii, salva Falcidia; cogendum patris hereditatem ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, cum substitutionis conditio puberem ætatem verbis precariis egreditur. Quæ ita locum habebuat, si patris testamentum jure valuit: alioqui si non valuit, ea scriptura quam testamentum esse voluit Codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. Nec fideicommisso propriæ facultates filii tenebuntur. Et ideo si pater filium exheredaverit, & ei nihil reliquerit: nullum fideicommissum erit. Alioquin si legata vel fideicommissa filius acceperit: intra modum eorum, fideicommissum hereditatis a filio datum, citra Falcidiæ rationem debebitur.

NOn potest hic §. coaptari superiori §. ullo modo, & tamen ut quibusdam verbis quæ præcesserunt, coaptetur hic articulus, quod necessario exigit, ac sane hic §. est coaptandus *l. verbis civilibus hoc tit.* Quasi scilicet ita Papinian. scripserit uno tenore, ut integram ejus sententiam exponamus paucis adjectis sive interjectis, quæ etiam ipsum Papinianum interjecisse credimus, quibus verbis ea lex huic §. coagmentetur: hæc sunt verba legis, *verbis civilibus substitutionem post 14. annum ætatis frustra fieri convenit*: quibus verbis significat, puberi parentem frustra directo substituere in secundum casum: & sequentibus in *d. l. verbis, Sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus heres quando non erit*: nec in partem hereditatis substitutum admitti: post quæ verba Papinianum credibile est adjecisse, quod etiam adjicitur in *§. ult. Instit. de pupill. subst.* hoc tamen esse parenti permissum, ut non tantum impuberem, sed etiam puberem filium, & non tantum suum, sed etiam emancipatum per fideicommissum roget non directo si impubes, vel si pubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, quo præmisso recte infert in hoc *§. quod si heredem filium pater rogaverit*, &c. hoc sensu, ut si filius heres institutus a patre rogatus sit, si impubes vita decederet, hereditatem Titio restituere, quo genere a filio impubere post mortem ejus Titio fideicommissum relinquitur, id est, fideicommissaria hereditas, sic enim accipienda sunt hæc verba hujus §. *ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato, &c.* id est, fideicommisso hereditatis paternæ, non de fideicommisso rei cujusdam certæ, ut Glossa voluit, & alii plerique. Si igitur a filio herede instituto post mortem ejus, si impubes moreretur, fideicommissum hereditatis paternæ Titio relinquatur, mortuo filio impubere, ad fideicommissi restitutionem obligari legitimum heredem filii, & debere patris hereditatem Titio restituere retenta Falcidia. Idemque servari ostendit, si fideicommissum illud, sive substitutio illa precaria egrediatur puberem ætatem: ut si filius quandocunque decesserit, vel si intra 25. annum decesserit, rogetur hereditatem Titio restituere. Nam & hoc casu fideicommissum hereditatis a filio relinquitur post mortem ejus, & ideo filii puberis heres legitimus vel testamentarius, quoniam pubes potuit sibi facere testamentum, salva Falcidia cogitur Titio restituere patris hereditatem, quasi relicto fideicommisso ab herede heredis, id est, post mortem heredis, quod fit recte. Et hæc ita se habent, ut hoc §. docet Papinianus. *Si jure factum sit testamentum*: nam si jure non sit factum, id est, si in eo defuerint solemnia juris, nihil ex iis, quæ testamento scripta sunt, valet. Nec ergo valet illa substitutio precaria, nec ex ea Titio debetur fideicommissum hereditatis, quia nec jure codicillorum testamentum sustineri aut tueri potest, *l. ex ea scriptura, in princ. ff. de leg. 1.* Denique testamentum quod non valet ut testamentum jure directo, nec valet ut codicillus jure fideicommissi, nisi hoc sit expressum, id est, nisi in testamento sit adjecta clausula codicillaris, veluti hoc modo: *hoc meum*

A *testamentum omni jure valere volo*, ut in *d. l. ex ea scriptura §. 1. omni jure*, id est, directo & precario: *omni jure*: id est, ut vel testati vel ut intestati voluntatem jure codicillorum. Nam & codicilli ab intestato fieri possunt, vel etiam hoc modo: *hoc meum testamentum etiam vice codicillorum valere volo*: ut in *l. 3. ff. de milit. testam.* vel etiam ut in *l. Lucius, §. ult. de legat. 2.* vel ut in *l. cum pater, §. filius matrem, eod. tit.* Non adjecta clausula codicillari testamentum nullo jure consistit, nec quæ in eo sunt scripta verbis fideicommissi ullo jure consistunt. Addit tamen Accursius unam exceptionem scribens, etiam non adjecta clausula codicillari, hujusmodi testamentum, si factum sit inter liberos, si non jure factum sit, & solemniter, servari vice codicillorum, ex *l. ult. C. famil. ercisc.* Quod ita debet intelligi: si de commodis ipsorum liberorum agatur: puta, si illo testa-
B mento pater inter eos bona sua distribuerit; quia licet jure factum non sit testamentum, quasi jure reciproci fideicommissi conservantur ei portiones vel bona, quæ eis testamento pater adscripsit, non etiam, quæ exteris legavit, nisi aliud suadeat voluntas testatoris probabilis, *l. in testamento, ff. de fideicommiss. liber.* Et postremo additur in hoc §. fideicommissum illud hereditatis, quod a filio relictum est Titio, continere tantum bona patris, non bona filii propria, quod exposui in *l. Centurio*. In fideicommissum cadunt ea tantum bona, quæ a testatore ad heredem pervenerunt, non bona heredis propria; hoc est alienum a natura & jure fideicommissi: alioquin & ab exheredato filio, cui nihil pater reliquit, fideicommissum hereditatis relictum valeret in bonis scilicet filii. Quod tamen est absurdum, quia neque ab exheredato,
C neque a substituto ejus, si ei substituerit pater in secundum casum, quicquam relinqui potest, nisi heredem institutum ei substituerit, ut *l. in ratione, §. ult. ff. ad leg. Falcid.* At si quid exheredato filio pater reliquit titulo legati vel fideicommissi, pro modo ejus quod reliquit, fideicommisso hereditatis obligari potest integro præstando, non retenta Falcidia. Citra Falcidiæ rationem, id est, non retenta Falcidia, quia soli heredes habent retentionem Falcidiæ, non legatarii vel fideicommissarii, *l. lex Falcidia si intervenerit, §. ult. inf. ad l. Falcid.* fideicommissum hereditatis ab exheredato filio, cui aliquod legatum est relictum, id vocat, si rogetur filius, cui legatum relictum est, ut Titium sibi heredem faciat, vel ut Titio bona sua relinquat, restituat, præstet, cui fideicommisso obligatur eatenus, quatenus patitur mo-
D dus legati, *l. ex pacto, §. non tantum, ad Senatusc. Trebell.*

Ad §. qui Discretas.

Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: quos heredes meos invicem substituo: conjunctos primo loco vice mutua substituere videtur: quibus institutionum partes non agnoscentibus, ceteros omnes coheredes admitti.

SPecies hæc est §. *qui discretas*. Quidam heredes instituit numero sex, hoc modo, *primus, secundus & tertius ex semisse heredes sunto, quartus & quintus & sextus, ex altero semisse heredes sunto*, & post institutionem heredum ita scripsit: *quos heredes meos invicem substituo, si quis eorum*
E *heres non erit*. In hac specie omnes heredes simul omnibus invicem substituti non videntur, ut in specie, *l. qui plures heredes, & l. Lucius, §. ult. hoc tit.* Ideoque primo repudiante, vel moriente ante aditam hereditatem, portio ejus non defertur omnibus, qui adierunt, puta, secundo, tertio, quarto, quinto & sexto, sed secundo & tertio tantum, qui separatim instituti, & primo conjuncti sunt. At secundo etiam ipso & tertio partes suas repudiantibus, tunc quartus, quintus & sextus ad illorum partes admittuntur; ac similiter repudiante quarto, quintus & sextus, qui ei conjuncti sunt institutione vocantur: & his omnibus repudiantibus quarto, quinto & sexto: primus, secundus & tertius vocantur. Denique duo facti videntur gradus substitutionis

reci-

reciprocæ, in primum sive vulgarem casum: ac primum invicem substituti, qui sunt primo loco conjuncti, primus, secundus, tertius: deinde ceteri coheredes conjuncti, unius personæ potestate funguntur, *l. plane in princ. ff. de legat.* 1. Et confirmat valde hoc responsum Papiniani *l.* 1. *§. si quis ex nepotibus, ff. de conjung. cum emancip. liber.* quam Accursius adducit hoc loco, ex edicto novo bonorum possessionis contra tabulas, vel unde liberi, filio emancipato conjunguntur nepotes ex eo retenti in potestate avi: at uno ex nepotibus repudiante, portio ejus adcrescit alteri nepoti, quasi conjuncto, non filio patri eorum; at utroque nepote repudiante, adcrescit filio. Eadem est ratio juris adcrescendi & substitutionis. Quamobrem exemplo juris adcrescendi recte notat Antonius Goveanus primo, secundo & tertio, conjunctis in institutione nulla adscripta parte, ut si dixerit: *primus, secundus & tertius*; quarto autem quinto, & sexto, conjunctim heredibus institutis ex parte certa, veluti ex semisse, primo repudiante ceteros omnes coheredes admitti jure substitutionis reciprocæ: quia scilicet primus, secundus & tertius non intelliguntur esse conjuncti, cum in certam partem non sint conjuncti; non sunt conjuncti re, qui sine re scribuntur, & inanis per se sola verborum conjunctio est, *l. item quod, §.* 1. *sup. tit. prox.* Qua de causa caute Papinianus posuit hoc loco discretas portiones separatim conjunctis pluribus datas, & in *§. seq.* cujus species hujus proxima est patrem & filium pro parte conjunctim heredes institutos. Nam ut ad ejus §. sequentis interpretationem accedam, & in specie hujus §.

Ad §. qui Patrem.

Qui patrem & filium pro parte heredes instituerat, & invicem substituerat; reliquis coheredibus datis post completum assem ita scripsit, hos omnes invicem substituo. Voluntatis sit quæstio, commemoratione omnium patrem & filium substitutioni coheredum miscuisset, an eam scripturum ad ceteros omnes transtulisset. Quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem & filium substitutionem.

PRoponuntur pater & filius, qui scilicet emancipatus erat pro parte heredes instituti conjunctim: tota species hæc est: *Marcus pater, & Marcus filius ex quadrante mihi heredes sunto, quos invicem substituo. Titius ex sextante heres esto, Cajus ex quadrante heres esto. Mævius ex triente heres esto.* Atque ita distributo & completo asse toto subjecit: *hos omnes invicem substituo.* Repudiante patre portionem suam, quæritur, *an ad portionem ejus non tantum filius, qui ei conjunctus est in institutione, sed & ceteri coheredes admittantur?* Si dixisset, *hos heredes meos invicem substituo*, ut in superiori §. ad portionem vacantem solus filius, quasi conjunctus admitteretur, sed quia dixit: *hos omnes invicem substituo*, ea vox peremptoria, *omnes*, ut Valentinianus ait in *Novell. de præscript. 30. annorum*, facit ut videantur omnes omnibus invicem substituti, ut & in *l. Lucius §. ult. hoc tit.* Et appellatione omnium comprehendi etiam patrem & filium. Quod tamen Papinianus ait, non esse verisimile, propterea quod inter patrem & filium specialem substitutionem reciprocam testator facit, ut sequenti substitutione hisce comprehensa verbis: *hoc omnes invicem substituo*, plane non videatur patrem & filium comprehendisse, sed reliquos coheredes tantum, Titium, Cajum, Mævium. At repudiante patre & filio in partem eorum recte dicam ceteros omnes admitti, non jure substitutionis, quoniam patri & filio vice mutua substituti non sunt, sed jure adcrescendi: Titio autem repudiante Cajum & Mævium admitti jure substitutionis reciprocæ in portionem Titii, non etiam patrem & filium quia separatæ substitutiones sunt, una specialis patris & filii, altera generalis omnium, sed omnium reliquorum heredum eis patre & filio nequaquam admissis. Specialis substitutio derogat generali. Quod si specialis substitutio inter patrem & filium facta non fuisset, sane appellatione omnium etiam pater & filius continerentur, nec ut conjuncti separatim inducerent jus substitutionis, sed deficiente uno, ad portionem ejus venirent ceteri omnes, & ita est explicandus hic §. Nec obstat responso hujus *§. l. ult. inf. ad Senatusconf. Trebell.* quam Bartolus objicit, quoniam alia est species hujus §. longe alia illius l. In specie hujus §. prima substitutio, quæ facta est inter patrem & filium, & sequens substitutio, qua omnes invicem substituti sunt, utraque ejusdem generis substitutio est, nempe vulgaris reciproca. Et ejusdem generis substitutionem factam inter aliquos specialiter generali sermone eodem testamento repeti & iterari non est verisimile in specie *d. l. ult.* Prima & sequens substitutio diversi generis sunt, diversæque conditionis: prima, qua duos fratres invicem substituti sunt, est directa substitutio vulgaris: sequens, quæ facta est omnibus fratribus, si quis eorum post aditam hereditatem vita decesserit sine liberis, est substitutio precaria sive obliqua, & non est absurdum vel incongruum, semel uno genere invicem substitutos, & alio deinde genere substitui, semel substitutos directo, & deinde substitui precario, semel substitutos in primum casum directo, deinde substitui in secundum casum precario. Et ita est lex illa ab isto §. distinguenda.

Ad §. Coheres.

Coheres impuberi filio datus, eidemque substitutus, legata secundis tabulis relicta perinde præstabit, ac si pure partem, & sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto: nam ille Falcidiæ rationem induceret, quasi plene sub conditione primis tabulis heres institutus: tametsi maxime coheres filio datus, quadrantem integrum obtineret. Nam & cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio: Sempronius quandoque Titio concurrit.

PErtinet hic §. ad materiam contributionis, qua nulla est difficilior in jure: hujus §. duas facio partes. In priori agitur de coherede substituto filio impuberi in secundum casum, a quo scilicet & in primis & in secundis tabulis, id est, in institutione & in substitutione legata relicta sunt, & ex substitutione pars pupilli ad eum pervenerit, si ineatur ratio legis Falcidiæ confundere debet & contribuere eam partem cum parte sibi adscripta in primis tabulis, confundere item debet, contribuere, commiscere, subjicere communi calculo relicta a se legata in primis tabulis, & legata a se relicta in secundis, quoniam perinde habetur, ac si pure ex parte heres institutus esset, ex parte sub conditione: Finge autem, Lucium Titium heredem institutum pure ex sextante, & sub conditione ex triente, & ab unaquaque parte jussum esse dare legata, Lucius Titius pro eo habetur, ac si semel heres scriptus fuisset ex semisse, junge sextantem trienti, exit semis. Ideoque pro eo habetur L. Titius, atque si ex semisse heres scriptus fuisset, nec enim semissem scindere potest separato sextante a triente, proinde separare etiam non potest legata a se relicta ex sextante, & legata a se relicta ex triente, sed confusis portionibus & confusis legatis earum portionum in omnibus rationem legis Falcidiæ inire & componere debet, *l.* 11. *§. penul. ff. ad l. Falcid. l. quidam, C. de jure deliber.* Et eadem ergo ratione coheres substitutus coheredi confundit partem, ex qua ipse, & partem, ex qua coheres institutus fuit, quæ ad eum pervenit ex causa substitutionis: confundit legata a se relicta primis secundisque tabulis, quia & hic coheres, idemque substitutus coheredi institutus esse videtur ex parte pure, ex parte sub conditione, *d. §. pen.* Et hoc in substitutione pupillari servari docet *prior pars hujus §.* Et in substitutione vulgari, *l.* 1. *§. id, quod ex substitutione, in princip. ad l. Falcid.* & in utraque substitutione, *l. qui fundum §. qui filium, ad leg. Falcid.* Si igitur ex parte pupilli & ex parte

sua,

ſua, qui pupillo eidemque coheredi ſubſtitutus eſt, Falcidiam ſervare non poſſit confuſis partibus & legatis utetur beneficio legis Falcid. ſed ſi ex parte pupilli, quæ ad eum pervenit integra ex ſubſtitutione pupillari Falcidiam ſervare poſſit, non utetur beneficio legis Falcidiæ in parte, ex qua heres ſcriptus eſt, tametſi ea pars onerata vel exhauſta ſit legatis: pars integra, quæ accedit oneratæ vel exhauſtæ replet partem oneratam vel exhauſtam, & ceſſat Falcidia in parte onerata, ſi pars, quæ accedit impleat Falcidiam. At, quod maxime notandum, non idem erit e contrario, ſi pars ejus onerata non ſit, & ex ſubſtitutione pupillari ad eum pars onerata perveniat, id eſt, ſi pars onerata ex ſubſtitutione accedat integræ: nam hoc caſu partes & legata non confunduntur. Partium & legatorum ratio ſeparatur, & ex parte onerata detrahitur Falcidia, perinde ac ſi remanſiſſet apud pupillum, *d. l. qui fundum*, §. *qui filium*: atque ita pars onerata, quæ jure ſubſtitutionis accedit parti integræ, non repletur per partem integram cui accedit, & hoc eſt, quod Dd. veriſſime definierunt, ſi portio non gravata accedat gravatæ, contributioni locum eſſe: ſin autem portio gravata accedat non gravatæ, contributioni locum non eſſe, & ratio differentiæ hæc eſt, quia non poteſt eadem portio & principalis & acceſſionis locum obtinere: partem, quæ accedit acceſſionem eſſe: partem cui acceditur principalem eſſe: acceſſionis autem eſſe replere, non repleri, augere non augeri.

In poſteriore parte hujus §. agitur de extraneo non coherede, filio impuberi ſubſtituto, & alio coherede eidem filio alio dato, quo caſu, ſi legata relicta ſunt a ſubſtituto, & a coherede, & conditio ſubſtitutionis extiterit mortuo filio intra pubertatem, non confunduntur eorum partes, non confunduntur legata ab eis relicta, ſed ſeparatim in ſubſtituto, & ſeparatim in coherede pupilli ponitur ratio legis Falcidiæ, quia coheredes pupilli & alius ſubſtitutus pupilli qui coheres non eſt pupilli, coheredes ſunt invicem & ſubſtitutus pupilli, quaſi ſcriptus ſub conditione, coheres pupilli quaſi ſcriptus pure. Denique coheres pupilli tam ſubſtituto pupilli eſt coheres quam ipſi pupillo: In ſingulis autem coheredibus certum eſt ſeparatim rationem legis Falcidiæ ponendam eſſe, *l. in ſingulis, ff. ad leg. Falcid.* ſeparatis portionibus, ſeparatis legatis, ergo ſecundum hæc, ſi pars pupilli, quæ ad ſubſtitutum pervenit, exhauſta vel onerata ſit legatis, ſubſtituto competit beneficium legis Falcidiæ: tametſi coheres pupillo datus totius hereditatis totorumque bonorum integram Falcidiam habeat, id eſt, quartam partem. Coheredes autem eſſe non tantum eos, qui iiſdem tabulis ſcripti ſunt, ſed etiam eos, quorum alter primis, alter ſecundis tabul. heres ſcriptus eſt, veluti coheredem primis tabulis pupillo datum, & alium ſubſtitutum ſecundis tabulis, eidem pupillo datum Papinianus probat hoc argumento, quod collegatarii etiam ſint, quorum alteri res legatur primis tabulis, alteri eadem res ſecundis tabulis, ut in *l. plane* §. *ſi conjunctim*, *inf. de leg.* 1.

Ad §. cum Pater.

Cum pater impuberi filiæ, quæ noviſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, & impubes filia, ſuperſtite ſorore pubere, vita deceſſiſſet, irritam eſſe factam ſubſtitutionem placuit; in perſona quidem prioris, quia noviſſima deceſſit: in alterius vero, quia puberem ætatem complevit.

IN §. pen. hæc proponitur ſpecies: Pater duas filias impuberes heredes inſtituit, & ei, quæ intra pubertatis annos noviſſima diem ſuum obiiſſet L. Titium ſubſtituit; quæ eſt ſubſtitutio pupillaris facta ei, quæ ſuprema moreretur. Et hoc genere inter ſorores jus legitimarum hereditatum pater cuſtodiri vult, *l. vel ſingulis, hoc tit.* Hoc ſcilicet voluit, ut in partem ejus, quæ prior moreretur ab inteſtato veniret ſoror ſuperſtes, ac deinde etiam altera ſorore moriente intra pubertatis annos,

A ut L. Titius utriuſque ſororis portionem caperet, & poſterioris & prioris, inventam in hereditate poſterioris, *l. qui duos, de reb. dub.* Quid contigit? una ex ſororibus impubes vita deceſſit ſuperſtite altera jam pubere, hoc caſu Papinianus ait, irritam eſſe ſubſtitutionem pupillarem, in utriuſque perſona defunctæ impuberis, quia licet videatur intra pubertatem noviſſima deceſſiſſe, quæ impubes deceſſit ſorore jam adulta, revera tamen noviſſima non deceſſit, quæ alteram ſuperſtitem reliquit, & ideo in ejus perſona exſpiravit ſubſtitutio pupillaris, ſubſtitutum excludente jure legitimo ex mente teſtatoris ſorore ſuperſtite, *l. 25. hoc tit. l. pen. C. de impub. & ali. ſubſtitut.* In perſona autem ſuperſtitis eſſe irritam etiam ſubſtitutionem, quia puberem ætatem exegit, complevit: ſubſtitutio pupillaris finitur pubertate. Quod adeo ve-
B rum eſt in teſtamento pagani, ut nec vis ſubſtitutionis poſt pubertatem verti poſſit in cauſam fideicommiſſi, ut docuimus in *l. verbis civilibus*, & *l. Centurio*, *hoc tit.* & hæc quum una ex ſororibus impubes deceſſit ſuperſtite altera jam pubere. At contra ſi pubes prior deceſſiſſet forte inſtituto herede extraneo, non ſorore ſuperſtite, deinde ſoror ſuperſtes impubes deceſſerit, tunc ſane dicerem ſubſtitutum venire in partem impuberis, quæ noviſſima diem ſuum obiit, & ad hunc caſum recte accommodatur *l. heredes*, §. *cum ita*, *inf. ad Senatuſconſ. Trebellian.* Quod ſi utraque pubes deceſſiſſet, certo certius eſt prorſus evanuiſſe ſubſtitutionem, & in nullam partem vocari ſubſtitutum: quod ſi utraque impubes deceſſerit, vel eodem momento vel diverſis, verum eſt ſubſtitutum utrique ſuccedere ex ſubſtitutione pupillari, *d. l. pen. & l. qui*
C *duos*. Quia & qui ſubſtituitur noviſſimo morienti, utrique in eundem caſum ſubſtitutus intelligitur, videlicet, ſi uterque moriatur impubes, *l. ex duobus*, *hoc tit.* Sequitur §. ult.

Ad §. Ultimum.

Non videri cum vitio factam ſubſtitutionem his verbis placuit: ille filius meus, ſi, quod abominor, intra pubertatis annos deceſſerit: tunc in locum partemve ejus Titius heres eſto: non magis quam ſi poſt demonſtratam conditionem, ſibi heredem eſſe ſubſtitutum juſſiſſet. Nam & qui certæ rei heres inſtituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.

D PAter filio impuberi ſubſtitutionem pupillarem fecit his verbis: *Ille filius meus, ſi, quod abominor*, (quod etiam addebant in ſubſtitutione vulgari, *l. 4. C. de impub. & aliis ſubſt. l. Lucius, de hered. inſt. l. Lucius*, §. *filiam, de legat. 2.*) *Ille*, inquam, *filius meus, ſi, quod abominor, intra pubertatem vita deceſſerit, tunc in locum partemve ejus Luc. Titius heres eſto.* Hæc ſubſtitutio vitioſa eſſe videtur, vel ut ait, videtur eſſe facta cum vitio, videtur ei ineſſe vitium. Albericus eſt valde ſuavis quum legit uno verbo, *convitio*, id eſt, injuria & contumelia. Videtur, inquam, huic ſubſtitutioni ineſſe vitium, quia ſcilicet dixit, *in locum partemve ejus*, quæ verba ſubſtitutioni vulgari magis congruunt, non pupillari, ut ex *l. quum quis*, §. *Sejam, de leg. 3. l. 3. l. ult. C. de hered. inſtit*, *l. 4. C. de impub. & al. ſubſt.* Quia vulgari ſubſtitutione ſibi
E heredem teſtator facit, pupillari ſubſtitutione pupillo heredem facit, non ſibi. Et his verbis: *in locum partemve ejus*, quam ſcilicet ei dedi, de ſuis bonis ſibi heredem facere videtur, nec tamen ideo improbatur ſubſtitutio pupillaris, quia nec improbaretur, ſi palam ita dixiſſet: *ille filius meus, ſi intra pubertatem deceſſerit, tunc L. Titius mihi heres eſto.* Subſtitutio rite concepta eſt, ut in *l. ſi ita ſcriptum*, §. *cum filio*, *inf. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tab. l. 1. l. 46. hoc tit.* Ideoque non male M. Tullius 2. de Invent. ſubſtitutionem pupillarem ita concipit. *Si filius ante morietur quam in tutelam ſuam venerit, tum mihi ille ſecundus heres eſto.* Ergo quem quis hoc modo ſibi heredem juſſit, idem etiam erit heres filio impuberi, & non tantum patris bona capiet, ſed etiam bona filii propria jure ſub-

ſtitu-

stitutionis pupillaris, sicut & qui ex re certa solus heres instituitur, & ceteras res omnes capit, *l. 1. §. si ex fundo, sup. tit. prox.* Voluntas testatoris interpretatione adjuvanda est, & mendis vitiisque sublatis conservanda quantum potest: menda non vitiant voluntatem testatoris: Vitia non vitiant, *l. 1. tit. seq.* Si facta sit substitutio sub conditione impossibili, vel alio mendo, sic in Florentin. recte, non vitiatur. Mendum circumscribitur, ut in *l. 34. sup. tit. prox.* Deleatur Glossa hoc loco, qua parte hæc verba Papiniani, *post demonstratam conditionem*, quæ sunt proculdubio de conditione substitutionis pupillaris, si intra pubertatem decesserit, male accipit de alia extranea conditione. Deinde deleatur etiam, qua parte ponit in specie *h. l.* filium nominatim heredem institutum non fuisse, sed tacite institutum videri, ex his verbis, *in locum partemve ejus*, quia hoc si ita esset, id est, si ita res processisset, non valeret testamentum; propterea quod tacita filii institutio, tacitum testamentum non valet, *l. 19. & 65. sup. tit. prox.* Et filius haberetur pro præterito, *l. 16. in fin. hujus tit.* Et ut multi Dd. dicunt contra Glossam, & contra Bartolum Glossæ asseclam, verba conditionalia non inducunt dispositionem. Liberi positi in conditione non sunt in dispositione, quod probat recte *l. Gallus, §. idem resp.* & in *§. in omnibus, sup. de lib. & post. l. filiusfam. §. cum quis, de legat. 1. l. ex facto, §. ex facto, inf. ad Senat. Trebell.*

Ad L. XXIV. de Condit. instit.

Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxorem duxerit ex besse heres esto: qui non duxerit, ex triente heres esto: Vivo testatore consobrina defuncta, ambo ad hereditatem venientes semisses habebunt, quia verum est, eos heredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos.

QUi habebat duos fratres, ita eos heredes instituit: *qui ex fratribus meis Titiam consobrinam nostram uxorem duxerit*, (jure civili consobrinorum nuptiæ licitæ sunt) *ex besse heres esto: qui non duxerit, ex triente heres esto: qui scilicet duxerit, vel non duxerit post mortem meam.* Finge: Mortua est consobrina vivo testatore, hoc casu ambo fratres in partes æquales vocantur, non in partes inæquales, bessem & trientem: sed singuli venientes ad hereditatem fratris semisses habebunt, quia verum est eos esse heredes institutos, sed portionibus inæqualibus discretos ex eventu nuptiarum tantum, quæ cum evenire non possint præmortua consobrina, nec per heredes factum sit quo minus evenirent, consequens est eos esse redigendos ad æqualitatem, ut in *l. 2. §. si quis ita, de bonor. possess. secund. tab.* Idemque l. proxima superius docet respondendum esse, si testatori consobrina supervixerit, & neutri nubere voluerit quod est certissimum. Quid tamen dicemus, si post mortem testatoris consobrina cum parata esset alterutri nubere, neuter eam ducere voluerit? Et Azo idem & hoc casu esse respondendum censet, fallaci colore, quasi scilicet pure heredes instituti sint, & ex eventu nuptiarum tantum discretæ inter eos portiones hereditariæ, id est, quasi institutio sit pura, discretio partium conditionalis, id est, collata in eventum nuptiarum. Ego dicerem & institutionem utriusque factam esse sub conditione, si quis eorum consobrinam uxorem duceret post mortem testatoris, & ideo neutro volente eam uxorem ducere, cum ipsa parata esset nubere, quia per eos stat quo minus conditio impleatur, institutionem in utriusque persona prorsus deficere, quod non possumus negare, & *l. prox. sup.* significat aperte illo loco: *non quia ipsi ducere noluerunt*. Cujus mens est ut non aliter ambo semisses habeant, quam si vel consobrina mortua sit vivo testatore, vel post mortem ejus neutri nubere velit, non etiam, si per eos fiat, quo minus alterutri nubat, & confirmatur hæc distinctio *l. 4. C. de condit. insert. l. in testamento, ff. de cond. & demonst.* Conditionalem vero institutionem esse etiam demonstrat dicta *lex 2. §. si quis autem, ff. de bonor. possess. secund. tabul. & l. quotiens, §. si quis tamen, de hered. inst.*

Ad L. XII. de Milit. test.

Milites n. ea duntaxat, quæ haberent scriptis relinquunt.

AIt Papinianus, milites scriptis heredibus ea duntaxat relinquere, quæ haberent: quod Papinian. scripsit, ut patet ex *l. 11. §. ult.* cui hæc applicatur, cum dicat, milites enim: subjicitur ratio in hac lege §. *ult.* legis præcedentis: unde dico hoc scripsisse Papinianum de militibus filiisfa. vel de militibus patribusfam. qui se filiosfamil. esse existimant ignorantes mortem patris: Ii sola bona castrensia habent, aut se habere existimant. Idcirco & ea sola bona scriptis heredibus relinquunt, & ita hic locus explicandus est, non etiam bona pagana, quæ eis ignorantibus morte patris obvenerunt. At si sciant se esse patresfam. factos morte patris, & non tantum castrensia, sed etiam pagana bona habere, credo eos heredibus scriptis relinquere omnia sua bona, nisi aliud sensisse eos probetur.

Ad L. XXVII. Eod.

Centurio secundo testamento postumos heredes instituit, neque substitutos dedit, quibus non additis ad superius testamentum se redire testatus est. Cetera quæ secundo testamento scripsit, esse irrita placuit: nisi nominatim ea confirmasset, ad priorem voluntatem reversus.

SPecies hujus legis hæc est: Centurio testamento primo, finge commilitonem heredem instituit: Deinde mutata voluntate, secundo testamento postumos heredes instituit, quod haberet uxorem prægnantem, nec eis substitutos dedit, si non nascerentur, sed eis non natis se ad primum testamentum redire testatus est, quo commilito erat heres scriptus: non natis postumis, puta, abortu facto, irrita sunt omnia, quæ secundo testamento scripserat, vel scripta sunt, nisi nominatim ea confirmaverit, puta, non natis postumis, testando se ad primum testamentum redire. Ita ut a commilitone in eo herede scripto, præstentur etiam legata aut fideicommissa secundo testamento relicta, alioquin irrita sunt legata & fideicommissa, quæ est sententia hujus legis elegantissima. Verum in ea deleta tota glossa Accursii illo loco: *quibus non aditis*, legendum est, *quibus non editis*, id est, non natis postumis ad superius testamentum Centurio se redire testatus est, quod confirmant alii quidam libri, qui propius vero habent, *aditis*, non *additis*, & alii qui plane habent: *quibus non natis*, sed retineamus viciniorem scripturam, *quibus non editis* & omnia erunt plana.

Ad L. XXXVI. Eodem.

Militis codicillis ad testamentum factis, etiam hereditas jure videtur dari, quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit: legata autem testamento data communiter debebuntur.

IN primo responso Legis XXXVI. eod. ait Papinianus: *militis codicillis ad testamentum factis, etiam hereditas jure videtur dari*. Ad testamentum facti codicilli dicuntur, etiamsi testamento confirmati non sint, *l. 5. §. qui principale, ff. de iis, quibus ut indign.* Itaque glossa male codicillis ad testamentum factis, id est, confirmatis, male etiam alter, codicillis ad testamentum factis, id est, juxta testamentum, quoniam hac oratione certum est significari tantum codicillos factos ab eo, qui & sibi testamentum fecerit, & codicillos pertinentes ad causam testamenti *l. 1. §. hoc interdictum, de tab. exhib. l. 2. §. ad causam, ff. quemadm. testam. aper. l. 3. §. qui codicillos, de Senatus.*

tus. Sillan. vel, ut idem aliter dicamus, codicillos, qui, quasi pro parte testamenti habentur, *l. quidam, de jure codicill.* veluti, quod supplendo, vel corrigendo testamento fiunt. Certum autem est paganum codicillis jure hereditatem non dare verbis directis, vel adimere, etiamsi codicilli testamento confirmati sint, quæ regula juris per manus esse tradita dicitur in *l. quod per manus, ff. de jure codic. l. Scævola, ff. ad Senatusc. Trebell.* At miles jure dat, vel adimit hereditatem verbis quibuscunque, verbis precariis, vel directis in codicillis & qualibet voluntate nuda, ut patet ex hoc responso, & *l. in fraudem*, §. 1. *hoc tit.* Finge: Miles testamento L. Titium ex asse heredem instituit, eumque oneravit legatis, deinde codicillis ita scripsit: *Cajus, Sejus ex semisse heres esto*: videtur miles tantum Luc. Titio ademisse, quantum dedit Cajo Sejo in codicillis: ambo igitur ad hereditatem veniunt jure directo, & ex voluntate militis semisses capiunt. Legata autem data testamento, licet a solo L. Titio data sint, æquum est ut communiter ea præstent Luc. Titius & C. Sejus pro virilibus portionibus, ut quatenus ablatum est Luc. Titio, eatenus relevetur & exoneretur præstatione legatorum, ut in *l. cum pater, §. cum exist. de leg. 2. l. Plautius, ff. de condit. & demonst.* quæ in glossa corrupte citatur ex *tit. ad l. Falcid.* cum sit ea lex, *Plautius*, non quæ est in tit. ad *l. Falcidiam*, sed quæ est in tit. *de cond. & demonst.* quæ hoc probat: & hæc est sententia hujus responsi. Bartolus hoc loco patrem paganum liberis facientem testamentum exæquat militi, quasi scilicet possit etiam pater paganus liberis directo hereditatem dare in codicillis, quod merito refellit Angelus Perusinus ex *l. ex parte, §. 1. ff. familiæ ercisc.* quæ manifesto probat, patrem, qui verbis directis in codicillis bona sua filiis suis distribuit, intestatum decessisse: ergo testamentum non valere jure directo. Neque a parte Bartoli facit *l. consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* quo §. sæpe abutitur, dum eum accipit latius quam oportet, quoniam quod ad rem propositam attinet, dum in eo §. dicitur ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter liberos. Imperfectum testamentum non vocat codicillos, quibus directo data sit hereditas, qua de re agimus, sed, ut quæ præcedunt in ea lege ostendunt apertissime, imperfectum testamentum id vocat, quod non subscriptum neque signatum est a testibus, quod etiam si eo vitio laboret, non etiam si omni vitio laboret, tenet inter liberos.

Ad §. Miles.

Miles castrensium bonorum, & non castrensium, diversis heredibus institutis, postea castrensium bonorum alios heredes instituit: prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit: nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset.

Miles primo testamento L. Titium castrensium bonorum, Cajum paganorum heredem fecit: postea mutata voluntate, secundo testamento Sempronium bonorum castrensium heredem fecit pro parte, mutasse superius testamentum intelligitur bonis castrensibus a Cajo translatis ad Sempronium, quod paganus facere non potest. Paganus non potest pro parte mutare testamentum, sed si quid velit mutare, debet omnia ex integro mutare, *l. heredes, §. si quid post, sup. qui test. fac. poss.* Militi hoc permittitur, quasi bona castrensia & bona pagana, duorum hominum duas hereditates & duo testamenta faciat, *l. si certarum, §. 1. hoc tit.* Adeo ut nec coheredes sint ii, quorum unum miles scribit heredem paganorum, alterum castrensium: non sunt coheredes, quia duæ sunt hereditates veluti duorum hominum, & duo testamenta, qua de causa, nec inter eos est jus adcrescendi, nec judicium famil. ercisc. *l. heredes, §. 1. famil. ercisc. l. si filius, §. castrensium, ff. de bon. libert.* Et addit Papinian. *nec videtur mutare, etsi prioribus tabul. unus heres scriptus fuisset.* Nec videtur mutare, id est, non videtur aliud dicendum esse, aut non est mutandum responsum, si ponamus militem testamento unum tantum fecisse heredem omnium bonorum, non duos, ut posuimus, divisis castrensibus & paganis, deinde secundo testamento L. Titium fecisse heredem castrensium bonorum, quia & hoc casu scripto in primo testamento tantum abstulisse videtur, quantum contulit in L. Titium secundo testamento ex castrensibus heredem scriptum. Itaque apud scriptum primo testamento remanebunt tamen bona pagana, utrumque testamentum ponitur factum verbis directis. Et duo igitur sunt testamenta: nam miles potest plura testamenta facere, *l. quærebatur, h. tit.* quam L. male tamen objicit Accurs. hoc loco, quoniam ibi miles in secundo testamento nominatim expressit, se primum testamentum fideicommissi tamen & codicillorum vim habere velle, ideoque non sunt duo testamenta: male etiam objicit *l. Centurio, h. tit.* quam supra exposuimus, quoniam ibi miles, non duo, sed unum tantum testamentum facere voluit.

Ad §. Miles.

Miles in supremis ordinandis, ignarus uxorem esse prægnantem, ventris non habuit mentionem: post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit: neque legata deberi: si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset: utilibus actionibus filiæ datis, ob improvisum casum esse revocanda. Nec institutum, cum bonæ fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, præstari.

Miles ignorans uxorem esse prægnantem, in testamento postumum silentio præterivit, L. Titium heredem instituit, & ab eo legata reliquit, agnatione postumæ rumpitur testamentum militis propter præteritionem, & irrita sunt omnia, quæ in eo testamento scripta sunt. Ergo nec legata aut fideicommissa ex eo testamento debentur. At quid si medio tempore antequam postuma agnasceretur L. Titius heres institutus bona fide ignorans uxorem testatoris esse prægnantem legata a se relicta solverit? & hoc casu ait, postumæ dari utilem actionem sive condictionem indebiti, ut repetat legata perperam soluta & indebite. Nec etiam est novum, ut quod alius solvit, alius repetat *l. 5. de cond. indeb.* Et si forte postuma solida legata ab iis quibus heres institutus ea persolvit, recipere non potuerit, propter inopiam eorum, quia non sunt solvendo, rectissime ait periculum hujus rei non pertinere ad heredem institutum quia bonæ fidei possessor fuit, & bona fide solvit, & bonæ fidei possessor in id tantum tenetur, quo locupletior factus est: & idem respondit in quæstione *l. 3. de cond. indeb.* Ad malæ fidei possessorem proculdubio hujus rei periculum pertineret, & in petitione hereditatis veniret in solidum, *l. 13. §. ultim. de petit. hered. l. Papin. §. ultim. de inoff. testam. l. 4. §. pen. ff. si cui plus quam per l. Falcid.* illo autem loco hujus responsi, *ob improvisum casum legata esse revocanda*, sive repetenda, improvisum casum vocat agnationem postumi, quod *d. l. 3. de cond. ind.* novam & inopinatam causam, & inopinatam fortunam, *l. 4. inf. ut in poss. legat.* Ideo autem ponit militem ignorasse uxorem esse prægnantem, atque adeo minime cogitasse de postumo, vel postuma nascitura, quia, si scisset uxorem esse prægnantem, præteritio postumi haberetur pro exheredatione, nec agnascendo postuma rumperet testamentum, quia non est præterita, sed censetur esse exheredata, *l. sicut, Cod. eod. tit.* Paganus pater debet liberos exheredare nominatim, miles potest tacite exheredare, sicut & mater pagana & avus maternus paganus, quia & horum præteritio pro exheredatione habetur, quod Institutiones docent.

Ad §. Veteranus.

Veteranus moriens testamentum jure communi, tempore militiæ factum, irritum esse voluit: & intestatus esse maluit:

lüita heredum institutiones et substitutiones in eodem statu mansisse, placuit. Legata vero petentes, exceptione doli mali secundum jus commune summoveri, cujus exceptionis vires ex persona petentis æstimantur. Et alioqui potior est in re pari causa possessoris.

SPecies hujus §. hæc est: Miles testamentum jure communi fecisse proponitur, non more & jure, tempore militiæ, deinde post missionem cum veteranus esset, id est, militia dimissus, moriens dixit, se intestatum mori, & id testamentum irritum esse velle, quod fecerat in militia jure communi; nuda hæc voluntas non facit irritum testamentum: ut nuda voluntas non perficit testamentum, ita nec evertit, *l. pen. §. ult. ff. de honor. poss. sec. tab.* Et secundum hoc institutiones & substitutiones in eo testamento scriptæ, valent, quamvis dixerit, se intestatum mori velle, nec fiscus institutis aut substitutis potest eripere hereditatem, quia testator veteranus non judicavit eos heredes esse indignos, aut non mereri suam voluntatem, quo casu fiscus succederet, sed tantum dixit se mori velle intestatum; qua de re diximus in *l. ult. ff. de iis quæ test. del.* Ergo heredes instituti & substituti, heredes permanent. Institutio & substitutio jure consistit, quæ non potuit everti nuda voluntate, minusque solemni. At quæritur, an etiam legata eo testamento relicta valeant, & debeantur, qua de re merito dubitatur, quia licet hereditas nuda voluntate non possit adimi, adimuntur tamen legata nuda voluntate, non quidem ipso jure, sed beneficio exceptionis doli mali legatario petenti legatum contra nudam voluntatem defuncti, opposita exceptione doli mali, ut in *l. 3. in fi. ff. de adim. leg. & l. ex parte, eod. tit.* quæ cum sit ex eod. lib. cum hoc §. videtur conjungenda, & ita in specie proposita ait: Institutiones quidam & substitutiones in eodem statu manere, at legata petentes submoveri posse exceptione doli mali, & eleganter: qui locus est satis obscurus, ejus exceptionis quam legatario heres opponit petenti legatum, vires æstimandas esse ex persona actoris, id est, ex persona legatarii, qui legatum petit actione ex testamento: nam si talis sit persona legatarii, ut verisimile sit legatum ei testatorem omnimodo præstari voluisse, omni jure etiam ab intestato: Finge, esse alumnum aut sanguine proxime conjunctum, quem is vivus unice dilexerit: eo casu nullæ erant vires exceptionis doli mali, & legatarius consequetur legatum: sed si non talis sit persona legatarii, efficax erit exceptio doli mali, & in pari causa secundum regulam juris melior erit conditio possessoris, id est, heredis: fortuna dat litem secundum possessorem in re pari: fœlix qui possidet in re pari, hæc est sententia hujus loci. At quod plane est extra eum locum, quod tamen interpretes in hunc locum conjiciunt, si non agat legatarius, sed agat heres repetendo legatum quod per errorem solvit, omissa exceptione doli mali, tum dicemus vires exceptionis, quam legatarius opponeret heredi, non æstimari ex persona actoris, sed ex persona rei, id est, legatarii, ut & in specie *l. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* quæ est species hujus §.

Ad §. Ultimum.

Miles jure communi testatus, postea testamento jure militiæ super bonis omnibus facto, post annum militiæ vita decesserat prioris testamenti, quod ruptum esse constabat non redintegrari vices constitit.

MIles jure communi testamentum fecit, postea fecit secundum testamentum jure militiæ, & mortuus est intra annum missionis: certum est testamentum factum jure militari post missionem a militia, valere eodem jure intra annum, si testator moriatur intra annum missionis *l. quod constitutum, l. testamenta, l. quod dicitur, hoc tit.* Quia igitur intra annum missionis mortuus est, testamentum secundum quod fecit jure militiæ valet, & primum testamentum quod semel secundo ruptum est, non
A convalescit, non restituitur, quia scilicet secundo testamento ut ponit hoc loco, jure militiæ testatus est de omnibus suis bonis. Alioquin si secundo testamento tantum testatus esset de bonis castrensibus, utrumque testamentum valeret, id est, maneret in suo statu, ut in §. 1. *h. l.*

Ad L. Penult. eod.

Filiusfam. equestri militia ornatus, & in comitatu Principum retentus, cingi confestim jussus, testamentum de castrensi peculio facere potest.

CIngi, inquit, *jussus*, gladio scilicet; nam hoc est proprium militis cingi gladio, & male in *l. antiqui, sup.*
B *si pars hered. pet.* legitur, *cinctos Senatores*, quia Senatoribus non licebat cingi gladio, nisi quum in provinciam mittebantur cum jure gladii, iis licebat gestare gladium, sed eo loco legendum est, *Senatores Cincios*: fuit Ciociorum familia Romæ. Ad rem. Filiusfam. factus est eques & cinctus gladio & retentus in comitatu Principis, ei proficiscenti ad comitatum Principis, & aspiranti ad equestrem militiam, pater aliquid dederat in vicem castrensis peculii: nam castrense peculium dicitur etiam quod proficiscenti ad militiam datur, licet nondum relatus sit in numeros, nondum cinctus, ut loquitur lex 25. & 38. *hoc tit.* & Castrense peculium esse quod datur proficiscenti constat ex *l. 3. de bonis proscrip. l. 3. sup. de don. inter vir. & uxor.* Inde quæritur, an confestim atque cinctus est, possit testari de castrensi peculio ex privilegio militiæ?
C Respondet, posse: sed vox *confestim* est trajecta: nam ita est reponenda, *confestim atque cingi jussus est*: & antequam cingatur, suscipiatque habitum militarem, sive baltheum, non potest testari jure militari, nisi si cinctus est in *l. 25. & 38. 1. hoc tit.* vel nisi cingi jussus est.

Ad L. LXXXVI. de Adqu. vel omit. hered.

Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret: heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret: quia bonorum possessionem quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant: ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quæ stricto jure non competit, quia intra diem aditionis
D *Avitus obiisset: Divum tamen Pium contra constituisse Mæcianus libro quæstionum refert in eo qui legationis causa Romæ erat. Et filium qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere, quod & hic humanitatis gratia obtinendum est.*

PRoponitur in primo responso hujus l. Pannonium Avitum cum esset procurator Cæsaris in Cilicia (male Alciatus, Publium Antonium pro Pannonium) atque adeo abesset Reip. causa, Romæ ab aliquo heredem institutum fuisse, & vita decessisse, priusquam hoc cognosceret, & infra aliis verbis ejusdem ponderis dicit, *eum decessisse intra diem aditionis*, qui dies est centum dierum utilium, quibus scierit potueritque adire, ut in
E formula cretionis, & in *l. 3. §. & si heres, sup. de minor. l. si Titio, §. 1. ff. quando dies leg. ced.* & edicto quoque prætoris de jure deliberandi, non præfiniuntur adeundæ vel repudiandæ hereditati pauciores quam centum dies, *l. 2. de jure deliber.* & ita etiam diem aditionis accipere oportet in *l. pen. §. si filiusf. de jur. & fact. ign.* male autem Glossa diem aditionis accipit pro tempore intra quod petenda est bonorum possessio sec. tab. quanquam & ipsa ab extraneis heredibus petenda sit intra centum dies ex successorio edicto, quæ dies petitionis dicitur, *l. inter, ff. qui satisdar. cog.* nam aditionem hereditatis nunquam inveniens accipi pro agnitione vel petitione bonorum possessionis: non abutuntur nostri auctores temere verbis juris, verbis legitimis, nec permiscent temere legiti-

ma

ma verba Prætoriis : ſed non nego, quod de aditione dicitur poſſe transferri etiam ad agnitionem bonorum poſſeſſionis. Male etiam gloſſa ſtatuit ex *h.l.* & ex *l.* 1. *C. de teſt. milit.* diem aditionis cedere ignoranti, quod eſt omnino falſum : eſt enim utilis non continuus, nec ſane ullo modo eſt expreſſum, vel hac, vel illa. Perſequamur quam inchoavimus ſpeciem. Avitus procurator Cæſaris in Cilicia, atque adeo abſens Reip. cauſa inſtitutus, deceſſit antequam ſciret ſe heredem eſſe. At procurator quidam voluntarius, id eſt, negotiorum geſtor, amicus ejus eo abſente Reip. cauſa & ignorante in urbe nomine ejus petierat bonorum poſſeſſ. ſec. tabul. Adiri non poteſt hereditas per procuratorem, *l.* 90. *ff. hoc tit.* bonorum poſſeſſio peti poteſt per procuratorem etiam ignorante herede inſtituto, & ſine mandato ejus, *l.* 3. §. *adquirere, inf. de bonor. poſſ.* ſed ut ibidem oſtenditur, non aliter competit bonorum poſſeſſio, quæ petita eſt, non aliter adquiritur heredi inſtituto, quam ſi intra petitionis diem heredis ratihabitio ſubſequatur, ut *l. ſervo invito*, §. 1. *inf. ad Trebell.* & ſi forte heres, antequam petitionem ratam haberet, vita deceſſerit, heres heredis ratam habere non poteſt, quia in eum non tranſit bonorum poſſeſſio, quæ defuncto quæſita non fuit, ut *l.* 7. *rem rat. hab. l.* 4. *C. qui admit. ad bon. poſſeſſ.* Ergo in ſpecie propoſita, neque heres inſtitutus ratam eam petitionem habuit, quam fecit amicus voluntarius, neque heres ejus ratam habere poteſt. At quæritur hoc loco : an is heres ex perſona defuncti poſſit petere reſtitutionem in integrum, ut ſcilicet omiſſam hereditatem, vel bonorum poſſeſſionem adquirat ? & ſane ſtricto jure ex perſona defuncti heredis inſtituti, heres ejus in integrum reſtitui non poteſt: quia is defunctus eſt intra diem aditionis, id eſt, priuſquam cognoſceret ſe heredem eſſe, & dies ille non cedit, niſi ſcienti, cum poſtea tota re cognita integrum ei eſſet adire intra centum dies nondum amiſſo jure ſuo. Igitur quum deceſſit nondum ulla in re captus aut læſus fuit, nullamque habuit cauſam petendæ reſtitutionis in integrum : itaque eam in heredem non tranſmittit. Si deceſſit, poſtquam cognovit ſe heredem eſſe, & poſt diem aditionis, vel petitionis cum reipubl. daret operam, nec per abſentiam intra præſtituta tempora adire poſſet hereditatem aut petere bonorum poſſeſſionem, hoc caſu reſtitutio in integrum a defuncto tranſiret in heredem, veluti actio quælibet, *l. non ſolum, ſup. de reſtit. in integr. l.* 1. *C. de teſt. mil.* At quia deceſſit intra diem aditionis, ſtricto jure reſtitutionem in integrum, quæ ei non competiit, non potuit tranſmittere ad heredem ſuum, nec igitur ab herede peti poteſt ex perſona defuncti, & ex ſua perſona nullo modo, cum ei nunquam delata fuerit hereditas, quæ tamen delata fuit defuncto, nondum quæſita, & ita ſe res habet ſummo jure, mero & ſubtili jure. Sed aliud benigne conſtituiſſe Div. Pium Papinian. ait Mæcianum Voluſium referre in libris quæſtionum ſcilicet de fideicommiſſis, ut in *l. propen. inf. de uſufr.* In ſpecie non eadem quam propoſui, ſed per quam ſimili, quæ talis eſt. Quidam legationis cauſa Romæ erat, ubi negotium publicum agebat patriæ, vel municipii ſui, qui & Reip. cauſa abeſſe intelligitur, *l. legati, ff. ex quibus cauſ. majores.* Et Romæ deceſſit, priuſquam ſciret ſibi delatam matris hereditatem ex SC. Orfitiano, vel bonorum poſſeſſionem ex perſona ejus : heres deſiderabat reſtitui in integrum, quaſi defunctus in captionem inciderit propter abſentiam & ignorantiam, ut ſcilicet ab eo amiſſam bonorum poſſeſſionem, vel hereditatem ipſe adquireret, quod ſtricto jure non recte deſiderabit, quia reſtitutio in integrum non competiit defuncto intra diem aditionis, ergo neque heredi ejus competere poteſt : & tamen Divus Pius ſine reſpectu ſuperioris diſtinctionis, id eſt ſive intra, ſive poſt diem aditionis, vel petitionis filius deceſſerat, conſtituit, reſtitutioni in integrum locum eſſe ex perſona defuncti, quaſi & defuncto competierit, quæ tamen ipſo jure non competiit, cujus conſtitutionis humanitatem, benevolentiam, benignitatem, Papinianus etiam cenſet eſſe porrigendam ad propoſitam ſpeciem. In utraque ſpecie dandam reſtitutionem in integrum heredi, quaſi ex perſona defuncti, licet ſtricto jure, (opponit ſtrictum jus humanitati) defuncto non competierit, quum defunctus eſt intra diem aditionis, juris ſui ignarus. Duplex eſt ratio, una abſentia Reipub. cauſa, altera juſta ignorantia ; altera tamen ratio non ſufficeret : eſt enim hoc jus ſingulare & benigne receptum : quod tamen non eſt trahendum ad conſequentias, ut quam minimum fieri poteſt, recedamus a jure ſtricto & ſcripto, *l. qui negotia, ff. mand. l. peregre*, §. *quæſitum, de adquir. poſſeſſ.* Et obſervandum eſt illo loco hujus legis, *refert, in eo qui legationis cauſa Romæ erat : & filium*, legendum, *& filio*, ut in vulgatis libris, non *& filium*, ut in Florentinis, non *& in filio*, ſed *& filio*, uno tractu, quaſi ſit una ſpecies, legendum eſt, *refert, in eo qui legationis cauſa Romæ erat & filiō, qui matris delatam poſſeſſionem* : hoc igitur loco non notari duas ſpecies, unam abſentiæ legationis Reip. cauſa, alteram abſentiæ cujuslibet, ex cauſa probabili, ut Dd. vaticinantur, ſed unam tantum notari ſpeciem, quam expoſui de legato patriæ ſuæ, qui Romam venerat, & interim ibi matris delatam bonorum poſſeſſionem amiſerat, moriens non cognita morte matris : non ergo cuilibet abſenti idem dabimus, ſed abſenti Reip. cauſa tantum, non etiam idem dabimus minori defuncto intra diem aditionis, vel petitionis, quoniam nec infanti hoc datur, *l. ſi infanti*, §. *ſin vero, Cod. de jure deliber.* in quo valde falluntur interpretes noſtri. Hæc eſt ſincera hujus reſponſi interpretatio.

Ad §. Rei.

Rei perduellionis hereditatem ſuſpenſa cognitione filius emancipatus, cui de patris innocentia liquet, poteſt quærere.

REus perduellionis ſi moriatur in reatu, crimen non extinguitur, hoc eſt notiſſimum, *l. ultim. ff. ad leg. Jul. majeſt.* ſed poſt mortem ejus cognitio peragitur. At ſuſpenſa, inquit, cognitione, ut in *l. pen. C. de crim. exp. heredit.* ſuſpenſo crimine, *l. pen. inf. de accuſ.* quæritur, an filius emancipatus, cui de patris innocentia liquet & conſtat certo, hereditatem ejus adire poſſit aut adquirere bonorum poſſeſſionem ? Et reſpondet Papinianus, poſſe, quia juris ſui certus eſt, incertus & dubitans non poſſet adire, *l. cum falſum, ſup. hoc tit.* certum juris ſui, certo animi judicio ad aditionem hereditatis accedere oportet, vel ad petitionem bonorum poſſeſſionis, qua de cauſa dicitur pupillus non poſſe adire ſine tutoris auctoritate, quia nihil ſcire intelligitur, aut nullius rei eſſe certus aut compos, ſed ſi poſtea forte damnaretur innocentis patris memoria iniquo judicio, fiſcus ei auferret hereditatem.

Ad §. Ultimum.

Pro herede geſſiſſe filium placet, qui moriens, comperto matrem ſuam inteſtato vita deceſſiſſe, codicillis petit ab herede ſuo, ut maternorum bonorum ſervum manumitteret, ac ſibi parentibuſque ſuis in poſſeſſionem matris monumentum extrueret.

SEquitur in §. ultimo, hereditatem adquiri non tantum adeundo, ſed etiam pro herede gerendo, quod eſt notiſſimum, & docet in hoc §. *ultim.* pro herede gerere eum videri filium, qui cognita morte matris inteſtatæ, moriens & ipſe poſtea, codicillis petiit ab herede ſuo, ut maternorum bonorum, ſervum manumitteret, vel ut monumentum extrueret in prædio materno ſibi parentibuſque ſuis : quæ verba in titulis monumentorum ſunt frequentiſſima, quoniam iis indiciis plane moriens demonſtravit ſe agnoſcere & amplecti maternam hereditatem, proinde tranſmittit eam ad heredem ſuum, tanquam adquiſitam. Idem etiam erit, ſi moriens teſtamento ſuo bona materna alii reliquerit, ut in *l. ſi adeat*,

C.de jure deliber. Itaque adquiſi tio hereditatis ſive geſtio pro herede, aut geritio, non eſt tantum actus viventis, ſed etiam morientis.

Ad L.XXVII. Si quis omiſſ. cauſ. teſtamenti.

Mater ſecundis tabulis impuberi filio ſubſtituta, locum edicti facit, ſi omiſſo teſtamento legitimam hereditatem filii poſſideat. Idem juris erit & ſi filio heres data ſit, & ſubſtituta.

AD ſpeciem hujus initii adnotemus: quod ſi teſtamento heres inſtitutus ſit is, qui & ab inteſtato teſtatori heres eſſe poteſt, & ab eo legata relicta ſint, eo non expreſſo, ut & ab inteſtato deberentur, ut in *l.eam, C.de fideicomm.* vel non adjecta clauſula codicillari, & is in fraudem legatariorum prætermiſſo teſtamento, prætermiſſa inſtitut ione ab inteſtato, hereditatem totam, partemve ejus poſſidere cœperit, ut legatarii carerent legatis, quæ ſane non debentur jure ipſo, non adita hereditate ex teſtamento, id eſt, deſtituto, & deſerto teſtamento, prætor ex hoc edicto, quod hic proponitur, calliditati ejus occurrit, data in eum legatariis utili actione, quaſi ex teſtamento, perinde atque ſi ex teſtamento adiiſſet hereditatem, tametſi repudiaverit cauſam teſtamenti, & ab inteſtato rem tenere cœperit, quod primo reſponſo hujus legis oſtenditur non ſervari tantum in teſtamento principali, tametſi edictum prætoris de principali tantum teſtamento loquatur, ſed etiam ex ſententia edicti, in teſtamento pupillari, quod pater filio pupillo fecit, ut ſi filio impuberi ſubſtituta ſit mater in ſecundum caſum, & ab ea legata relicta ſint, & filio impubere mortuo, omiſſa ſubſtitutione pupillari, omiſſo teſtamento pupillari, maluerit mater jure inteſtati ex Senatuſconſulto Tertull. filii hereditatem amplecti, nihilominus utilibus actionibus iis tenetur, quibus in ſubſtitutione ſive teſtamento pupillari legata relicta ſunt. Et addit Papinianus, Idem eſſe, ſi mater filio impuberi coheres adjecta & ſubſtituta ſit, & mortuo filio impubere, partem hereditatis, quæ filio obvenerat noluerit mater capere jure ſubſtitutionis, ſed eam poſſederit ab inteſtato ex Senatuſconſulto Tertull. Nam & edictum prætoris, non tantum eum complectitur, qui hereditatem ex teſtamento repudiavit totam, ſed & qui partem, vel rem unam hereditariam eamque poſſidet ab inteſtato, *l. 1. in princ. §.non quærimus, l.etſi non totam, hoc tit.*

Ad §. In ſententiam.

In ſententiam edicti, propter legatorum cauſam frater incidiſſe non videbatur, qui filium ſuum ſubſtitutum impuberi teſtamento fratris non emancipavit, ſed ab inteſtato per eum bona poſſidere cœpit.

SEcundi reſponſi ſpecies hæc eſt pulcherrima: frater meus filio impuberi ſuo heredi inſtituto, in ſecundum caſum ſubſtituit filium meum ſub conditione, ſi eum emanciparem, ut mihi per eum non adquireretur hereditas, quæ conditio erat olim frequentiſſima in inſtitutione filii alieni, ut docui ad Africanum in *l. 46. de hered.inſtit.*

Ab eodem autem filio meo in ſecundis tab. in ſubſtitutione pupillari frater meus legata reliquit; ego filio fratris mortuo intra pubertatem nolui filium meum emancipare, ut ex ſubſtitutione pupillari caperet hereditatem: ſed ad inteſtato per eum bona filii fratris poſſidere cœpi: recte ait: *Bona*, non *hereditatem*, quia nolui filii fratris mei heres eſſe jure legitimo, qui eram ei proximior, & malui filium meum venire ab inteſtato me deficiente, petita ſcilicet bonorum poſſeſſione unde cognati, quia ante Juſtinianum in legitimis hereditatibus ſucceſſioni non erat locus, ſed deficiente proximo herede legitimo, ſequentes vocabantur, non ut legitimi quia legitimus legitimo non ſuccedit, ſed vocabantur ex parte unde cognati, *§.placebat, Inſtit.de leg.agn.ſucceſſ.* Et Paulus 4. *Sentent.tit.8.* Sed per filium meum, poſtquam is agnovit bonorum poſſeſſionem unde cognati, me jubente, vel ratum habente, ut in *l.1.Cod.qui admitti*, ego ea bona poſſidere cœpi: Quæritur, an me legatarii convenire poſſint, quaſi commiſerim in edictum? Poſſet tentari, poſſe legatarios me convenire, non quidem ex verbis edicti, quæ ſunt de herede ſcripto, & filius meus ſcriptus eſt, non ego, ſed ex ſententia edicti, quia nihil intereſt, ego an filius meus heres ſcriptus ſit, *l.1.§.1.l.ſi filius meus, hoc tit.* At verius eſt me non incidiſſe in ſententiam edicti, ac proinde legatariis non teneri, quia quod dicitur, nihil intereſſe, ego an filius meus heres inſtitutus ſit, quod ad vim edicti attinet ita procedit, ſi per filium meum ex teſtamento hereditatem meam adquirere potuerim, & omiſſa cauſa teſtamenti filii nomine ab inteſtato bonorum poſſeſſionem acceperim, vel per eum ab inteſtato bonorum poſſeſ. acquiſierim, ut in ſupradictis ll. At in ſpecie propoſita, per filium meum ex teſtamento hereditatem adquirere non potui, quia inſtitutioni filii mei vel ſubſtitutioni fuit inſerta conditio emancipationis, & ideo non committo in edicti ſententiam, ſi eum nolo emancipare, id eſt, ſi eum nolo ſibi hereditatem adquirere, ſed malo ei cedere proximo loco ſucceſſionis ab inteſtato, ut veniat ad bona patruelis ſive conſobrini ſui ex parte unde cognati, eaque mox mihi per eum adquiratur non per memetipſum. Nec obſtat quod dicitur, conditionem quæ in noſtra poteſtate eſt, quæ uno verbo dicitur Poteſtativa, pro pura haberi, *l.1.§.qui ſub conditione, h.tit.* & conditionem emancipationis eſſe in poteſtate mea, quoniam hoc ita verum eſt, ſi illa conditio mihi imponatur: at cum filio meo imponitur, *ſi te pater emancipaverit*, profecto caſualis eſt conditio, non poteſtativa, neque enim patri invito filius extorquere emancipationem poteſt.

Ad §. Ultimum.

In eum, qui teſtamento ſcriptus heres non fuit, ſi fraudis conſilio cum heredibus ſcriptis participato, legitimam hereditatem ſolus poſſideat, actio legatorum ex ſententia prætoris dabitur.

EX verbis edicti legatariis tenetur heres, ſive legatorum actio datur in heredem ſcriptum, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet hereditatem. Ex ſententia autem & mente edicti datur etiam quandoque actio legatorum in non ſcriptum heredem, veluti in legitimum heredem, qui id egit dolo malo cum herede ſcripto in fraudem legatariorum, ut repudiaret hereditatem ex teſtamento, atque ita tota hereditas ab inteſtato ad eum perveniret: hoc caſu etiam in heredem legitimum competunt utiles legatorum actiones: hoc tamen ordine ſervato, ut ſi heres ſcriptus pecunia accepta a legitimo herede teſtamenti cauſam omiſerit, ipſe prior conveniatur a legatariis, & excutiatur, & poſt eum legitimus heres, qui cum eo fraudem participavit: ſi gratuito omiſit teſtamentum, ut prior conveniatur heres legitimus, *l.2. l.4. l.10. §.ultim. hoc tit. l.1. Cod.eodem tit.* Poſui hereditatem totam ad heredem legitimum perveniſſe, ut Papinian. ſolum eum, inquit, hereditatem poſſidere, quia ſi partem tantum hereditatis poſſideret heres legitimus, maxime gratis, pro ea duntaxat parte teneretur reſpondere legatariis, *l.10.in princ.& l.24.hoc tit.*

Ad L. IV. de SC. Syllan.

Qui poſtumos heredes inſtituerat, non natis poſtumis, uxorem ſecundo loco ſcripſit heredem: cum a familia necatus diceretur, uxor diem ſuum obierat, heredes mulieris actiones ex conſtitutione ſibi dari poſtulabant: eos ita demum audiendos eſſe reſpondi; ſi mulier quam in utero nihil geſtare conſtabat, propter Senatuſconſultum hereditatem adire no-

re noluit, alioqui prægnante ea defunctæ, nullam injuriæ querelam intervenisse.

IN hac l. hæc ſpecies proponitur: quidam poſtumos heredes inſtituit, eiſque ſi non naſcerentur, uxorem ſubſtituit, & cum is a familia necatus diceretur, uxor mortua eſt ante aditam hereditatem, quæritur: an ad heredem ſuum uxor tranſmiſerit utiles actiones hereditarias, ut *l. prox. §. pen. ſup. hoc tit.* oſtenditur, ſi heres metu SC. Syllan. id eſt, metu amittendæ hereditatis, quoniam SC. Syllan. cavetur, ut heredi fiſcus hereditatem auferat quaſi indigno, ſi, cum teſtator a familia necatus diceretur, ejus hereditatem adierit apertis tabulis teſtamenti, antequam de ſervis quæſtio haberetur, ſi, inquam, heres metu Senatuſconſ. Syllaniani hereditatem non adierit, & pendente ejus rei inquiſitione diem ſuum obierit, in heredem ſuum ſtricto jure non tranſmittere actiones hereditarias, propter regulam juris, quæ dictat, hereditatem non aditam, in heredem non tranſmitti, *l. un. §. in noviſſimo, C. de cad. toll. l. 6. in fi. & l. 7. ſup. de inof. teſt. l. 1. C. Theod. de legit. hered. l. 2. C. Hermog. de ſucceſſ.* Sed tranſmittere tamen in heredem conſtitutione quadam Principum, h. l. demonſtrat, niſi malis in ea, ut eſt in nonnullis libris, & videtur eſſe rectius, legere *ex ſubſtitutione*, non *ex conſtitutione*. Et ratio dandarum utilium actionum hæc eſt, ne fiat injuria heredi inſtituto vel ſubſtituto, quem SC. impedivit & deterruit ab adeunda hereditate, ſi interim defunctus nihil tranſmittat ad heredem ſuum, qui voluit quidem adire, ſed impeditus fuit SC, quia noluit cum periculo adire: unde quæritur in hac lege, an etiam non editis poſtumis, mortua uxore ante aditam hereditatem, quod metu SC. territa fuiſſet ab adeunda hereditate, quod maritus a familia necatus diceretur: an audiendi ſint heredes uxoris, qui ex ſubſtitutione utiles actiones ſibi dari poſtulant? Et ita diſtinguit Papin. ut, ſiquidem cum uxori liqueret, ſe nihil geſtare in utero, ſolius Senatuſconſ. metu non adiret hereditatem, tum ut intelligatur in heredes ſuos, ſi interim mortua ſit, tranſmiſiſſe utiles actiones hereditarias, ſed ſi, cum exiſtimaret ſe eſſe prægnantem, vel propter ſarcoſin uteri; quæ vulgo *mola* dicitur a Medicis, vel qua alia ratione, vel etiam ſi cum revera eſſet prægnans, hereditatem non adierit, non tam metu Senatuſconſ. quam quod ſciret non poſſe adiri hereditatem a ſubſtituto, quamdiu inſtitutus ſperatur, ut in *l. cum quidam, §. 1. & ſeq. ſup. de adqu. hered. l. antiqui, l. illud, ſi pars heredit. pet. l. 4. in fi. inf. de bonor. poſſ. contra tab. l. pen. §. ult. ff. unde legitimi*, hoc caſu nihil in heredem ſuum tranſmittit, quoniam aliud fuit impedimentum adeundæ hereditatis, quam metus Senatuſconſulti, ſpes ſcilicet naſcituri poſtumi, quod revera eſſet prægnans, aut ſe eſſe exiſtimaret, hoc, inquam, caſu, nihil in heredem ſuum tranſmittit, ergo nec directas, nec utiles actiones, quod maxime congruit cum *l. prox. §. ult. ſup.* quia nec etiam recte & juſte queri heres poteſt ſibi vel defunctæ injuriam fieri, ſi ab ea nihil ad ſe tranſmittatur, quod his verbis ſignificat Papinianus dum ait: *Eo caſu nullam injuriæ querelam intervenire.* Plus dico, etiam non eſſe ſubveniendum uxori, vel heredi ejus, exemplo filii vel heredis ejus, ſi poſtumus præteritus dum ſperatur, dum teſtamentum eſt in cauſa rumpendi, ei fuerit impedimento in adeunda hereditate, quia filio ſubveniri æquum eſt, propterea quod omnimodo, id eſt, ſive naſcatur poſtumus, ſive non, patri heres aut bonorum poſſeſſor futurus eſt, quæ eſt ratio legis *ventre, ſup. de adquir. hered.*

Ad Leg. XXI. Eod.

Propter veneni quæſtionem tempus petendæ poſſeſſionis non profertur, cum eo quoque ſuſpenſo crimine recte petatur. Aliud ſenatui placuit, cum a familia dominus necatus dicitur, ſervorum videlicet cauſa: quorum libertatem quæſtionis habendæ gratia negligi neceſſe eſt.

A NOtandum eſt multum intereſſe, utrum dominus per vim a familia, aut præſente familia, quod perinde eſt, necatus eſſe dicatur, an veneno, aut veneficio ſive vi carminis: nam ſi dominus vi aperta a familia necatus eſſe dicatur, ex Senatuſconſulto Syllan. hereditas ejus adiri non poteſt, antequam de ſervis, qui ſub eodem tecto fuerunt, qui, ut veteres dicebant, *ſubfuerunt*, quo tempore dominus occiſus eſt, quæſtio habita ſumptumque de noxiis ſupplicium fuerit, qui vel occiderunt, vel auxilium domino non tulerunt. Cujus juris duplex eſt ratio, ne heres facinus familiæ occultet propter ſuum compendium, dum mavult ſervos noxios habere ut diſtrahat, quam pœna eos conſumi, *l. 3. §. non tantum, hoc tit.* Notatur & altera ratio initio hujus l. ne forte ſervis quibuſdam teſtamento manumiſſis competat libertas, ſi hereditas ſtatim adeatur ante quæſtionem de familia habitam ſumptumque ſupplicium, & neceſſe ſit, ſi res ita procedat, de liberis hominibus quæſtionem haberi, tanquam de ſervis neglecta eorum libertate, quam melius eſſet non negligi, quoniam liberi homines vix quæſtioni ſubjiciuntur: ſed tamen neceſſe eſſet hoc caſu eos ſubjicere quæſtioni, cum a familia necatus dominus eſſe dicitur, & hoc eſt, quod ait, *ſervorum cauſa*, quorum libertatem quæſtionis habendæ gratia negligi neceſſe eſt; *quorum libertatem*, quæ ſcilicet competeret ſtatim, ſi ſtatim liceret adire hereditatem, & quorum libertatem negligi neceſſe eſt, & tamen melius eſſet eam non negligi. Quod ſi dominus veneno necatus eſſe dicatur, clam & per inſidias, non per vim, heres non prohibetur ſtatim adire hereditatem aut bonorum poſſeſſionem petere ſuſpenſa cognitione hujus criminis, *l. 1. §. occiſorum, l. neceſſarios §. ult. l. prox. ſup. hoc tit. l. 9. C. de iis quæ ut indign.* quia adverſus veneriariorum, vel veneficorum inſidias quid auxilii familia vel quiſquam ferre poteſt? Nihil prorſus; & ideo domino extincto eo modo clanculum etiam non habetur quæſtio de ſervis, qui ſub eodem tecto fuerunt. Et hæc eſt ſententia hujus reſponſi.

Ad §. Neptis.

Neptis quæ poſſeſſionem aviæ petierat, mortem ejus, interfectam ſciens, non defenderat; fideicommiſſum, quod avia ex alio teſtamento nepti debuit, in reſtituendis fiſco bonis non eſſe deducendum placuit: dolus enim heredis punitus eſt, ſi autem negligentia mulier emolumentum bonorum amiſerit, fideicommiſſum eſſe retinendum, integrato jure debiti rationis eſt.

SCiendum eſt, heredem poſſe adire hereditatem occiſo teſtatore, etiamſi nondum ultus ſit necem teſtatoris, id eſt, ſi modo non a familia, ſed ab alio occiſus eſſe dicatur, *l. ejus, §. ult. inf. de jure fiſci, l. eum, qui, §. bonis, inf. de iis quæ ut indign.* neque huic ſententiæ refragatur *l. 6. C. eod. tit.* quoniam, ut ibi oſtenditur, ea l. pertinet ad Senatuſconſultum Sillan. id eſt, ad caſum domini a familia necati, aut qui a familia præſumitur eſſe necatus, vel familiæ opera, vel conniventia, de quo caſu non eſt hoc ſecundum reſponſum, ſed ſi poſt aditam hereditatem non ulciſcatur heres, & defendat necem defuncti ſive ſciens, ſive ignorans, vindictam & defenſionem omiſerit, indiſtincte ei aufert hereditatem fiſcus, ut indigno: verum quæritur, an, ſi forte defunctus heredi debuerit fideicommiſſum ex alio teſtamento, quæ actio fideicommiſſi alio teſtamento relicti a defuncto aditione confuſa & extincta fuit, quia debitoris hereditatem creditor adivit, creditor, inquam, adivit hereditatem debitoris fideicommiſſi: quæritur erepta ei per fiſcum hereditate, quod inultam reliquerit cædem defuncti, an ſaltem ei ea actio reſtituenda ſit, quæ aditione quidem confuſa eſt? Sed æquum videtur, ut redintegretur ablata ei, ſi adiit hereditatem. Et diſtinguit Papinian. hoc loco, ut in *l. heredem, inf. de iis quæ ut indign.* Aut ſciens heres dolo malo inultam reliquit cædem defuncti,

functi, & tunc confusa actio non restituitur, ut dolus ejus puniatur. Aut ignorans negligentia quadam non inquisiit nimirum in genus mortis defuncti, mortem ejus inultam reliquit, hoc casu, quia dolus abest, æquum est ei, actionem confusam restitui & redintegrari, & ex hereditate fisco restituenda deduci & retineri fideicommissum, quod ei defunctus debet: & huic responso lex, quam objicit Accurs. nullo modo adversatur *l. duo, in fi. sup. tit. prox.* quia non loquitur de actione confusa per aditionem, quæ tamen, quod notandum, herede omissa causa testamenti hereditatem adeunte ab intestato, confunditur, si quid heredi defunctus debuerit, nec sane restituitur, quia hereditas ei non aufertur.

Ad §. Ult.

Præsidis iniquitate reis illatæ cædis absolutis heredibus qui non defunctorie debitum officium impleverant: quamvis non provocassent, hereditatem auferri non oportere visum est.

NOtandum est ex ult. responso h. l. non auferri hereditatem heredi, ut indigno, si reos cædis defuncti postulaverit, & peregerit sedulo, non defunctorie, non dicis causa, licet absoluti rei fuerint iniquitate judicis, nec ipse heres a sententia appellaverit. Ab herede exigimus, ut crimen illatæ cædis peragat & perducat ad sententiam, non etiam, ut vincat, quoniam hoc etiam in eo non est, non item ut victus appellet. Neque huic responso quidquam obstat *l. 6. C. de iis, quæ ut indign.* quoniam in ejus l. specie heres vicit & condemnavit auctorem cædis, & ideo, si condemnatus appellet, sane erit in dolo aut magna negligentia, nisi appellationem persequatur. In hac autem specie heres non vicit, heres non habet sententiam, quæ pro se faciat, nec necesse habet appellare aut litigare pervicacius: Et nihil est præterea in hac lege.

Ad L. LXXV. de Leg. II.

Miles ad sororem epistolam quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: scire te volo donare me tibi aureos octingentos: fideicommissum deberi sorori constitit, nec aliud probandum in suprema cujuslibet voluntate: placet enim consistere fideicommissum ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.

DUo sunt brevia responsa in hac lege. In primo ostenditur recte fideicommissum relinqui, etiamsi nemo rogetur præstare fideicommissum, id est, si cum herede non loquatur testator, sed cum fideicommissario, ut in *l. peto, hoc tit. Peto Cai Sei, contentus sis centum aureis,* vel ut in specie h. legis: *Scire te volo donare me tibi aureos octingentos.* Dono, est verbum directum, *l. Aurelius, §. Titius Sejo, de liber. leg.* At in hac specie verbum *dono* pro precario accipitur, quia scriptum est in epistola, in qua nihil directo scribi potest, & quæ ob eam rem dicitur epistola fideicommissaria, *l. cum quis, §. Sejo, titu. seq. l. 7. qui testam. fac. poss.* Et ideo, ex voluntate militis qualis fuit testator in hac specie, vis ejus verbi, *dono* convertitur in causam fideicommissi, ut in *l. precibus, in fi. C. de impub. & ali. substit. & l. centurio, de vulg. substit.* Nec igitur idem esset in pagano. Nec obstat quod subjicit: *non esse aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate.* Ergo nec in pagani voluntate, quoniam hoc ad speciem eandem fideicommissi non respicit, quæ proponitur initio hujus legis, sed ad generalem definitionem, quam subjicit, *fideicommissum consistere & si defunctus,* sic esse legendum jampridem ostendi ex Græcis, non, *ac si defunctus*: consistere igitur fideicommissum, etsi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur, id est, cui fideicommissum relinquit, non cum eo a quo relinquit, puta, herede, ut in exemplo *d. l. Peto Cai Sei, sis contentus illa re, vel pecunia, &c.* ubi nullum est verbum directum, vel etiam, ut in *l. fideicommissa, §. si quis ita, tit. seq. Cai Sei sufficit tibi illa res,* ubi etiam nullum est verbum directum, quod inflecti necesse sit, vel etiam, ut apud Paul. initio 4. Sent. *volo tibi illud præstari,* ubi est verbum precarium volo, & ibi quoque idem Paulus generaliter definit, eum, qui fideicommissum relinquit, cum eo cui relinquit, loqui posse.

Ad §. pro Parte.

Pro parte heres institutus cui præceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem, vita decessit: partem hereditatis ad coheredes subditos pertinere placuit, præceptionum autem portiones, quæ pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti.

NOn ignoratis, quod sæpissime jactavi, heredem institutum ex parte, cui prælegata sive præceptiones relictæ sunt, partem prælegatorum accipere a coheredibus jure legati, partem a semetipso jure hereditario, *l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. l. legatum, §. 1. sup. tit. prox.* Nunc finge: tres heredes instituti sunt ex æquis partibus, primus, secundus, tertius, adeoque invicem substituti sunt, & primo quidem prælegata data sunt: primus deinde moritur ante aditam hereditatem, & post diem cedentem prælegatorum, id est, post mortem testatoris, vel, ut olim, post apertas tabulas ex l. Papia, vel post existentem conditionem legatorum. Certum est portionem ejus hereditariam ad coheredes pertinere jure substitutionis reciprocæ: de prælegatis quæritur, an ea pertineant ad heredem primi jure transmissionis, quod post diem eorum cedentem vita decesserit, quæ cessio diei facit, ut legata transmittantur ad heredem: verum ut Papinian. respondet hoc loco, non transmittuntur integra, sed deducta portione hereditaria, quam in eis legatis habet pro rata suæ portionis, quæ pars pertinet ad substitutos coheredes, residuum ad heredem primi, quod pro parte coheredum habuit jure legati. Huic responso valde obstat *l. qui filiabus, §. ult. & l. seq. sup. tit. prox. & l. cum resp. C. de leg.* ubi proponitur heres institutus ex parte, cui prælegata data sunt, se abstinere hereditate tantum non prælegatis, & capere prælegata integra vel transmittere ad heredem suum, non deducta portione hereditaria, quasi tota capiantur jure legati, cumque sprevit hereditatis portionem, quæ sibi adscripta est: eo casu prælegata non diverso jure capiuntur, sed uno tantum jure: & ut respondeamus, recte ponitur in illis ll. heres omisisse hereditatem, quo casu totum prælegatum retinet, quoniam separavit hereditatem a prælegato, sprevit hereditatem & elegit legatum. At in specie hujus responsi heres non omisit, nec repudiavit hereditatem, non separavit eam a prælegato, sed mortuus est ante aditam hereditatem, quum consultabat, & deliberabat, id est, antequam sibi prælegata retineret, neglecta hereditate, antequam separaret hereditatem a prælegato, & ideo totum prælegatum in heredem non transmittitur, sed partes tantum, quæ ex persona heredum constiterunt. Et ita Accursius statim, sine ambagibus respondit in *l. filio, sup. tit. prox.* At hic tres adfert solutiones: secunda est ea, quam attuli & verissima. Prima hæc est: hic agi de substituto coherede, ibi de non substituto coherede, & jure substitutionis etiam prælegati portionem hereditariam ad substitutos pertinere: jure adcrescendi, non item, quam differentiam refellit *l. Sextilia, tit. seq.* Tertia autem solutio constituit differentiam inter suum & extraneum heredem, quam differentiam etiam evertit *l. quæsitum §. duobus, sup. tit. prox.* Ergo permaneamus in secunda.

Ad Leg. XXII. de Adim. & transf.

Ex parte heres institutus, etiam legatum acceperat: eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, præterit:

teriit: hereditariæ quidem actiones ei non denegabuntur, ſed legatum ſi petat, exceptione doli mali ſubmovebitur.

MEmoria repetendum eſt quod habuimus in *l.militis, §.veteranus, ſup.de teſtam.milit.* cum quo & hanc legem diximus eſſe conjungendam. Hereditatem teſtamento datam nuda voluntate non adimi, ſed alio teſtamento ſolemni & jure perfecto. Legatum autem adimi, etiam nuda voluntate minuſve ſolemni, non quidem ipſo jure, ſed beneficio exceptionis doli mali oppoſitæ legatario petenti legatum; hæc differentia inter hereditatem & legatum aperte demonſtratur in hac lege. Finge: Heredi inſtituto ex parte prælegata data ſunt, & poſt teſtamentum inter eum heredem & teſtatorem capitales & graviſſimæ inimicitiæ interceſſerunt, quibus adductus teſtator cum alio facto teſtamento eum heredem inſtituiſſet mutare, id non potuit perficere morte præventus, atque ita eum heredem præteriit, id eſt, non ut conſtituerat exheredavit, Papinian.ait, ei heredi hereditarias actiones competere ſine metu illius exceptionis, quia hereditas ei adimi non potuit nuda voluntate. Eundem autem heredem petentem legatum repelli exceptione doli mali. Petentem legatum officio judicis famil.erciſcundæ exceptione doli mali, quaſi adempto legato pro parte coheredum, ut in *l.pen.§.pen.hoc tit.* quæ eſt ſententia hujus legis. Ne autem dixeris in hac ſpecie, in hereditate fiſco locum eſſe, quoniam hoc vetat oratio Divi Pertinacis, de qua in *§.pen. Inſtit. quib.mod.teſt.infirm.* Et ita Julius Capitolinus in Pertinace: *legem*, inquit, *tulit, ut priora teſtamenta non prius eſſent irrita, quam alia perfecta eſſent, neve ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet.* Ergo ne dicas in hereditate fiſco locum eſſe. Et ad hoc dicendum minime te compellat *l.hereditas, C.de his, quib.ut indig.* in qua teſtator propalam declaravit heredem a ſe ſcriptum indignum & immerentem eſſe, quod hic non declaratur. Itaque in illa ſpecie vocatur fiſcus, non in hac ſpecie. Ad id quoque dicendum minime te compellat *l.cum quidam, de iis, quibus ut indig.* in qua proponitur teſtatorem ſecundum teſtamentum ſolemniter perfeciſſe, licet in eo ſcripſerit heredem incapacem neſciens, & ideo primo teſtamento ſcriptum heredem non habere ſupremam voluntatem defuncti, quamobrem fiſcum vocari in locum incapacis, nec excludi a primo herede, qui non habet ſupremam voluntatem defuncti. In hac autem ſpecie heres ſcriptus primo teſtamento videtur habere ſupremam voluntatem defuncti, cum nulla alia ſuperſit voluntas, nullum aliud teſtamentum, quod ſit perfectum, & ideo fiſco locus non eſt in hac ſpecie. Ne dixeris etiam in legato, quod heredi ademptum intelligitur, fiſco locum eſſe, quia etiamſi capitales inimicitiæ intervenerint inter legatarium & teſtatorem, & ideo legatum ei præſumamus teſtatorem noluiſſe præſtari, tamen fiſco locus non eſt, niſi uno caſu, qui proponitur in *l. ſi inimicitiæ, ff. de iis, quib. ut indig.* videlicet, ſi legatarius teſtatori moverit controverſiam ſtatus, ſi vindicaverit in ſervitutem, quod eſt caput petere teſtatoris, quoniam eo modo impugnat teſtamentum, ut *l.16.eod.tit.* Et ideo ut indignus repellitur ab eis, quæ ei teſtamento relicta ſunt quoquo titulo id impugnavit: ſi ut indignus repellitur, ergo in locum ejus venit fiſcus: fiſcus eſt ſucceſſor indignorum & ingratorum heredum.

Ad Legem XV. de His quibus ut indignis.

Heredi, qui falſos codicillos eſſe dixit; neque obtinuit, hereditas non aufertur, ſi tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, ejus actio denegabitur: itaque ſi bonorum inter heredes diviſionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum conſiſtere non potuit, tenebit: ſed Falcidiæ beneficio non utetur, ſi tantum in amiſſis portionibus erit, quod Falcidiam æquitate compenſationis recuſaret.

SCiendum eſt eum, qui teſtamentum falſum dixit, nec obtinuit, & a teſtamento repelli, & a codicillis ad teſtamentum factis, & in locum ejus quaſi indigni fiſcum vocari, quia utrumque inſtrumentum & teſtamenti ſcilicet & codicillorum improbaſſe & coarguiſſe videtur: qui totum improbat atque coarguit, & partem improbat. Codicilli autem pro parte teſtamenti habentur. Verum aliud dicendum e contrario, ſi codicillos tantum eſſe falſos dixerit nec obtinuerit: non enim hic repellitur a teſtamento, ſed a codicillis tantum, quia non videtur etiam teſtamentum improbaſſe, *l. 5. §. qui principale, hoc tit.* Qui partem improbat non continuo & totum improbat: & ideo, ut hoc loco Papinian.ait, ei a fiſco hereditas teſtamento data non aufertur: verum ſi codicillis prælegatum ei relictum ſit, id ei fiſcus ut indigno aufert & eripit, non quidem integrum, ſed pro partibus tantum, quas a coheredibus accepit jure legati. Partem autem, quam a ſemetipſo accepit jure hereditario, quod pro ipſius parte legatum conſiſtere non poſſit, ut in *l. eum, qui, §.ult.hoc tit.* eam partem retinet, quaſi ex teſtamento principali: hoc cognito, Finge: Teſtator, qui mille habuit in bonis, duos in teſtamento heredes ſcripſit æquis partibus, primum & ſecundum, codicillis autem inter eos coheredes bonorum ſuorum diviſionem fecit; primo adſignatis rebus Italicis, quæ dignæ erant ducentis, ſecundo provincialibus quæ erant dignæ octingentis. Ipſo jure ii heredes habent ſemiſſes omnium bonorum, id eſt, ſinguli quingenta, cujus portionis Falcidia ſive quadrans eſt 125. At vice mutua videtur teſtator eis prælegaſſe, primo partem, quam ſecundus haberet in rebus Italicis id eſt, centum; ſecundo autem partem, quam primus haberet in rebus provincialibus, id eſt quadringenta, *l.ex facto proponebatur, de hered.inſt.* Atque ita fit officio judicis familiæ erciſcundæ cognoſcentis, ut res Italicas primus capiat, partim jure hereditario a ſemetipſo, partim jure legati a coherede ſecundo, & ſimiliter ſecundus res provinciales. At ſi idem primus codicillos, in quibus illa prælegata ſunt ſibi & coheredi facta inter eos diviſione bonorum, falſos dixerit, nec obtinuerit, fiſcus ei auferet ſemiſſem rerum Italicarum, quem ex codicillis a coherede accepit jure legati: alterum ſemiſſem, id eſt, centum primus ſibi retinebit jure hereditario veluti ex teſtamento, quod non accuſavit. Ex ſemiſſe autem rerum provincialium, quem primus ſecundo coheredi ſuo jure legati præſtare debet, ſi velit retinere, quod Falcidiæ portioni ſuæ deeſt: nam & Falcidia retinetur ex prælegatis, *l.15. §.ult.ad l.Falcid.l.a coherede, C.eod.tit.* Deſunt Falcidiæ portioni ſuæ 25. quoniam ipſo jure Falcidia portionis cujuſque eſt 125. & is centum duntaxat habet jure hereditario. Si igitur velit retinere illa 25. ex ſemiſſe bonorum provincialium coheredi præſtando, repellitur per exceptionem doli mali, oppoſita compenſatione ejus, quod vice mutua percipit a coherede, quia ſemis rerum Italicarum, qui eſt centum, quem a coherede vice mutua percipit, & amiſit ſua culpa temere accuſando codicillos, abunde ſupplet, quod jure ex Falcidiæ ſemiſſe rerum provincialium deducere deſiderat. Et de hoc genere compenſationis ſatis jam ante diximus in *l.qui non militabat, de hered. inſt.* explicata *l.Neſennius, & l.filio, ad l.Falcid.& l.filium quem, C.fam.erciſc.* quibus etiam eadem ratio compenſationis approbatur. Et hæc eſt hujus reſponſi ſententia.

Ad Legem LXXVI. de Condit. & Demonſt.

Fideicommiſſum a filiis relictum, ſi quis ex his ſine liberis diem ſuum obierit, adoptionis commento non excluditur.

SEntentia hæc eſt: Conditionem, *ſi ſine liberis deceſſerit*, de liberis naturalibus intelligi, non de adoptivis, alioquin nullum non fideicommiſſum ſub ea conditione relictum eluderetur & excluderetur commento adoptionis. Commentum vocat, quia adoptio eſt imago naturæ, *l.filio, de liber.& poſt.* Calphurnius Flaccus in decla-

declamationibus; *Adoptio* inquit, *sancta res est, quæ beneficium naturæ & juris imitatur*: Ausonius.

Imitatur adoptio prolem,
Quam legisse juvet, quam genuisse velit.

Adoptivi igitur commentitii sunt liberi. Improbatur igitur in hac lege adoptio, quæ fit in fraudem fideicommissarii. Et sic in *l. cum ratio, §. ex bonis, ff. de bon. damn.* Portiones quæ liberis servantur ex bonis damnatorum dicuntur ita demum servari etiam liberis adoptivis: si non fraudis causa facta sit adoptio: & in *l. libertus, §. in adoptiva, ad municip.* significatur ideo jus originis in suscipiendis muneribus civilibus adoptione non mutari, quia inest adoptioni suspicio fraudis, quasi fiat in fraudem Reipubl. civilium munerum evitandorum causa: & omnino recte: M. Tull. pro domo sua: *In adoptione neque calumniam, neque dolum, neque fraudem adhibendam esse.*

Ad Leg. VI. de Collat. dot.

Pater filium emancipatum heredem instituit, & filiam exheredavit, quæ inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit, non esse fratrem bona propria conferre cogendum, respondi: nam & libertatem competere placuit.

HUjus l. sententia hæc est. Pater filium emancipatum ex asse heredem instituit, filiam quam retinuerat in familia exheredavit: filia egit querela inofficiosi testamenti, & fratri evicit semissem hereditatis paternæ, eumque semissem habet jure intestati: alterum semissem frater habet jure testati. Nam etsi ab initio paganus non possit esse pro parte testatus, pro parte intestatus, tamen ex postfacto, maxime per querelam inofficiosi testamenti, pro parte fieri potest intestatus & pro parte manere testatus, ut in *l. nam etsi parentibus, §. ult. l. mater, l. circa, sup. de inoffic. testam.* Et in hac specie, in qua hoc quæritur, an debeat filius emancipatus sorori conferre bona propria, & vicissim soror, an debeat fratri conferre dotem profectitiam, respondetur neutrum teneri conferre: optima ratione, quia inter fratres, tunc demum collationi locus est, quum eodem jure veniunt ad bona patris, puta omnes per bonorum possessionem contra tabul. vel bonorum possession. unde liberi, vel etiam per querelam inofficiosi testamenti extraneis heredibus scripsit, & in totum rescisso testamento per querelam, *l. ut liberis, C. de collat.* non etiam collationi locum esse, si diverso jure veniant ad bona patris, ut est in *l. seq. hoc tit. l. filium §. videamus, sup. de bon. poss. cont. tab.* In hac autem specie veniunt jure diverso, soror jure intestati, frater autem jure testati, qua ratione & libertates testamento relictæ omnimodo valent, quia testamentum consistit pro parte, & libertas dividi non potest. Legata autem valent pro parte, *l. judicatæ, inf. de exce. rei jud. l. cum filio, in pr. de leg. 2. l. cum duobus, de inoff. testam.* Ergo in hac specie cessat collatio inter fratrem & sororem.

Ad L. Filiusfam. VIII. si Tab. testam. nullæ exst.

Filiusfamilias ut proximus cognatus, patre consentiente, possessionem agnovit: quamvis per conditionem testamento datam, quod in patris potestate manserit ab hereditate sit exclusus: tamen utiliter possessionem agnovisse videbitur, nec in edicti sententiam incidet, quoniam possessionem secundum tabulas non agnovit, cum inde rem habere non poterit, nec in filii potestate conditio fuerit, nec facile pater emancipare filium cogi poterit.

IN hujus legis specie proponitur quidam filium cognati sui heredem instituisse sub hac conditione, *si a patre emancipatus esset*, quoniam erat in potestate patris hanc adjecit conditionem, dum apud filium bona sua permanere cupit, non per eum patri acquiri manentem in familia & potestate ejus. Quamobrem testatores sæpe filiorum alienorum institutioni eam conditionem adjiciunt, vel pe-

A rosi patrem, ut in *l. si quis in suo, §. ult. C. de inoff. testam.* utque apud Plinium 8. Epist. Curtius quidam perosus generum suum dicitur filiam generi sui, neptem suam heredem instituisse sub conditione, *si esset manu patris emissa*, ne ad illum bona sua pervenirent: vel etiam quod testatores nonnunquam male suspicentur de moribus patris, ut in *l. filius, C. de inoffic. testam.* Neque enim temere bona nostra relinquimus eis, quos suspicamur ea per luxum statim consumpturos. Et sic in *d. l. filiis*, proponitur mater filios suos heredes instituisse sub conditione emancipationis, quod secus suspicaretur de moribus mariti: sed erat etiam olim in matre alia major ratio, qua adducta filium institueret sub conditione emancipationis, quia nec marito donare poterat constante matrimonio, nec maritum heredem instituere ex l. Papia.
B Ergo nec filium, qui esset in potestate mariti, quia marito quæreretur statim, ut *l. 3. §. verbum, de donat. int. vir. & ux.* Eandem conditionem apponunt extranei plerumque quum filios alienos heredes instituunt, ut in hac *l. & l. quidam, ff. de hered. instit. l. 3. §. etsi heres de minorib.* Sed frequentius in jure proponitur mater aut avia sub ea conditione filium heredem instituere vel nepotem, aut filio nepotive donare inter vivos, ut in *l. ult. sup. de pet. hered. l. Divi, de jure codic. l. duos, l. avia, de cond. & demonst. l. 3. C. de instit. & subst.* Et apud Sueton. in Vitellio: *filium*, inquit, *a matre heredem sub hac conditione institutum, si de patris potestate exiisset, manu emisit*. Institutioni sub ea conditione conceptæ, plerumque adjiciebatur dies centesimus: *si a patre intra dies centum emancipatus erit*, ut in *d. l. 3. §. etsi heres, de mi-*
C *nor.* quia intra centum dies cernenda & adeunda hereditas erat: non ergo dies decimus adjici vulgo solebat, ut Glossa ponit hoc loco. In donatione autem inter vivos collata in filium alienum vel in filium proprium a matre sub eadem conditione adjiciebatur quælibet alia dies, veluti si intra biennium emancipatus erit, ut *l. 1. C. de donat. quæ sub modo*. Et ex iis quidem apparet, quam sit falsa doctorum quorundam opinio, qui existimarunt etiam ante Constantinum, id est, ante *l. 1. C. de bon. mat.* filiumfamil. non quæsiisse bona materna, quia si ei non quæsivit bona materna, supervacua & inepta est conditio emancipationis, quam institutioni filii plurimum inserit mater. Et sane ante Constant. filiumfamil. patri quæsiisse etiam hereditatem maternam pleno jure probat *l. 6. in pr. & l. filiusfam. de adquir. hered. l. 1. §. qui ope-*
D *ras, ad Senatusc. Tertul. l. 3. §. verbum, de donat. int. vir. & ux. l. 1. C. de lib. exh.* Et hoc probat etiam Accursius ipse, & Stephanus alter Græcorum Accurs. in *d. l. 1. C. de bon. matern.* His cognitis, fac quod filius sororis meæ, cui ego sum avunculus, filium meum consobrinum suum heredem instituit sub conditione, *si a me in dieb. centum emancipatus esset*, & ab eo multa legata reliquit, ac me nolente filium emancipare, filius coactus est omittere causam testamenti, ad quam pervenire non potest ob defectum conditionis testamento datæ, quæ in ejus potestate non est. Omisso testamento mihi tanquam proximiori cognato, nempe avunculo, delata est successio defuncti ab intestato, ut in *l. 6. C. comm. de success.* Quam tamen successionem ego omisi aut repudiavi, ut filius meus, qui sequentem gradum occupat, ad ea bona ve-
E niret, ut proximus cognatus, me omittente successionem, qui eum gradu præcedebam, atque ita consentiente & cedente patre filius ab intestato agnovit bonorum possessionem unde cognati, & jure patriæ potestatis per eum ego cœpi ab intestato possidere bona filii sororis meæ: quæritur in hac l. an filius meus inciderit in edictum, si quis omissa causa testamenti, atque ideo, an teneatur legatariis perinde atque si ex testamento bonorum possessionem secund. tabulas accepisset? quod videtur dicendum, quia omisit causam testamenti, quam tamen amplecti potuit etiam pendente conditione emancipationis, non quidem adita hereditate, quia adiri non potest ante conditionem impletam; sed petita bonorum possessione secundum tabulas, quam utique præ-

tor

tor dat etiam pendente conditione, *l.2.§.si sub cond.l.5. & 6.de bonor.possess.secund.tabul.l.inter omnes, qui satisd. cog.* Ergo videtur ei imputari posse, quod non agnoverit bonorum possessionem secund. tabulas, quam potuit etiam suspensa conditione agnoscere: denique videtur conveniri posse a legatariis, perinde atque si accepisset bonorum possessionem secund. tabulas, juxta sententiam edicti, *si quis omissa causa testamenti*. Aliud tamen Papinianus respondet in hac l.cui conjungenda est *l. mater. §.1. si quis omissa cau. test.* quæ idem statuit, filio alieno instituto sub conditione emancipationis, quod hæc filiofamil. instituto sub eadem conditione, ut in specie proposita, non intelligatur filiusfamil.incidisse in edictum, *qui omisso testamento*, id est, omissa bonorum possessione secund. tabulas, ab intestato agnovit bonorum possessionem unde cognati. Et ratio hujus responsi hæc est, quia is tantum incidit in edictum, qui causam omittit testamenti, quam cum re, id est, cum effectu amplecti potuit: at filius meus cum a me non emanciparetur in diebus centum, causam testamenti cum effectu amplecti non potuit. Nam etsi bonorum possessio secundum tabulas ei data foret pendente conditione emancipationis, tamen sine re constitueretur, & sine effectu postea conditione defecta, puta, non secuta emancipatione, cujus conditio non fuit in potestate filii mei, nec mihi invito extorqueri potuit emancipatio, quia patris potestas est res inæstimabilis, ut *l.filiusfam. §.2. de leg.1.l.4.de emancip.lib.* Et ait, facile patrem emancipare filium non cogi, quia existunt certæ causæ, propter quas nonnunquam extra ordinem non jure ipso pater cogitur filium emancipare, ut in *l.ultim.si quis a par.man.erit.l.nonnunquam, de adop.l.si cui leg.de cond.& demonst.l.pen.sup.de curat.fur.* Recte autem Ulpianus *lib.sing.reg. t.23. & 28.* bonorum possessionem, aut cum re dari, aut sine re. *Cum re*, si is qui accipit cum effectu bona retineat: *sine re*, cum alius jure civili evincere hereditatem potest, ut si suus heres sit, inquit: Intestati bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem jure legitimo potest, & ita in *l.filiis C.de inoffic.test.* dicitur filiis a matre institutis sub conditione emancipationis, patrem, qui conditioni non obtemperat, cum re bonorum possess.secund.tabul. non accipere videri. Accipere quidem bonorum possess.secund. tabulas, quia nihil est quod facilius concedat prætor cuilibet petenti, sed accipere sine re. Et ita a nobis Divus Ambrosius o.Epist. *Sunt heredes sine re, sunt & cum re: ut vivente testatore qui scripti sunt, heredes sunt sine re*: & infra, *heredis nudum nomen habent*; & infra, *tanquam clausis tabulis cernunt hereditatem, rem non possident*. Et ex iis quidem facile, quæ sit sententia hujus legis intelligi potest, dum ait, filiumfamil.scilicet, a cognato, veluti a consobrino, ut posui speciem, non a matre, ut Glossa ponit, heredem institutum sub conditione emancipationis, omissa causa testamenti, quod non emanciparetur a patre, agnovisse ab intestato bonorum possessionem unde cognati non unde legitimi ut Glossa tentat, quia non de matris, sed de cognati hereditate quæritur: agnovisse igitur bonorum possessionem unde cognati, patre consentiente & filio cedente locum, nimirum malente patre per filium, quam per se ea bona ab intestato possidere, quando quidem per se venire potuit pater tanquam proximior cognatus, sed maluit filium venire ex successorio edicto, quo Papin.ait, tametsi hereditate ex testamento exclusus sit, defecta conditione emancipationis testamento datæ, id est, non sequuta emancipatione intra dies centum, tamen utiliter, quod etiam Glossa nescit ut explicari debeat utiliter, id est, cum re in Basil. ἐνδυνάμως, ab intestato agnovisse ut proximum cognatum bonorum possessionem unde cognati, nec incidisse in edictum, *si quis omissa causa testamenti*, propter causam legatorum aut fideicommissorum, quod non agnoverit bonorum possessionem secund.tabulas, quia, inde inquit, rem obtinere non potuit, id est, ex parte secundum tabulas, quoniam ex ea parte bonorum possessio futura erat sine re non impleta conditione emancipationis: denique filium habuisse justam causam omittendi testamenti ex quo nomen nudum heredis capessere tantum potest, non rem obtinere. Notandum est hanc legem esse de bonorum possessione unde cognati, nec tamen alienam a titulo, qui talis est, si tabulæ testamenti nullæ exstabunt, unde liberi, tametsi non sit de bonorum possessione unde liberi, sed de bonorum possessione unde cognati, quia hujus tit. duæ sunt partes, una generalis, si tabulæ testamenti nullæ extabunt: altera specialis, unde liberi: & hæc lex, etsi non pertineat ad specialem, pertinet tamen ad generalem. Postremo notandum est etiam huic responso locum esse, si filiusfam. a cognato heres institutus sub ante dicta conditione, nec coheredem, nec substitutum habuerit: nam si vel hunc, vel illum habuerit, ut in specie *l.filiis, Cod. de inoff. test.* sine re videbitur agnovisse bonorum possess. unde cognati: in specie *l. filiis*, coheredem, vel substitutum habuerit necesse est, cum de querela inoffic. testam. in ea agatur, an pater eam filii nomine intendere possit non emancipato filio. Nam querela inofficiosi testamenti non datur contra testamentum, non datur contra lignum, ut dicitur de bonorum possessione contr. tab. quæ datur contra testamentum, etiamsi nullus heres extiterit ex testamento, sed datur contra heredem, qui adierit hereditatem ex testamento. Cum ergo quæratur, an agi possit quærela, in specie illius l.existit igitur aliquis heres primus aut secundus, in quem agi possit eo judicio. Et breviter summa sententia *l.filiis* hæc est: filiisfamil. a matre heredibus institutis sub conditione emancipationis, non emancipantem patrem filiorum nomine, neque bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere posse, neque agere posse querela inofficiosi testamenti adversus coheredes, vel substitutos filiorum, quoniam non injuriæ causa, sed ut consuleret filiis, mater institutioni filiorum eam conditionem præposuit, & ideo pater, qui forte acceperat bonorum possessionem secundum tabulas, sed sine re, rem tenetur restituere coheredibus, vel substitutis. Quod autem nos dicimus, *cum re*, vel *sine re*, heredem aut bonorum possessorem, id etiam alii auctores imitantur sumentes a nobis, ut Vellejus Paterculus 2. dum ait: *Sillani imaginem Tribunitiæ potestatis sine re reliquisse*: & Ovid. 3. Amorum, de illo Deo:

Aut sine re Deus est, nomen frustraque timemus,
Nudum nomen habet.

Ad L. IX. Unde cognati.

Octavi gradus agnato jure legitimi heredis, etsi non extiterit heres possessio defertur, ut proximo autem agnato, quamvis extiterit heres, non defertur.

IN hac l. proponuntur duo responsa: & in priore differentia est inter cognatos & agnatos, quod agnati in infinitum, etiamsi decimo, vel ulteriore gradu sint ab intestato, ad hereditatem vocantur jure civili, id est, ex XII. tabul. vel ad bonorum possession. unde legitimi, quæ edicto prætoris comparata est, agnatorum gratia. Nam legitimos prætor vocat agnatos, quos lex vocat ad hereditatem, ut ipse similiter, ad bonorum possessionem. Denique ab intestato agnati veniunt gradatim usque in infinitum, vel jure civili, vel jure prætorio per bonorum possessionem unde legitimi, *l.2.§.agnati, de suis & legit.§.pen.Inst.de suc.cog.* Et deficientibus agnatis, ad hereditatem etiam in infinitum ex XII. tabul. vocabantur gentiles, id est, ingenui homines ex ingenuis parentibus orti, qui ejusdem essent nominis, licet non ejusdem familiæ: agnati sunt ejusdem nominis & familiæ, & habent easdem imagines: *mesmes armes*: gentiles sunt ejusdem nominis tantum, non ejusdem familiæ, unde rectissime, quos in Timæo Plato vocat ὁμωνύμους M. Tullius interpretatur gentiles: & ipse etiam eadem ratione dicit se esse gentilem Servii Tul. regis. Verba 12.

tab. quibus vocantur gentiles ex Ulp. hæc didicimus: *si agnatus nec escit, gentilis familiam habeto*. Hodie jura gentilitia in usu non sunt, sed jura agnatitia tantum, quæ porriguntur in infinitum. Proinde octavi, vel decimi, vel ulterioris gradus agnato defertur hereditas, vel bonorum possessio unde legitimi, etiam si jure legitimo heres non extiterit, ut Papinian. ait hoc loco, id est, etiam si hereditatem non adierit jure civili, vel se pro herede gesserit. At eidem agnato octavi, noni vel decimi gradus, non defertur bonorum possessio unde cognati, quamvis & cognatus sit. Quia qui est agnatus, & cognatus est, non contra: tamen decimi gradus agnato non defertur bonorum possessio unde cognati, etiamsi jure legitimo heres extiterit, ut cœpi dicere, id est, etiam si hereditatem adierit ut agnatus, non poterit accipere bonorum possessionem, ut cognatus, qui est octavo aut decimo gradu, quia ultra sextum gradum, nec agnatis quidem (licet jure civili hereditatem adierint) quasi cognatus defertur bonorum possessio, sed intra sextum gradum tantum. Non est novum, ut qui jure civili heres extitit, velit etiam accipere bonorum possessionem. Plerique melius sibi jurique suo prospici putant auxilio prætoris quam jure civili, ideoque non satis habent adiisse hereditatem jure civili, sed petunt etiam bonorum possessionem sicut in tit. de Carb. edicto, ostenditur, eum, qui accepit bonorum possessionem edictalem, nonnunquam petere bonorum possessionem decretalem, qualis est Carboniana. Et vice versa. At bonorum possessio unde cognati, non datur cognato octavi gradus, licet jure civili heres extiterit, quia hæc bonorum possessio sextum tantum gradum cognatorum complectitur, & ex septimo gradu duas personas videlic. sobrina natum vel natam, non totum septimum gradum, *l.1. §.hec autem, h.tit.§.ultim. Inst. de succ. cogn.* Et ratio cur tantum prætor cognatorum fecerit sex gradus, vel solum septem, propter duas illas personas hæc est. Quia ultra eum fere gradum cognatorum, rerum natura cognatorum vitam, vel gradum consistere non patitur, *l.non facile, in pr.inf. de grad. & adfin.* vel ut Paulus ait 4. Sentent. *quia ulterius per rerum naturam, nec nomina cognatorum propria inveniri, nec vita succedentib. prorogari potest*. Et hac ratione sex tantum vel septem gradus cognatorum, sex vel septem gradus cognationis constituuntur: & l. Julia & Papia finitur cognatio usque ad sextum gradum quo capite dant maritis solidi capacitatem. *Si cognati*, inquiunt, *inter se cojerunt usque ad sextum gradum*, apud Ulp. lib. reg. tit. *de solidi capac.* & l. Julia publicorum judiciorum, ex qua adversus cognatos inviti testimonium non dicunt, nominantur tantum sobrinus, id est, consobrini filius & sobrino natus, non quod excusentur etiam a perhibendo testimonio adversus cognatum cognati priorum graduum, sed quod finiatur cognatio in persona sobrini, & sobrino nati, hoc ex sexto gradu, & ex septimo adsumpto tantum sobrino, vel sobrina nato natave, *l.4.sup.de test.* Et in l. Julia repetundarum, ut ei, qui in magistratu est, a sobrinis impune pecuniam accipere liceat, id est, ab omnibus cognatis usque ad sextum gradum, cui ex septimo licet addere sobrino natum, *l.1.ad l.Jul.repet.* Et in l. Cornelia de injuriis, ut de injuriis non judicet, qui ei, qui agit injuriarum, sobrinus erit, cui ex septimo gradu addi potest sobrino natus, significatur ulteriorem judicare posse, quasi sit extra numerum cognatorum, *l.5.in prin. de injur.* Ideoque quod ad istud responsum attinet breviter constituamus, ut adoptio in adoptionem & adrogationem dividitur, adoptionis nomine accepto pro genere & specie, ita cognatio dividitur in agnationem & cognationem: cognati dividuntur in agnatos & cognatos, qua ratione recte dicitur eos, qui agnati sunt, & cognatos esse, non utique autem cognatos omnes & agnatos esse, ut in *l.Jurisc.§.1.de gradib.& affin.* ut patruus meus, mihi agnatus & cognatus est; avunculus cognatus est tantummodo, non agnatus, quia agnatus me contingit per patrem, cognatus per matrem: ergo patruus, id est, frater patris, mihi agnatus & cognatus est: at frater matris id est, avunculus mihi cognatus non agnatus est. Agnatus ejusdem nominis est, & familiæ; cognatus ejusdem nominis & familiæ non est, quia tamen, qui agnatus est, & cognatus est, cognati nomine accepto generaliter; ideo agnato ab intestato non tantum defertur hereditas & bonorum possessio unde legitimi, quæ proprie agnatis competit, sed etiam bonorum possessio unde cognati, cum & ipsi sint cognati: sed hoc interest, quod bonorum possessio unde legitimi, defertur agnato cujuscunque gradus, etiamsi jure civili non adierit hereditatem: bonorum possessio unde cognati, defertur tantum agnato sexti gradus, & ex septimo gradu duabus personis tantum sobrino sobrinave, nato natave: ultra eum gradum easque personas ne agnato quidem defertur bonorum possessio unde cognati, sed intra eum gradum sane defertur agnato bonorum possessio unde cognati, etiamsi jure civili heres extiterit ut agnatus, quasi ex abundanti etiam accepta bonorum possessione unde cognati.

Ad §. Fratris.

Fratris filius pro parte heres institutus, cum patruum surdum esse contenderet, atque ideo testamentum facere non potuisse, possessionem, ut proximus cognatus accepit, ex die mortis; temporis haberi rationem placuit, quia verisimile non videbatur tam conjunctum sanguini, defuncti valetudinem ignorasse.

BOnorum possessio unde cognati, quæ agnatis & cognatis defertur, petenda est intra centum dies ex edicto successorio, numerando a tempore mortis ejus, cujus de bonis agitur, *l.3.hoc tit. l. 1. §.si intra, tit.seq.* Hoc cognito fac, quod filius patris testamento patrui heres institutus est adjecto coherede extraneo, & dicit filius fratris neque se, neque coheredem ex testamento hereditatem adire posse, quod surdus fuerit patruus, surdo non fuisset testamenti factionem, ut in *l.6.§.1. & l.7.qui test.fac.poss.* quod obtinuit ante constitutionem Justin. id est, ante *legem discretis, C.qui test.fac.po.* Et ideo filius fratris quasi nullo testamento, cum re videtur agnoscere bonorum possessionem unde legitimi, vel unde cognati, si hoc maluerit, intra centum dies, scil. utiles, quibus scierit sibi ab intestato deferri patrui hereditatem. Centum dies cedunt scienti, non ignoranti causam intestati, sive causam ab intestato delatæ hereditatis: cedunt ergo ei centum dies statim a morte patrui, quia præsumitur scivisse adversam valetudinem, id est, surditatem patrui, *non est*, inquit, *verisimile tam conjunctum sanguini defuncti valetudinem ignorasse*, sicut dicitur etiam non ignorasse conditionem, & statum capitis sui cognati, *l.si filium, C.de lib.causa*. Item non esse verisimile, proxima necessitudine conjunctum ignorasse ætatem cognati, *l.7. C. de in integr. resti.min.* Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad L. Ult. de Success. edic.

Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset, nec ad rem pertinuit quod abstinendi facultatem ob auxilium ætatis prior cognatus acceperat: igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.

PRoximioris gradus cognatus, puta, frater, cum esset minor 25. annis ab intestato agnovit bonorum possessionem unde proximi cognati: deinde beneficio ætatis in integrum restitutus est, ut se illis bonis fraternis abstineret. Quæritur, an inferioris gradus cognatus ad ea bona admittatur ex successorio edicto? Et respondet Papinianus, non admitti, quia prior cognatus illum prorsus exclusit ab initio semel agnita bonorum possessione unde cognati,

& non

& non eſt regreſſus cuiquam ad jus, quo ſemel excluſus A eſt, ſive beneficio ſucceſſorii edicti ita demum datur ſequentis gradus cognatis, ſi priores omiſerint, aut repudiaverint bonorum poſſeſſionem, ſi eam non petierint intra conſtituta tempora, non etiam, ſi eam ſemel agnoverint, licet poſtea abſtenti ſint, unde ſequitur fiſco ea bona deferri tanquam vacantia & ἀκληρονόμητα. Deficiente ſucceſſorio edicto fiſcus vocatur, quod *l. 1. in princip. hoc tit.* demonſtrat, dum ait: Prætorem præſtituere tempus iis, quibus defert bonorum poſſeſſionem, & dare inter eos ſucceſſionem, ut creditores ſcire poſſint, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero vacantia bona fiſco ſint delata, & in §. *qui ſemel*, ubi quis noluit amplecti ſibi delatam bonorum poſſeſſionem ut proximiori, jam cepiſſe eam ex edicto ſucceſſionem ad alios pertinere, aut fiſcum invitare. In hac ſpecie fiſcus invitatur, quia nemo B eſt ad quem bonorum poſſeſſio cum effectu pertineat: ad priorem cognatum cum effectu non pertinet, quia abſtinuit ſe beneficio reſtitutionis in integrum. Ad inferiorem cognatum etiam non pertinet, quia ſemel excluſus eſt. Ad coheredem quoque prioris cognati, vel ad ſubſtitutum prioris verbis fideicommiſſi (ſubſtitutio enim recte fit etiam ab inteſtato) etiam non pertinet aut non competit jus vindicandorum eorum bonorum, quia nullum coheredem ejuſdem gradus, aut ſubſtitutum habuiſſe proponitur in hac lege: ſi habuiſſet coheredem vel ſubſtitutum fideicommiſſarium, is proculdubio in vacantem portionem fiſco potior eſſet, *l. ſi minor, ſup. de adq. hered. l. ſi pupill. ſup. ad SC. Treb. l. ex contractu, de re jud.* Quod & Græci notant recte hoc loco 45. Baſil. Cum ergo nullus ſuperſit, ad quem cum re pertineat bonorum poſſeſſio C inteſtati, in hac ſpecie conſequens eſt, fiſco bona deferri tanquam vacantia. Et hæc eſt ſpecies & ſententia hujus reſponſi. Itaque Gloſſæ omnes delendæ ſunt. Quatuor tantum ſunt leges, quæ huic reſponſo opponuntur: opponitur *l. 1. §. ſi quis adita, ad SC. Tertull. l. 2. §. ſi bonorum, eodem tit. l. 6. §. ſi filius, de bon. libert.* & quarto *l. 2. §. interdum, de vulg. ſubſtit.* In *l. 1. §. ſi quis adita, ad SC. Tertull.* hoc proponit, quod ſi filius inteſtatæ matris ex Senatuſconſulto Orfitiano adierit hereditatem maternam, vel agnoverit bonorum poſſeſſionem unde legitimi, quem conſtat præferri omnibus agnatis mulieris ex Senatuſ. Orfitiano, quamvis non ſit agnatus matris, ſed cognatus tantum, deinde vero abſtinuerit ſe bonis maternis per reſtitutionem in integrum, tum ait, agnatos defunctæ vocari ad hereditatem. Cur ergo eo- D dem exemplo, ſi prior cognatus agnoverit bonorum poſſeſſionem, deinde abſtinuerit ſe beneficio reſtitutionis in integrum, non vocatur ad ſucceſſionem ſequentis gradus cognati, perinde atque ſi prior nunquam agnoviſſet bonorum poſſeſſionem, cur fiſcus vocatur illo excluſo? Non eſt alia quærenda ratio, quam ea, quæ proponitur in *d. §. ſi quis adita*, quia verba SC. Orfitiani extenſiva ſunt, ut loquitur *l. filii, §. 1. eodem tit.* Extenſiva & παρατατικά, id eſt, tractum temporis habent, extenduntur ſcilicet & protrahuntur in annum, intra quem petenda eſt liberis bonorum poſſeſſio, *l. 1. §. largius, hoc tit.* nimirum, quia ita ſunt concepta verba Senatuſconſulti Orfitiani, *ſi nemo filiorum, eorumve, quibus ſimul legitima hereditas defertur*, ubi obiter exponamus *eorumve quibus ſimul*, puta, nepotum ex filiis jam ante mortuis, qui concurrunt E cum avunculis & materteris, jure, ut vulgo dicitur, repreſentationis: ſi nemo igitur filiorum eorumve, quibus ſimul legitima hereditas defertur, volet eam hereditatem ad ſe pertinere, jus antiquum eſto, id eſt, tum agnati defunctæ mulieris vocantur ad hereditatem legitimam. Verbum illud *volet*, extenſivum eſt, id eſt, tractum temporis habet, & admittit pœnitentiam, variationem uſque ad annum, conſtituentis modo ſe velle, modo ſe nolle heredem eſſe, & ſatis eſt, ſi nunc nolit heres eſſe, licet aliquando voluerit eſſe, ut jus antiquum locum habeat, id eſt, ut veniant agnati defunctæ in hereditatem legitimam. Eadem ratio reddenda eſt circa Senatuſc. Tertyll. ad *d. l. 2. §. ſi bonorum*, filius defuncti præfertur matri defuncti. Ita

eſt, ſed ſi filius defuncti emancipatus petierit & agnoverit bonorum poſſeſſionem unde liberi, atque ita excluſerit matrem defuncti, deinde abſtinuerit ſe bonis paternis per reſtitutionem in integrum, an mater defuncti vocabitur, quæ ſemel excluſa fuit? ſic videtur, quia & Senatuſc. Tertyll. verba fuerunt extenſiva, ſi nemo defuncti filiorum hereditatem ad ſe pertinere volet, tum mater defuncto heres eſto. Verba edicti ſucceſſorii non ſunt extenſiva. Proinde alia eſt ratio ſucceſſionis inductæ Senatuſconſ. Tertyll. longe alia ratio ſucceſſionis inductæ edicto ſucceſſorio. Verum obſtat etiam huic reſponſo *l. 6. §. ſi filius, de bonis libert.* Filius liberti præfertur patrono in ſucceſſione legitima liberti inteſtati, & ſi filius liberti adierit hereditatem, atque adeo patronum excluſerit, deinde abſtinuerit ſe bonis, abſtinuerit ſe per reſtitutionem in integrum, an patronus vocabitur? lex ait, patronum vocari, & pro excluſo non haberi per aditionem filii liberti. Sed ut reſpondeamus, utitur his verbis, *poterit quis patronum admittere*, id eſt, poterit hoc dare reverentiæ & verecundiæ patronali, quæ eſt ratio illius reſponſi. Sicut & hoc datur reverentiæ & verecundiæ patronali in *l. qui duos, §. ſi cum filio, de reb. dub.* ut patre libertino, & filio ejus commorientibus uno eodemque momento, pater intelligatur ſupervixiſſe filio, ne patronus excludatur, qui excluderetur, ſi filius intelligeretur ſupervixiſſe patri, ſecundum ordinem naturæ, quem in aliis cauſis fortuna ſequuta intelligitur, & prius extinxiſſe patrem quam filium, ſed non ita intelligitur fortuna ſervaſſe ordinem, ſi interveniat patronus, niſi perſpicue probetur filium ſupervixiſſe patri. Poſtremo lex 2. §. *interdum, de vulg. & pupill. ſubſtit.* quidam extraneum heredem inſtituit, filium exheredavit, & exheredato ſubſtituit in ſecundum caſum, id eſt, pupillariter, deinde heres inſtitutus repudiavit teſtamentum, deſtituto teſtamento principali, quod contingit per repudiationem heredis inſtituti, ſane corruit pupillare teſtamentum. At finge, heredem inſtitutum, qui repudiavit, cum eſſet minor xxv. annis, poſtea fuiſſe in integrum reſtitutum adeundi cauſa, an convaleſcit ſubſtitutio pupillaris? ſic videtur: & ratio ejus rei propria hæc eſt, quia quo tempore heres inſtitutus repudiavit primum, deinde adivit, nondum erat delata pupilli hereditas ex ſubſtitutione pupillari, quia pupillus vixit: ſed delata fuit pupillo mortuo poſt aditionem heredis inſtituti, quo caſu ſubſtitutus vocatur, & dantur ei utiles actiones perſequendæ ſubſtitutionis pupillaris. At ſi mortuus fuiſſet pupillus ante aditionem heredis inſtituti, ſane ſubſtitutus non vocaretur ad bona pupilli, ſed proximus agnatus ſive legitimus heres pupilli ab inteſtato: hæc ſi examinaveris, intelliges quam diſſentiant quæ Azo Accurſ. & Placentinus comminiſcuntur.

Ad L. XLIX. de Manumiſſ. teſtam.

Teſtamento militis ita manumiſſam: Samiam in libertate eſſe juſſi: directam libertatem jure militiæ cœpiſſe placuit,

PRæter alia multa, quæ in hoc lib. Pap. docuit data eſſe præmia militiæ oſtendit in hac lege a milite in teſtamento directam libertatem ancillæ jure datam videri his verbis: *Samiam in libertate eſſe juſſi*, licet ante non juſſerit eam eſſe liberam. In pagano autem aliud eſſe, quia datio libertatis directæ non recte confertur in præteritum tempus, ſed in præſens tantum, ut liber eſto, liberum eſſe jubeo: in milite voluntatem nudam ſpectamus, non verba. Voluntas quælibet militis ſtatuentis de rebus ſuis, pro juſto & legitimo judicio eſt. Itaque in hac ſpecie, jure militiæ directa libertas data videtur.

Ad Legem XVIII. §. Ultimo, de jure fiſci.

Papinianus tam libro ſexto quam undecimo Reſponſorum ſcribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in ſolutum pecuniam accepit, ſi aut ſciebat cum accipiebat, publicum quoque eſſe debitorem: aut poſtea cognovit, antequam conſumeret pecuniam. Sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam eſſe, etiamſi ignoravit cum conſumeret, & poſtea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia reſcripſerunt, ut & Marcellus libro 7. Digeſt. ſcribit.

A REſtat unus locus tantum, quo Marcianus utitur Papiniani auctoritate in *l.* 18. *§. ult. de jure fiſci*. In hac ſpecie debitor fiſci & privati cujuſdam creditoris, B privato creditori pecuniam debitam ſolvit, nec ſupereſt ei, unde etiam fiſco quod debet ſolvat: quæritur an fiſcus jure ſui privilegii, quo inter omnes creditores chirographarios primum locum tenet, privato creditori ſolutam pecuniam auferre poſſit, vel extraordinario remedio: ut in *l. 5. C. de privileg. fiſci*. Et Papinianus cum hoc libro, tum etiam 11. perſeverans in eadem ſententia, non aliter fiſco permittebat avocare pecuniam recte ſolutam privato creditori, quam ſi privatus creditor ſciiſſet debitorem ſuum, fiſci quoque debitorem eſſe, vel, ſi cognoviſſet, antequam conſumeret ſolutam pecuniam, ignoranti creditori bona fide acceptam pecuniam fiſcum auferre non poſſe, ſed hæc diſtinctio Papiniani inter ſcientem & ignorantem Marciano & Marcello diſplicet, qui indiſtincte dant fiſco C perſecutionem pecuniæ alii creditori ſolutæ, creditori tamen reſtituta priſtina actione in debitorem principalem & in fidejuſſores, *l. 10. hoc tit.* reſtitutis etiam pignoribus, ſi qua intervenerint, *l. 21. eodem tit.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS.

In Lib. VII. Reſponſorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LVII. de Uſufr. & quemadmod. qu. utat.

D *Dominus fructuario prædium, quod ei per uſumfructum ſerviebat, legavit, atque prædium aliquandiu poſſeſſum legatarius reſtituere filio, qui cauſam inofficioſi teſtamenti recte pertulerat, coactus eſt, manſiſſe fructus jus integrum ex poſt facto apparuit.*

IN primo reſponſo proponitur dominus proprietatis in teſtamento ſuo prædium legaſſe, quo verbo ſignificatur proprietas prædii, L. Titio, qui erat dominus uſusfructus, id eſt, qui in eo prædio uſumfr. habebat, vel ut eleganter ſcribit Papinianus, cui prædium per uſumfructum ſerviebat. Alia eſt ſervitus, per quam homo homini ſervit, alia per quam prædium prædio, alia per quam prædium homini ſervit, veluti, per uſumfructum, vel per uſum, vel per habitationem. Item teſtator proponitur E extraneo herede inſtituto filium exheredaſſe, & filium recte pertuliſſe querelam inofficioſi teſtamenti, quomodo idem Papinianus locutus eſt in *l. 16. §. ult. de inoffic. teſtam. pertuliſſe querelam inoffic. teſtamenti*, hoc eſt, hereditate petita ex cauſa inofficio. teſtam. heredi ſcripto eviciſſe hereditatem, & feciſſe patrem inteſtatum reſciſſo teſtamento: atque ita Lucium Titium poſſeſſionem prædii, in quo uſumfructum habuit, quod aliquando poſſederat ut dominus, fuiſſe coactum reſtituere filio, ut vero domino prædii, veroque heredi ab inteſtato. Fructuarius per uſumfructum ſolum non poſſidet prædium, in quo uſumfructum habet, ſed quaſi poſſidet jus tantum utendi, fruendi, *l. acquiritur, §. ult. de adquiren. rer. domin. l. 1. §. quod ait, quor. legat. l. ait prætor, §. 1. ex quibus cauſ. maj. l. 3. §. ult. unde lib.* Aliud eſt poſſeſſio, aliud uſusfructus, *l. ultim. D. uti poſſid. Plurimis rebus*, inquit Apulejus 1. Apol. *poſſeſſione caremus, uſu fruimur*. Proinde in cauſa poſſeſſionis ſive interdicto etiam uti poſſidetis proprietarius eſt potior adverſus fructuarium, & ita filius exheredatus, qui tenuit & pertulit cauſam inofficioſi teſtamenti adverſus heredem ſcriptum, recte fructuario avocat poſſeſſionem prædii, quam tenet jure legati, quia per querelam inofficioſi teſtamenti, non tantum heredis inſtitutio, ſed etiam legata infirmantur & fideicommiſſa, & libertates, & omnis omnino ſcriptura, vel nuncupatio teſtamenti, & aliud quodcunque ad cauſam teſtamenti pertinet, ut ſemper obtinuit ante Juſtinianum, *l. Papinianus, §. pen. de inoffic. teſtam.* At jus uſusfructus Lucius Titius retinet integrum, quoniam id non habet ex hoc teſtamento, ſed alio jure, & ut ex poſt facto teſtatorem inteſtatum deceſſiſſe apparuit, lite data ſecundum filium exeredatum; ita ſimul ex poſt facto apparuit acquiſitione dominii, id eſt, proprietatis, quæ & confuſio dicitur & conſolidatio, extinctum uſumfructum non fuiſſe. Sententia, quod maxime notandum eſt, dicta in cauſa inofficioſi teſtamenti retrotrahitur, quia creditur defunctus quaſi furioſus aut demens non habuiſſe teſtamenti factionem, *l. qui repudiatis, §. ult. de inoffic. teſtam. l. nec fideicommiſſa, de leg. 3.* Et in hanc rem eſt ſingulare iſtud reſponſum, dum vult re judicata ſecundum eum, qui egit querela inofficioſi teſtamenti, omnia æſtimari ex poſt facto, perinde atque ſi ab initio nullum fuiſſet teſtamentum. Neque vero huic reſponſo obſtat lex *ſi tibi, quibus mod. uſusfru. amitt.* quam opponit Accurſius, quia in ejus legis ſpecie, revera uſusfructus extinctus fuit conſolidatione. In hujus reſponſi ſpecie ex poſt facto apparuit, non fuiſſe extinctum conſolidatione, id eſt, cum re, & utiliter fructuario jure legati quæſitam prædii fructuarii proprietatem non fuiſſe. Inepte etiam Accurſius huic reſponſo opponit leg. *evidenter, D. de except. rei judic.* qua definitur, contra æquitatem eſſe, imo & contra naturam condemnationis eſſe, ut condemnatio proficiat condemnato. Nam & in ſpecie propoſita ſane non proficit condemnato, condemnatio ſcilicet fructuarii, ut filio teſtatoris prædii poſſeſſionem reſtituat, fructuario non proficit, cum ei eripiat proprietatem & poſſeſſionem: non proficit etiam fructario in hoc, ut nunc ſalvum habeat uſusfructum, quoniam non ex condemnatione eum habet, ſed ex priſtino jure. Ad hæc notandum, quod non debuit Gloſſa omittere, hodie ex Novell. Juſtiniani huic reſponſo locum non eſſe, quia hodie querela inofficioſi teſtamenti legata non infirmat, ſed heredis inſtitutionem tantum. Et hoc eſt quod dicitur, ex cauſa exeredationis vitiari inſtitutionem, cetera firma manere. Uſusfructus igitur in hac ſpecie revera extinctus eſt conſolidatione, ſive proprietatis acquiſitione, quæ contingit jure legati, nec filio, qui pertulit querelam inofficioſi teſtamenti legatarius poſſeſſionem prædii reſtituere tenetur, quam habet ex legati cauſa, quod querela inofficioſi non infirmat.

Ad §. per Fideicommiſſum.

Per fideicommiſſum fructu prædiorum ob alimenta libertatis relicto partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit.

TEſtator libertis ſuis per fideicommiſſum reliquit certorum prædiorum uſumfructum, cum hac adjectione, *ob alimenta*; heredes facta diſtributione pro rata *au ſol la liure*, ex fructu eorum prædiorum libertis alimenta præſtiterunt; deinde unus ex eis libertis alimentariis ſive fructuariis ob alimenta, vita deceſſit: quæritur, utrum partis ejus emolumentum adcreſcat ceteris collibertis ſuperſtitibus, an ad heredes teſtatoris, vel ad heredem recurrat, qui proprietatis eſt dominus? Et ait, par-

partium emolumentum ex perfona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrere. Si fimpliciter libertis fuis prædiorum ufumfructum legaffet nullo alio adjecto, uno deficiente pars ejus adcrefceret aliis, quia omnibus conjunctim ufusfructus relictus effe intelligitur: fed quum relictus eft ufusfructus, hoc adjecto, *ob alimenta*, apparet non plus eorum quenquam teftatorem habere voluiffe, quam quo vitam fuam toleraret. Itaque portio deficientis ejus ceteris non adcrefcit, quibus fuppetit ex fructu prædiorum quo tolerent fe. Et ut in agris limitatis dicitur ceffare jus alluvionis, *l. in agris, de adquir. rer. domin.* quod quidem jus alluvionis comparatur juri adcrefcendi, *l. fi Titio fructus, in fine, hoc tit.* ita recte dicam, in ufufructu limitato ad finem alimentorum, ceffare jus adcrefcendi ex hoc refponfo, quod fingulare eft. Et recte in caufa ufusfructus dixit, partium emolumentum, ut in *l. Mevius, §. pen. de leg. 2. l. 3. §. & generaliter, & l. ult. fi cui plufquam per leg. Falcid. l. Imperator, ad Trebellian.* illo loco Cæfaris, *fine magno commeatu & emolumento*, id eft, fine frugibus, fine annona militari, lib. 1. de bello Gall. Proprie dicimus fruges emolere, unde emolumenti nomen. Perfius.

Meffe tenus propria vive & granaria fas eft, *Emole*

In *l. 4. de alim. leg.* quam adducit Accurfius, recte idem Accurfius notat, non ufumfructum prædiorum libertis relictum, fed prædia ipfa pleno jure in caufam & nomen alimentorum, cibariorum, veftiariorum; & ideo quod plus eft in reditibus, quam in neceffariis alimentis ad libertos pertinere, quibus plena proprietas prædiorum relicta eft, non ad heredem: proponitur in ea *l. 4.* libertis fideicommiffum Græce relictum in hac fententiam, *Libertis, libertabufve quos inter vivos teftamento vel codicillis manumifi, vel manumifero, dari volo prædia, quæ habeo in infula Chio, ut ipfimet percipiant alimenta, cibaria, veftiaria fuo jure*, tanquam domini fcilicet, fed hoc loco, neque Norimbergæ, neque Florentiæ fcriptum eft recte: in uno libro ἐπικεῖσθαι, in altero ἐποιχέσθαι, perfpicue eft legendum ἐποικεῖσθαι, v. ad Modeftinum x. Refp.

Ad Leg. XI. Ufusfruct. quemadm. caveat.

Ufu quoque domus relicto, viri boni arbitratu cautionem interponi oportet: nec mutat fi pater heredes filios fimul habitare cum uxore legataria voluit.

Sententia hujus refponfi hæc eft, non eum tantum, cui ufusfr. relictus eft vel legatus, fed etiam eum, cui ufus nudus, verbi gratia domus ufus nudus relictus eft, debere cavere heredi, fe ufurum boni viri arbitratu, quæ eft cautio prætoria, de qua eft hic titulus, & oftendit hoc loco Papinianus hanc cautionem præftari heredi vel heredibus, etiam fi quis uxori legaverit ufum domus, ita ut cum ea heredes filii fui habitarent, ut fimul cum ea eadem domo heredes filii fui uterentur. An ufuaria uxor heredibus cavere debet boni viri arbitratu uti frui, cum heredes ipfi fint ufuarii? fic videtur Papin. quia heredes non funt nec poffunt effe legatarii, *l. fi mulieri, de ufufr. adcrefc.* Sed uxor fola legataria eft, & ideo cavere debet heredibus filiis fuis, tametfi eos fecum habeat eadem utentes domo. Recte autem ponit ufum fuiffe legatum matri. Nam fi fuiffet legatus patri eadem lege, ut fimul cum eo heredes filii habitarent, pater non caveret filiis fuis cautione ifta. Patri hæc cautio remittitur, *l. ult. §. hoc proculdubio, C. de bon. quæ lib.* at matri non remittitur, ut in *l. 6. §. illud, C. de fec. nupt.* Quod proprie fignificat hæc lex pen. Nec in id tamen animum advertunt; Itaque quod *d. l. 6. C. de fec. nupt.* exigit a matre cautionem fructuariam præftandam liberis, hoc effe ex jure veteri, ut patet ex hac *l. pen.* non ex jure quodam novo.

Ad L. XXXIII. Fam. Ercifc.

Si paterfamilias fingulis heredibus fundos legando, divifionis arbitrio fungi voluit: non aliter partem fuam coheres præftare cogetur, quam fi vice mutua partem nexu pignoris liberam confequatur.

Hujus legis fpecies & definitio hæc eft: paterfamilias, non pater, ut dicunt, fed paterfamil. non filios, fed duos quofdam fibi heredes inftituit, puta primum & fecundum, & fingulis fundos prælegavit. Divifionis, inquit, arbitrio functus in *l. fi cogitatione, C. eod. tit.* præveniens officium arbitri dividendæ hereditatis: facito autem in bonis fuiffe duos fundos, Livian. & Cornelian. Livian. effe liberum, Cornelianum effe pignoris nexu obligatum, Livianum primo legaffe, Cornelianum 2. Primo fecundus jure legati debet præftare partem, quam habet in fundo Liviano, & viciffim fecundo primus debet præftare partem, quam habet in fundo Corneliano, quia ipfo jure ex æquis partibus heredes funt, *l. ex facto proponebatur, de hered. inftit.* At ut definit Papin. non aliter primo fecundus debet præftare partem, quam habet in fundo Liviano, quam fi vice mutua a primo acceperit partem fundi Corneliani folutam nexu pignoris: partem alteram, quam fecundus in eo fundo habet jure hereditario ipfe reluet, repignerabit, folvet pignore de fua pecunia: denique ita definit, fundum Cornelianum effe luendum de communi, ut in *l. rem fup. hoc tit.* neque diftinguit Papin. in *l. rem*, utrum fcierit teftator fundum Cornelianum effe pignori obligatum, an hoc ignoraverit, quoniam huic diftinctioni locus non eft in prælegato a coherede coheredi relicto: nam focietas hereditaria exigit, ut coheredes communiter fungantur onere luendi pignoris. Sed huic diftinctioni tantum locus eft in legato ab herede extraneo relicto, *l. fi res, de leg. 1. §. fed etfi rem oblig. Inftit. de leg.* Nam fi teftator fcierit rem legatam extraneo effe pignori nexam, heres eam luere debet in folidum: fi ignoraverit, luitio ejus pignoris incumbit legatario. In prælegatis hac diftinctione non utimur: fed indiftincte dicimus, rem prælegatam coheredem quemque debere luere pro fua parte, neminem in folidum. Et male Accur. in *d. l. rem*, eam diftinctionem produxit etiam ad prælegata, in quibus fi locum haberet, proculdubio eam juris auctores non omififfent.

Ad L. VIII. de Ufuris.

Equis per fideicomm. relictis, poft moram fœtus quoque præftabitur ut fructus, fed fœtus fecundus ut caufa, ficut partus mulieris.

Ait Papin. equis per fideicommiffum relictis poft moram heredis, heredem præftare non equas tantum, fed & fœtus editos poft moram: fœtus præftare tanquam fructus equorum, ut *l. 39. inf. hoc tit.* Poft moram etiam præftare fœtus fecundos, id eft, fœtus fœtuum tanquam caufam, non tanquam fructus, quia fructus fructuum effe non intelliguntur: ficut nec ufura ufuræ, nec acceffio acceffionis, *l. neque hoc tit. l. heres, de pet. hered.* Et fic notat Papinian. hoc loco, quæ fit differentia inter fructum & caufam, quod pertinet ad illam partem tit. de fructibus & caufis. Poft moram heredis præftat heres non tantum fructum, fed & caufam omnem, & quid fit fructus, quid caufa exemplis declarat: fœtus primus, eft fructus: fœtus fecundus, eft caufa: quia fructus fructus non eft. Ac fimili modo ancillis per fideicommiffum relictis, poft moram qui editi funt partus ex ancillis præftantur: & partus partuum tanquam caufa, ut in *l. partum, l. Paulus, in prin. & §. ult. hoc tit.* tanquam caufa, inquam, non tanquam fructus, quia partus hominis non intelliguntur effe in fructu, *l. in pecudum, hoc tit.* Noli autem in *d. l. 39.* dum ait, *equis legatis, poft moram heredis fœtus deberi*, noli id accipere, de equis alienis tantum, ut Gloffa; quafi fcil. equis propriis legatis fructus debeantur ftatim ab hereditate adita propter leg. 42. *hoc tit.* quæ ait, fundo legato per fideicommiffum fructus poft adquifitum ex caufa fideicommiffi dominium perceptos ex fundo ad fidei-

fideicommissarium pertinere, licet major pars anni præterierit, antequam cederet dies fideicommissi. Neque enim ideo fructus dividuntur inter heredem & fideicommissarium, sed omnes præstantur fideicommissario, quicunque ex terra percipiuntur post adquisitum ex causa fideicommissi dominium verum: ubi *post adquisitum ex causa fideicommissi dominium*, non significat post aditam hereditatem, sed post traditionem fundi, ut *l. qui usumfr. sup. si usus fr. pet.* Et dominium ibi non est proprie dominium, quia ex causa fideicommissi dominium non transit, sed possessio, ex causa fiedicommissi non transit dominium proprietatis, sed dominium possessionis tantum. Et ita *l.* 42. explicanda est ex *d. l. qui usumf.* Et consequenter, quod subjicit *d. l. 39. hoc tit.* de equitio legato, male etiam Glossa accepit de equitio alieno: tantum in ea lege 39. ex lib. 9. differentiarum Modestini proponitur una differentia inter legatum equorum, & legatum equitii, quod equis legatis fœtus tantum debeantur legatario, editi post moram heredis, legato autem equitio, quod & *ἱπποφόρβιον* dicitur, & a Jurisconsultis nostris etiam dicitur polia, *haras, troupes de poulains*, in *l. ædiles, §. ult. de ædil. edic.* equitio, inquam, legato debentur etiam fœtus editi ante moram heredis; & ratio differentiæ hæc est, quia equorum nomen positione est plurale, sed potestate est singulare, quoniam ex certis corporibus singuli legati intelliguntur. Continet igitur legatum equorum certa corpora, quæ nec augmentum, nec deminutionem recipiunt, proinde eorum legatum fœtus incremento non augetur. Equitium autem est nomen positione quidem singulare, sed potestate universale & *περιληπτικὸν*, quod continet plura & incerta corpora, quæ sunt huic uni nomini subjecta: Hoc nomen & augmentum & deminutionem recipit, & augetur quidem maxime fœtura; fœtura adcrescit equitio non equis; proinde legato aut petitioni equitii insunt fœtus primi & secundi, non jam ut fructus vel causa, sed ut partes rei principalis, quæ legata est, & non officio judicis in petitionem veniunt, sed jure & potestate actionis, quod actum sit de equitio præstando. Et non hic tantum fructus veniunt, qui accesserunt post mortem testatoris, sed & qui post testamentum factum; & non ii tantum, qui accesserunt post moram, sed & qui accesserunt ante moram. Eandemque differentiam eodem libro Modestinus ostendit esse inter legatum ovium & legatum gregis ovium in *l. servis leg. in fine, de leg.* 3. quæ conjungenda est cum *d. l. 39. hujus tit.* Ovibus legatis non debentur agni & arietes editi ante moram: grege ovium legato, debentur agni & arietes, etiamsi mora heredis nulla intercesserit. Eademque differentia est inter hereditatem & res singulas, quæ sunt in hereditate. Nam hereditatis nomen est etiam universale, nomen universi juris, quod recipit accessionem & decessionem, & maxime augetur accessione fructuum vel causarum, ac proinde, qui petit hereditatem hoc modo, *si paret hereditatem meam esse*, petit etiam fructus, & causam omnem quocunque tempore hereditati adcrevit post factum testamentum, *l. item veniunt, §. item non solum, de petit. hered. l. pecuniæ §. 1. de verb. sign.* In actione in rem, qua res singulæ petuntur, non insunt fructus, nisi specialiter petantur, *l. 2. C. de petit. hered. l. 10. hoc tit.* Qui igitur rem aliquam suam esse petit, non intelligitur etiam petere fructus vel causam ejus rei, puta, partem aut fructum secundum, sed in ea actione officio judicis veniunt tantum fructus, qui post litem contestatam, id est, post moram percepti sunt, aut percipi honeste potuerunt. Eademque est ratio actionis ex testamento aut persecutionis fideicommissi singularum rerum. Nam & in ea actione fructus, & causa venit post litem contestatam tantum, id est, post moram; denique post moram enati fructus vel enata causa fideicommissario debetur. Qui vero editi & percepti sunt fructus vel causa ante litem contestatam, cedunt lucro heredis, hoc est certissimum, & comprobatur multis legibus, *l. si quis bonorum, l. cum servus, §. 1. l. quæsitum §. ult. de leg. 1. l. 26. de leg. 3. l. generaliter, §. proinde, de fideic. libert. l. 1. & ult. C. de usur. & fruct. leg.* Et in hac l. 8. apertissime, cum ait, fructus aut causam fideicommissario non præstari, nisi eos, qui sunt editi post moram, & *d. l. 39.*

Ad L. XLI. de Adm. & peric. tut.

Qui plures tutores habuit: unum qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere, quoniam ejus liberatio, quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta: contutores qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur, tutor enim legatarius ex culpa, quæ testamento remissa est, non tenetur.

ADolescens, qui plures habuit tutores, jam suæ tutelæ factus, testamentum fecit, & ex eis tutoribus vetuit unum actus sui rationes reddere, vel vetuit, ne heres ab uno ex tutoribus exigeret rationem actus sui: videtur ei legasse liberationem obligationis contractæ ex administratione tutelæ, sed non plenam liberationem. Nam his verbis videtur testator ei tantum remisisse rationem culpæ aut negligentiæ, non etiam si quid dolo malo fecisset, aut si quid ex rebus pupilli penes se haberet, aut convertisset in suos usus: potuit quidem & hæc remittere, id est, totam tutelæ obligationem & damnum: denique omne incommodum, quodcunque ex tutela sensit, ut in *l. 5. §. Julianus, hoc tit. l. si quis, l. Aurelius, §. Titius, de lib. leg.* Potuit in plenum liberare tutorem. Quid ni? Sed hoc fecisse aut voluisse non intelligitur, quod vetuerit rationes actus sui ab eo exigi: nam vetuisse tantum intelligitur scrupulosius & examussim exigi ab eo rationes: voluisse, non haberi rationem negligentiæ: dolum malum non intelligitur remisisse, aut quod percipit tutor ex rebus pupilli. Ideoque ex eo infert Papinianus, si is tutor, cui hæc non intelliguntur remissa, sed quod culpa tantum admisit aut negligentia, solvendo non sit, atque ita non possit præstare heredibus adolescentis, quod adolescenti dolo malo ejus abest, vel quod ex rebus ejus perdidit male, ceteri tutores heredi tenentur culpæ nomine, quod eum tutorem suspectum facere supersederint, quæ est definitio hujus responsi. An vero eis tutoribus heres debeat mandare sive cedere actiones adversus illum tutorem, qui solvendo non est. Accursius tractat. Et verius est tamen, non esse mandandas, quia tenentur ex propria culpa, quod suspectum non fecerunt, *l. 2. C. de cont. jud. tut.* ex culpa contutoris non tenentur, quæ remissa est, & multo minus ex dolo, sed ex propria culpa, quod cum dolose versaretur in actu suo, eum non removerint, & suspectum non postulaverint.

Ad L. V. de jure Codicillorum.

Ante tabul. testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testam. quod postea factum est, vel codicillis confirmentur: aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur, sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit,

IN hac l. Papin. ait, codicillos factos ante testam. non aliter valere, quam si postea testamento facto specialiter confirmati sint: quæ Papin. sententia refertur Instit. in §. *non solum, de codic.* Quidam male dicunt eam non extare, eum sit hæc ipsa quæ ponitur in *h. l.* 5. Nam dum ait, factos codicillos ante testam. non aliter valere, quam si testamento postea facto, vel aliis codic. confirmentur: hoc specialem confirmationem exigit, quæ scripta sit in testam. vel aliis codic. Potest quis plures codic. facere, plura testam. non item. Verum fateor in hac l. 5. addidisse Tribonianum hæc verba: *Aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur*, non *judicio*, sed *indicio* legendum est; non *judicio* ut Glossa, sed *indicio* ut Florentini, quibus verbis non exigitur omnino specialis confirmatio,

sed

ſed ſatis eſſe dicitur, ſi voluntas codicillorum factorum A ante tabul. teſtam. quocunque indicio, quocunque ſigno retineatur, id eſt, ſi quocunque argumento approbetur in ea voluntate defunctum perſeveraſſe, & ea verba Tribonianus addit ex reſcripto Severi & Antonini relato in *d. §. non ſolum*. Nam ex eo reſcripto codicilli valent, licet ſpecialiter confirmati non ſint teſtamento poſtea facto, ſi modo defunctum quocunque indicio appareat a voluntate in prioribus codic. expreſſa non receſſiſſe, ſed animadvertendum illud reſcriptum loqui tantum de voluntate precaria, id eſt, de fideicommiſſis relictis in codic. qui facti ſunt ante teſtam. fideicommiſſa debentur ex nuda voluntate, ex nutu, ex conjectura ſola. At ſi quid in eis codicillis ſit ſcriptum directo, ſint in eis relicta legata, aut libertates, aut tutelæ, quæ omnia relinquuntur verbis directis, verbis civilibus, & non ſpeciali- B ter confirmati ſint teſtamento vel codicil. poſtea factis, quæ ſunt in eis directis verbis ſcripta pro non ſcriptis habentur, ut eſt in *Epiſtol. Plinii ad Annium, lib.* 2. Ideo ſpecialis confirmatio exigitur etiam hodie, ſpecialis confirmatio codicil. exigitur poſt reſcriptum ut directæ ſcripturæ valeant, *l. 6. C. eod. l. 22. §. qui codicillos, D. ad legem Cornel. de falſ.* Codicilli autem poſt teſtam. facti, non indigent confirmatione, ſed jus teſtamenti ſequuntur, *l. 3. §. ult. hoc tit.*

Ad L. LXXVI. de Leg. II.

Cum filius diviſis tribunalibus actionem inoff. teſtam. matris pertuliſſet, atque ita variæ ſententiæ judicium extitiſſent: heredem qui filium vicerat pro partibus, quas aliis C *coheredibus abſtulit filius, non habiturum præceptiones ſibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, conſtitit: ſed libertates ex teſtam. competere placuit, cum pro parte filius de teſtam. matris litigaſſet: quod non erit trahendum ad ſervitutes, quæ pro parte minui non poſſunt: plane petetur integra ſervitus ab eo, qui filium vicit: patris autem æſtimatio præſtituitur, aut ſi paratus erit filius pretio accepto ſervitutem præbere, doli ſummovebitur exceptione legatarius; ſi non offerat patris æſtimationem: exemplo ſcil. legis Falcidiæ.*

HÆc lex continet plura reſponſa, & primum quidem ſatis eſt difficile. Quæſtio hæc etſi hodie locum non habeat, cum ex Novella Juſtiniani, reſciſſo teſta- D mento per querelam inofficioſi teſtamenti, legata & libertates conſervantur in ſolidum, & ſola heredum inſtitutio vitiatur, tamen diſceptatio & definitio ejus quæſtionis uſui eſſe poteſt in aliis pleriſque cauſis: vertitur autem ea circa hanc ſpeciem: Mater in teſtamento filium exheredavit, aut quod idem eſt, mater præterivit, & plures heredes extraneos ſcripſit. Uni autem eorum heredum prælegavit certa quædam prædia, & aliis pleriſque non heredibus etiam legata reliquit, & libertates quibuſdam ſervis ſuis. Poſt mortem matris filius exheredatus adverſus omnes heredes ſcriptos egit Romæ apud Centumviros, & pertulit quæſtionem inofficioſi teſtamenti, non egit ſimul adverſus omnes heredes ſcriptos uno tribunali, ſed diviſis tribunalibus: nam Centumvirorum judicia, ut ex Rhetoribus dicimus, erant diviſa in va- E ria tribunalia, & ſingula tribunalia conſtitiſſe viris ſeptem, argumentum præbet, quod querela inofficioſi teſtamenti modo dicitur centumvirale judicium, ut in *l. Titia, de inoffic. teſtam.* modo ſeptemvirale judicium, ut in inſcriptionibus *l. 7. & 28. & 31. eod. tit.* Et ſi quidem corpus univerſum Centumvirorum ſpectes, iidem ſunt judices in hac cauſa, quam movet filius exheredatus de teſtamento matris inofficioſo adverſus omnes heredes ſcriptos: ſi tribunalia ſpectes, diverſi judices ſunt. Porro uno tribunali filius adverſus unum ex heredibus, cui prædia erant prælegata, non recte pertulit querelam inofficioſi teſtamenti, quia heres ille filium vicit: aliis autem tribunalibus adverſus ceteros heredes recte pertulit querelam inofficioſi teſtamenti evictis partibus eorum: quam varietatem judiciorum citra iniquitatem ullam ſæpe efficit comparatio meritorum filii & heredum quum heredes diverſi juris, diverſæ conditionis ſunt, *l. nam etſi parentibus, §. ult. & l. circa, de inoff. teſtam.* Atque ita in propoſita ſpecie filius uno judicio victus eſt; uno tribunali ſive conſilio, ceteris vicit, & rem abſtulit, ac proinde pro partibus tantum eorum, quos vicit, matrem inteſtatam fecit, pro parte autem ejus, quem non vicit, imo a quo ſuperatus eſt, mater teſtata permanſit. Non apparebat ab initio matrem fuiſſe pro parte inteſtatam, cum de omni re ſua jure teſtata ſit, ſed ex poſt facto apparuit, ut in *l. dominus, in prin. de uſufr.* Ex quo ſequitur legata ab omnibus heredibus relicta teſtamento matris deberi pro parte tantum ejus, qui filium vicit pro partibus ceterorum extincta eſſe legata: denique ſolida non deberi, minui per querelam inofficioſi teſtamenti recte perlatam pro parte. Idemque ſtatuendum eſt de prælegato prædiorum heredi relicto, qui filium vicit, ut pro parte ejus conſiſtat legatum, quam ſcilicet capit jure hereditario, non pro partibus coheredum, quas eis filius exheredatus abſtulit, veluti ex cauſa inteſtati. Et hoc eſt quod ait, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abſtulit filius, non habiturum præceptiones ſibi datas, id eſt, prælegata prædiorum, non magis quam ceteros legatarios actiones legatorum ſcilicet habituros pro partibus eorum, quos filius vicit. Reſciſſo igitur teſtamento pro parte per querelam inofficioſi teſtamenti, pro ea parte legata irrita conſtituuntur, ut in *l. cum duobus, C. de inoff. teſt.* Unde quæritur, an etiam libertates, quæ ſervis teſtamento matris datæ ſunt, irritæ conſtituantur, & ait, non fieri irritas libertates, quamdiu vel unus heres exiſtit, qui ex teſtamento partem hereditatis poſſideat, ſed omnimodo integras libertates competere: non poſſunt competere niſi integræ, quia individuæ ſunt. Nemo poteſt eſſe pro parte liber, pro parte ſervus; *l. duob. de lib. cauſ. l. judicatæ, de except. rei judic.* Proinde libertates conſiſtunt in ſolidum, tametſi filius non obtinuerit in ſolidum contra teſtamentum matris, ſed pro parte tantum ait, quamvis legata conſtet non deberi niſi pro parte, libertates ex teſtamento competere placuit. Placuit ſcil. principibus ſtudioſis libertatum, favorabiliter, ut integræ competerent potius quam integræ interciderent, quoniam alterutrum erat neceſſe conſtituere, vel intercidere in totum, vel competere in totum, quoniam ſunt individuæ, & favorabilius eſt eas conſervare: & ait, libertates ex teſtamento competere, directas ſcil. quæ proprie competere dicuntur ipſo jure ex ipſo teſtamento: fideicommiſſarias autem præſtari ab heredibus. Et quamvis, ut patet ex *d. l. cum duob.* in hac ſpecie præſtari etiam debeant fideicommiſſariæ libertates, non tamen ſine diſtinctione præſtantur, nec ſine modo aliquo, qui inferius explicabitur. Inde vero quæritur hoc ipſo loco, an etiam ſi teſtamento matris legatæ ſint ſervitutes prædiorum, puta via, vel actus vel aquæductus, illud legatum, an in totum conſiſtat? quod videbatur eadem ratione, qua conſiſtunt libertates ſervorum & conſervantur integre, quia ut libertates ſervorum, ita ſervitutes prædiorum individuæ ſunt, nec pro parte minui aut præſtari poſſunt, *leg. viæ ſup. de ſerv. l. 1. §. uſuf. ad leg. Falcid.* Et quod dixit de libertatibus ſervorum competere eas omnimodo reſciſſo teſtamento pro parte, hoc ait, non eſſe trahendum ad ſervitutes prædiorum, quamvis & ipſæ individuæ ſint: eadem cauſa diverſa habet effecta. Cauſa individua libertatum, ut ſemper integræ competant, quia eis etiam eſt adjunctus favor, qui non eſt adjunctus tuendis ſervitutibus prædiorum. Cauſa autem individua ſervitutum, ut non ſemper integræ competant, ſed penitus intercidant: nam ſi is, cui ſervitus prædii legata eſt, reſciſſo teſtamento pro parte integram ſervitutem petat ab eo herede qui filium vicit, atque adeo ex teſtamento ſolus heres exiſtit, repelletur exceptione doli mali legatarius, ſi æſtimatione facta legati, non offerat victori pretium quo

redi-

redimat partes legati; quas ceteris filius abstulit, recte perlata querela, videlicet, si idem filius paratus sit, quantum in se est servitutem vendere & præbere, id est, cedere, accepto pretio. Quod si nolit filius servitutem vendere, etiam hoc casu servitutis legatum intercidit, quia non potest servitus præstari nisi integra: & integra non potest præstari redempta parte a filio, quam si nolit distrahere, restat inutile esse legatum servitutis. Duobus igitur casibus intercidit legatum servitutis, si filius nolit servitutem cedere, nec pecunia accepta, & si eo volente cedere, pecunia accepta legatarius non offerat pecuniam, id est, partem æstimationis legatæ servitutis. Et hoc Papinianus ait, fieri exemplo l. Falcidiæ, nec id explicat, sed explicandum nobis est ex *l. 7. & l. si is, qui §. ult. ad leg. Falcid. & l. pure, §. 1. de doli except.* Si sit legata servitus prædii quam constat non recipere divisionem, & locus existat legi Falcid. quam constat minuere singula legata, quid fiet? nam ea servitus pro parte minui non potest, proinde non potest heres ex ea retinere Falcid. sed si legatarius petat ab herede integram servitutem, repellitur exceptione doli mali, si non offerat heredi quartæ partis, id est, Falcidiæ æstimationem, & eadem est ratio, si servitus prædii sit legata & legata minuantur per querelam inofficiosi testamenti recte perlatam pro parte tantum; eadem etiam ratio servabitur, si testamento matris, de quo agitur, relictæ sint fideicommissariæ libertates. Diximus ante de directis: dicamus nunc de fideicommissariis. Finge duo sunt heredes instituti a matre & rogati servum manumittere, filius exheredatus agit querela inofficiosi testamenti adversus utrumque heredem, & divisis tribunalibus unum vicit, ab altero victus: Servus petit sibi præstari fideicommissariam libertatem ab eo, qui filium vicit, & repellitur exceptione doli mali, vel officio judicis, ut ait *l. judicatæ, de except. rei judic.* quoniam vel hoc vel illo remedio idem possumus obtinere, id est, vel per officium judicis, vel per exceptionem doli mali, ut in *l. bona fide, de noxal. act. l. plane, de pet. hered. l. sumptus, de rei vindic.* Si igitur servus petat fideicommissariam libertatem ab eo qui filium vicit, repelletur, vel illo remedio, si ei non offerat pretium, quo redimat a filio servi partem: neque enim potest præstare fideicommissariam libertatem nisi redempta parte servi a filio, *l. gravi, & seq. de jur. cod.* secundum quam est accipiendum, quod ait *l. pen. eod. tit.* eorum, quæ pro parte præstari non possunt, id est, quæ individua sunt, nihil eorum præstandum: puta, si relicta sit servitus prædii, vel libertas fideicommissaria: nisi scil. offeratur æstimatio partis. Et secundum hæc etiam apparet quod Papin. dixit ante de libertatibus, eas ex testamento competere, omnimodo de directis tantum libertatibus esse accipiendum, quæ proculdubio ex testamento competunt, nulla victori præstita æstimatione partis: Nam in fideicommissariis libertatibus idem juris est, quod in servitutibus prædiorum, quod etiam est adnotandum ad *l. cum duob. in fine, C. de inoff. test. ex dict. l. judicatæ.*

Ad §. Lucio.

Lucio Sempr. lego omnem hereditatem Publii Mævii. Sempronius ea demum onera suscipiet, quæ Mævianæ hereditatis fuerunt, & in diem mortis ejus, qui heres Mævii extitit, perseverarunt, sicut vice mutua præstabuntur actiones, quæ præstari potuerunt.

QUod vulgo jactatur, & est scriptum in *l. si hereditatem supr. mand.* legatum acquisitum nunquam damno esse posse. Et hoc distare legatum ab hereditate, quia hereditas interdum damnosa est perpetuo: verum causa legati non est semper lucrativa: aliquando legatum detrimentosum & onerosum est, ut quum legatur mensa argentaria, & plus est in ære alieno, quam in quæstu, *l. seq. §. mensæ, inf.* vel etiam ut in specie proposita *in hoc §. Lucio*: si quis alii leget omnem hereditatem, quæ morte Publii Mævii ad se pervenit, legato continentur etiam onera & incommoda omnia hereditatis Mævianæ. Hanc enim vim habet nomen hereditatis, *l. hereditatis appellatio, de verb. signif.* ut in hereditate vendita proditum est in *leg. 2. §. sicut, de hered. vend.* & in hereditate donata inter vivos, *leg. hereditatem, ff. de donat.* Et ideo in specie proposita legatarius, cui relicta est hereditas Mæviana, debet cavere heredi testamento scripto de indemnitate, puta se indemnem eum damno servaturum & relevaturum oneribus Mævianæ, *l. qui concubinam, §. cum ita, tit. seq. & d. §. mensæ.* Et hoc modo legatarius suscipiet omnia onera & incommoda hereditatis Mævianæ, quemadmodum Glossa non animadvertit, sed excogitavit tantum, ut novatione facta legatarius promittat se soluturum creditoribus, quibus Mæviana hereditas obstricta est, nec tamen inutilem modum vel incongruum. At plerumque auctores nostri in similibus causis remedio cautionis de indemnitate præstitæ heredi efficiunt, ut legatarius in se suscipiat omnia onera, & vicissim etiam heres debet legatario præstare omnia commoda hereditatis Mævianæ, & cedere actiones, quas habet, inque eum transferre. Non dantur legatario actiones ipso jure, sed ceduntur ab herede, cui ipso jure competunt; non dantur etiam in legatarium ipso jure actiones, quibus hereditas Mæviana obstricta est; & nec ulla onera hereditatis Mævianæ in eum transeunt, nisi ab eo suscipiantur interposita vel præstita heredi cautione indemnitatis, quam utique præstare necesse habet, si velit frui commodis hereditariis, nec enim commode potest separare commoda ab incommodis, & hæc recusare, illa complecti. Suscipiet autem legatarius onera hereditatis Mævianæ interposita illa cautione onera, inquam, quæ in diem mortis testatoris, qui Mævio heres extitit, perseverant, non ea onera, quibus jam testator perfunctus est. Et vice mutua legatario præstabuntur ab herede actiones, quæ in eum diem supersunt, non quas jam ante testator recte pertulit. Et huc valde pertinet species *leg. pen. §. quæ marito, hoc tit.* quæ talis est. Mater filios & extraneos quosdam heredes scripsit, filiis prælegavit hereditatem, quæ sibi a marito obvenerat, patre eorum, ea lege & conditione: *ut omnes onus hereditatis agnoscerent, tam in præteritum quam in futurum.* His usa est verbis: *nec non etiam onus, quo ipsa mater post mortem mariti, eam hereditatem onerasset.* Quæritur, *an si quid mater solvisset, dedisset, in quod tenebatur ea hereditas, si quid*, inquam, *solvisset vel dedisset post mortem mariti, cum ipsa fructus percepisset, id ad onus filiorum pertineret?* quo loco perspicue sunt trajecta verba Scævolæ, & ita reponenda, ut quæstionem proponat hoc modo: *an si quid mulier solvisset, dedisset post interitum mariti, cum ipsa fructus cepisset, ad onus eorum pertineret?* Hoc ergo quæritur, quibus mater legavit eam hereditatem, dando, solvendo, satisfaciendo, filii agnoscere debeant quibus ea hereditas prælegata est, quod maxime interest scire, propter heredes extraneos. Nam si filii ea agnoscere debent de suo, coheredibus suis tenetur reddere quæcunque mater solvit: & sane videntur debere ea onera agnoscere, quoniam dixit mater: *ut omne onus agnoscerent, tam in præteritum quam in futurum.* At Scævola respondet, ea tantum onera filiis imposuisse matrem videri, quibus levata hereditas nondum esset, non ea, quibus mater jam absolvisset hereditatem, maxime cum & ipsa hereditatis fructus interim percepit, nec eos filiis reservaverit, ut cum fructibus compensentur onera. Est elegantissima species.

Ad §. Dominus.

Dominus herede fructuario scripto fundum sub conditione legavit, voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat, diversum in ceteris prædiorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

Nota-

NOtatur in hoc §. una differentia inter ufumfructum, & fervitutem prædialem. Nam fi quis excepto milite, dominus fundi heredem inftituerit eum, qui in eo fundo ufumfructum habet, & fundum alii legaverit fub conditione, fructuarius autem hereditatem adierit, aditione confunditur, & interit ufusfructus, & exiftente conditione legati, legatario debet præftare plenam proprietatem fundi, non deducto, non retento, non redintegrato ufufructu, qui femel extinctus eft aditione, confolidatione, confufione, comparatione domini: nam adeundo adquifivit proprietatem, id eft dominium fundi. Adquifitio dominii perimit ufumfructum, ut nec poffit reftitui, nec redintegrari fundo legatario præftito. Et hoc ita in ufufructu procedit.

Verum non idem dicemus in fervitute prædii, fi dominus fundi, in quo vicinus habet fervitutem itineris exempli gratia, non ufumfructum, vicinum heredem inftituerit, & eum fundum Titio legaverit fub conditione. Nam exiftente conditione Titium petentem fundum repellet heres exceptione doli mali, fi non patiatur fundo iterum imponi iter, fi non patiatur fervitutem redintegrari, quæ aditione confufa eft, *l. 18. de fervit. l. legatum, §. ult. fup. tit. prox. l. Mævius, §. pen. hoc tit.* Hæc una eft differentia inter ufumfructum, & fervitutem prædii; cujus rationem paucis verbis, fed fubtilibus Papin. explicat in hoc §. & dicit, eam pendere ex voluntate teftatoris, quia voluntas teftatoris hæc eft, ut fundus legatario præftetur integer cum fuo emolumento, quod utique confiftit in fructu, non ut præftetur nuda tantum & inutilis proprietas fundi detracto ufufructu. Voluntas teftatoris declaratur ex fcripto, *l. illud, §. ult. de jur. codicill.* Scripfit autem teftator, fe fundum legare, quo nomine fignificatur plena & fola proprietas, *l. fi Titio, l. fi alii, de ufufr. leg.* ficut fervi nomine fignificatur plena proprietas, plenum dominium, *l. 26. hoc tit.* & nomine cujufcunque rei, vel corporis. Et hoc eft, quod dicitur ufumfructum partis fundi inftar obtinere, *l. qui ufumfruct. de verb. oblig.* & effectum partis in cafibus plerifque, *l. fi Titio, §. 1. de ufufr.* quæ dum ait: *ufumfructum in quibufdam cafibus effectum partis non obtinere*. Significat in aliis plerifque obtinere, non in omnibus. Et merito, quia emolumentum rei continet: parum enim mihi profuerit rei proprietas, nifi reipfa utar fruar. At fervitus fundi partis fundi inftar non obtinet: fundum non præftat, qui detrahit ufumfructum; contra fundum præftat, qui detrahit, & fibi retinet iter in eo fundo, ex quo apparet ufumfructum obtinere vicem partis, non iter: ideoque heres, cujus in fundo legato ufusfructus fuit ante aditam hereditatem, fundum præftabit non retento, vel reintegrato ufufructu, quem habuit ante: at heres qui habuit in fundo legato iter ante aditam hereditatem fundum non aliter præftabit, quam, fi legatarius fibi jus itineris in eo fundo conftituat, quod habuit ante. Fundi appellatio plenum fundum fignificat, non etiam liberum fundum five optimum maximum, *l. fervo legato, §. fi fundus, tit. prox.* Et hæc eft ratio, quam propofuit Papinianus. Reftat tantum, ut videamus, cur idem ponat, fundum fuiffe legatum fub conditione, numquid idem non eft, fi legatus fit pure? Sane in ufufructu eft idem, quem conftat non redintegrari: fed in fervitute prædii non eft idem, quia fi fundus, in quo heres habuit iter, fuerit pure legatus, per vindicationem, non per damnationem, & legatarius agnoverit legatum, aditione fervitus non intelligitur effe confufa, quia recta via dominium fundi, quod fuit jacentis, nec dum aditæ hereditatis, poftea adita hereditate, ad legatarium, qui agnovit legatum, tranfit, nunquam factum heredis, ergo nunquam facta confufione, *l. 80. hoc tit. l. fi a Titio, de furt.* At fi fundus per vindicationem fuerit fub conditione legatus, ut in hoc §. & poft aditionem conditio legati extiterit, proculdubio aditione confufa fervitus eft, puta interim fundo facto heredis, fed retinetur per exceptionem doli mali, quæ retineretur ipfo jure, quafi non confufa, fi pure fundus fuiffet legatus: Itaque male DD. omnes in hoc §. hæc verba: *fub conditione* exiftimant abundare, quafi fcilicet idem fit fundo pure legato.

Ad §. Heres.

Heres meus Titio dato, quod ex teftamento Sempronii debetur mihi, cum jure novationis, quam legatarius idemque teftator antea fecerat, legatum ex teftamento non debeatur: placuit falfam demonftrationem legatario obeffe, nec totum falfum videri, quod veritatis primordio adjuvatur.

LEgavi legatum, quod mihi ex teftamento Sempronii debetur. Id vero tum mihi jam non debebatur ex teftamento Sempronii, fed ex ftipulatu, jure novationis, quæritur, an heres legatario teneatur cedere actionem ex ftipulatu, in quam per novationem actio ex teftamento transfufa eft, licet legata tantum videatur actio ex teftamento, cum legatur, quod fibi deberetur ex teftamento Sempronii? Et refpondet Papin. effe præftandam actionem legatario, actionem, inquam, ex ftipulatu, ut confequatur quod teftatori deberetur ex teftamento Sempronii, quia falfa demonftratio non vitiat legatum, & quod etiam ea demonftratio, quod fibi deberetur ex teftamento Sempronii, non eft omnino falfa, fi initium & originem obligationis fpectemus: non eft, inquam, in totum falfum, quod adjuvatur primordio veritatis: & mutata etiam non eft perfona debitoris aut creditoris, fed caufa tantum obligationis, perempta omnino obligatione veluti per acceptilationem, fane nihil legatario deberetur, nullum effet legatum, *l. fi fit, §. ult. fup. tit. prox.* At novatione facta non omnino perimitur obligatio, fed nova conftituitur, & fic novatione facta non perimitur legatum liberationis, quoniam idem obligatus manet, non quidem ex veteri, fed ex nova caufa, quæ originem capit a veteri, *l. ult. §. ult. de lib. leg.* Acceptilatione autem perimitur legatum liberationis, quafi fupervacuum & inutile, *l. fi id quod, eod. tit.*

Priufquam veniam ad reliqua refponfa hujus l. 78. addam ad fecundum refponfum, quod eft in §. *Lucio Sempronio*, quod antea a me prætermiffum eft.

Loquitur in §. *Lucio* de legatario, cui quis legavit hereditatem, quæ fibi a Mævio obvenerat, quem, ait, debere fufcipere onera, quæ fuerunt Mævianæ hereditatis, & viciffim ei deberi præftari actiones, quæ fuerunt in hereditate Mæviana, & in diem mortis teftatoris perfeverarunt, ipfo jure ei, & in eum non dari actiones ex caufa hereditatis Mævianæ, fed vel cedi, vel fufcipi. Addamus idem effe in fideicommiffario. Nam fi heres rogatus fit L. Titio reftituere hereditatem Mævianam, ei & in eum ipfo jure ex SC. Treb. reftituta ea hereditate non tranfeunt actiones, fed cedendæ & fufcipiendæ funt, quia intelligitur effe fideicommiffum fpeciale, non univerfale (in quo tantum locus eft SC. Treb.) intelligitur effe fideicommiffum pecuniarium, non fideicommiffaria hereditas. Et hoc probat *l. cogi, §. fed etfi miles, inf. ad SC. Treb.* & docet hoc ita procedere in pagano, non in milite. Et valde notandum eft ex eo §. *fed & fi miles*, in §. *fed & fi quis*, qui eum præcedit, cum eadem fere verba proponantur, negative effe legendum: *non tranfire actiones*, omnino hoc fenfu, ut fi heres rogatus fit reftituere hereditatem, quæ teftatori a Sejo obvenerat, hereditatem Sejanam, & heres non hanc tantum hereditatem, fed univerfam hereditatem teftatoris fufpectam dicat, & adire recufet, quia placet, quod Papin. dixiffe ait: *ex SC. Treb. non tranfire actiones in eum, cui hereditas Sejana relicta eft & reftituta*. Ideo ut tranfeant actiones, heredem a prætore effe cogendum adire hereditatem defuncti, & reftituere L. Titio non tantum hereditatem Sejanam, fed univerfam defuncti hereditatem: fic proculdubio ei & in eum tranfibunt actiones.

Item ad responsum, quod est in §. *heres*, hoc addi velim ex eo maxime esse notandum, novatione non omninó extingui memoriam & causam pristinæ obligationis. Nam post novationem non in totum falsum dicit, qui sibi dicit deberi ex pristina causa, quæ novata est, quoniam hæc oratio adjuvatur primordio veritatis: Ac præterea novæ obligationi insunt eædem causæ & conditiones, quæ veteri, *l.1.§.plane*, ut *leg.nom.cav.l.4.supr. de usur.* Nunc venio ad quintum responsum, quod est in §. *servus*: & hoc tantum explicabo, & alterum brevissimum.

Ad §. Servus.

Servus pure manumissus, cui libertas propter impedimentum juris post aditam hereditatem non competit, quod status ejus extrinsecus suspenditur, forte propter adulterii quæstionem: ex eodem testamento neque legata, neque fideicommissa pure data sperare potest, quia dies inutiliter cedit.

SCiendum est, diem libertatum testamento relictarum non cedere a morte testatoris, ut ceterorum legatorum, sed ab adita hereditate demum, cujus rei causa pendere dicitur ex natura libertatum in *l.un.§.libert. C.de cad.toll.* quia scil. libertates personis cohærent, & in heredem non transferuntur: ut plane frustra sit, si quis dicat diem earum cedere ante aditam hereditatem. Propterea enim institutum est ut ceterorum legatorum dies cederet mortis tempore, ut, si herede moram aditioni faciente interim moriantur legatarii, non idcirco minus legata transferant in heredes suos. Cum autem libertatum natura hæc sit, ut non possit transferri in heredes, inutile est dicere, diem earum cedere ante diem aditæ hereditatis, ex quo omnia, quæ in testamento pure relicta & adscripta sunt, valent & competunt, aut præstari debent, *l.32.in pr.sup.h.t.* His autem consequens est, ut & dies legatorum relictorum servis, quibus libertates adscriptæ sunt, non cedat ante aditam hereditatem: alioquin inutilia essent legata, si dies earum cederet antequam libertates competerent, quia servis propriis inutiliter legatur sine libertate: denique dies eorum legatorum cederet inutiliter, *l.8.inf.quando dies leg.ced. l.4. C. de legat.* Quod etiam evenire ostendi, ut scil. inutiliter cedat dies legatorum relictorum testamento manumissis, si servo relicta sit libertas sub conditione, & legatum pure, & tempore aditæ hereditatis, quo legatum cedit, pendeat conditio libertatis, quia si postea existente conditione libertatis competat servo libertas, tamen legatum ei non debetur, quoniam diês ejus semel cessit inutiliter, cum adhuc esset libertas in pendente, in suspenso, nimirum quia suspensa fuit conditione testamento adscripta, quæ nondum extiterat. Proinde suspensa fuit ex ipso testamento, & ex ipsa scriptura testamenti. Verum idem esse Papin. ostendit in hoc §. si libertas suspendatur extrinsecus, id est, extra causam testamenti, ut si pure, & recte quidem testamento data sit libertas, sed exterior aliqua causa vel ratio juris moretur libertatem, veluti quæstio adulterii ex l. Julia, quæ lex jubet intra 60. dies divortii propter quæstionem adulterii, suspendi libertates servorum uxoris, & mariti, & parentum eorum, quos scil. eis in usum & ministerium dederit. Verbo suspendi utitur, dum hoc enarrat *l. ult. C. ad l.Jul.de adult.* sicut hic §. eodem verbo utitur. Fingit, ut res sit clarior, post divortium uxorem a viro postulari ream adulterii, & intra 60. diem divortii patrem uxoris mori, testamento pure data libertate servis filiæ in ministerium datis, & eisdem quoque servis relictis legatis quibusdam, & mox adiri patris hereditatem, tamen suspenduntur libertates testamento datæ, quoad finita sit quæstio adulterii, ut de servis possit haberi quæstio: & ne, si admittamus statim competere libertates ab adita hereditate, subducantur quæstioni. Suspenduntur ergo libertates datæ testamento etiam post aditam hereditatem, non ex testamento ipso, cum pure & jure datæ sint, sed extrinsecus propter cognitionem adulterii, & ideo dies legatorum eis relictorum inutiliter cedit tempore aditæ hereditatis, quia eo tempore libertates eorum in suspenso erant ex l. Julia. Et licet postea ad eam perveniant finitis 60. diebus, vel finita quæstione adulterii, ut in *l.prospexit, ff.qui, & a quibus man.* tamen legata, quæ semel cesserunt inutiliter, non convalescunt, ut in *l.ult.in fi.sup.commu.præd.* Et erravit Rogerius, qui existimavit post purgatam innocentiam & finitam quæstionem adulterii, etiam legatum deberi, quem vellicat Accursius: dum ad hæc verba Papin: *ex testamento, neque legata, neque fideicommissa pure data sperare potest*, ita scribit. Audi Rogeri, si ipse dicit, ante purgatam innocentiam. Ipse autem est B Papinianus: & merito eum refellit, quia sane legata evanuerunt, quæ cesserunt inutiliter, & quæ non fuerunt in suspenso; ut libertates. Et præterea legatorum dies cedit, quamvis eorum præstatio extrinsecus suspendatur, *l.cum illud, in fine, ff.quando dies legat. cedit.* Sed in hac specie cessisset inutiliter. At libertatum, quæ extrinsecus suspenduntur, dies non cedit, antequam impleta sit conditio juris, quæ libertati impedimento est, quia & frustra diceremus libertates antecedere, cum in heredes non transmittantur. Et serva, nos opponere conditiones juris extrinsecus suspendentes libertatem, conditionibus ex ipso testamento venientibus, non ab alio, quam ab ipso Papin. instructi, in *l.conditiones, de cond.& dem.& d.l.cum illud, in fine*, & a Paulo in *l.6. eod. tit.* Et hæc quidem est vera & perspicua interpretatio hujus reC sponsi: alia interpretatio, quam Glossa adfert ex *l. his verbis, §.interdum, sup.de hered.instit.* de servo accusato adulterii in dominam, quæ ait, ante finitam cognitionem á domina ejusdem criminis postulata, quoniam id crimen semper est duorum, inutiliter servum cum libertate heredem institutum. Ea vero species non congruit cum hoc responso, in quo ponitur suspendi libertates: in casu §. *interdum* non suspenditur libertas; sed prorsus irrita constituitur. Et interpretationi quam adhibuimus, & probavimus, nihil obstat *l. pen. C. de iis quæ ut indig.* quæ finita quæstione cædis a familia domino illatæ, ait, & libertates & legata competere, quæ interim in suspenso fuerunt, quia in ea specie interim suspensa fuit aditio hereditatis ex Senatuscons. Syllaniano. In hac specie adita fuit hereditas, & legatorum eo tempore dies cessit inutiliter, quia libertas nondum competebat, sine qua servus proprius testatoris legati incapax est. Non obstat etiam *l.1.C.qui non poss.ad liber.perv.* quæ ait, servum damnatum in vincula temporalia, dum ea pœna fungitur, non posse capere sibi relictam libertatem vel legata, finito tempore pœnæ capere posse, quia ut recte notat Accursius, non id dicit, eum capere posse, quod ei relictum est quum erat in vinculis, quoniam dies ejus cessit inutiliter, sed quod relinquitur expleto tempore pœnæ, quoniam dies ejus cedit inutiliter.

Ad §. Pater.

Pater cum filia pro semisse herede instituta, sic testamento locutus fuerat: peto cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei: necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes, præcedere videbatur, sed moderandæ portionis, quam majorem in unius nepotis personam conferri voluit, arbitrium filiæ datum.

SPecies hæc est, Sempronius filiam heredem instituit, & adjecit, *rogo te, filia, ut, quum morieris, hereditatem meam restituas filiis, quos susceperis, & si plures suscipias quam habeas modo, ut Sempronio potissimum plus ex bonis meis tribuas, quam aliis, in honorem nominis mei, id est, quod is Sempronius mihi sit cognominis, cui etiam Sempronio est nomen*, ut in antiquo testamento L. Cuspidii. *Consobrinis meis, & Lucio præcipue, quod is nomen meum ferat,*

rat, dari volo, &c. ut in teſtamento Lyconis apud Diog. Laert. *quæ ſunt in urbe & in Ægina, do lego Lyconi, quod is nomen meum ferat.*

In hac ſpecie Papin. ait, neceſſitatem filiæ initio impoſitam videri filiis ſuis nepotibus teſtatoris reſtituendi viriles partes hereditatis, ſed poſterioribus verbis, cum non ſit finita Sempronio certa portio, arbitrium filiæ datum videri moderandæ portionis Sempronii ex bono & æquo, ita ut aliquanto plus habeat quam virilem: arbitrium opponit neceſſitati, neceſſitatem imponit heredi, qui nepotibus certam portionem adſcribit. Nam preces teſtatorum permixtæ ſunt neceſſitati: arbitrium autem reliquit heredi, qui nepotibus non adſcribit certam portionem. Ideoque arbitrio boni viri mater portionem eam Sempronii moderabitur, ut ex ſententia defuncti plus aliquando Sempronius habeat, quam virilem portionem, ceteri nepotes habeant virilem partem.

Ad §. Non Jure.

Non jure tutori dato mater legavit, ſi conſentiat, ut decreto prætoris confirmetur, & prætor non idoneum exiſtimet: actio legati non denegabitur.

CErtum eſt, tutorem pupillo datum, per quem ſtat, quo minus tutelam ſuſcipiat, amittere legatum ſibi relictum ut tutori, fidei remunerandæ gratia, quod jam docuimus *lib.4. & 5. ad l. qui tutelam, in princ. de teſt. tut. & l. tutor petitus, §. 1. de excuſ. tut.* Vice verſa igitur, ſi per tutorem non ſtat, quo minus ſuſcipiat tutelam, ſed alia quæpiam cauſa ei impedimento ſit, non amittet legatum, ut in ſpecie propoſita hoc loco. Mater filio impuberi in teſtamento tutorem dedit: non jure eum dedit: quia tutoris datio eſt legis, vel ejus cui eam lex dedit, *l. muto, §. tutoris, de tutel.* porro lex 12. tab. non permiſit eam matri, ſed parenti tantum dedit, qui impuberes haberet in poteſtate, *l. 1. de teſt. tut.* Et hoc eſt quod dicitur tutelam mandari jure patriæ poteſtatis *l. impuberi, de adminiſtrat. tut.* Mater autem liberos non habet in poteſtate, & ut eleganter ait Leo Philoſophus in Novel. 25. *ſolius virilis perſonæ in poteſtate eſt filius.* Quaſi dicat ſcilicet ſoli matri reſpondere, veluti ex diverſo nomen filiifam. Verum tutor datus a matre in teſtamento decreto prætoris ex inquiſitione confirmari poteſt, ſi modo datus ſit heredi inſtituto, *l. 2. de conf. tut. l. 4. de teſt. tut.* Confirmatus autem erit dativus tutor, non teſtamentarius, nec enim teſtamento jure datus eſt. Nunc facito tutorem a matre datum legato ei adſcripto conſentire, vel deſiderare, ut a prætore confirmetur, ſed prætorem habita inquiſitione morum ejus & facultatum, & cauſa cognita, neque eum judicare idoneum, neque confirmare velle, an amittet legatum, quod ei mater adſcripſit? minime, quia onus tutelæ non refugit, quantum in ipſo eſt, non removetur etiam ut ſuſpectus, alioquin repelletur etiam a legato, *l. quid autem, de excuſ. tut.* Sed non admittitur, non confirmatur, & per prætorem, non per eum ſtat, quo minus tutelam gerat: aliud eſt non admitti, aliud extrudi, excludi vel removeri, & hæc eſt ſententia hujus §.

Ad §. Qui Mutianam.

Qui Mutianam cautionem, alicujus non faciendi cauſa interpoſuit: ſi poſtea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio promitti neceſſe eſt, reſtituere debet.

MUtiana cautio compoſita eſt a Quinto Mutio Scævola, ut ejus cautionis remedio caperent ſtatim legatarii vel fideicommiſſarii, quæ ſibi relicta eſſent ſub conditione non faciendi aliquid, quæ niſi morte legatariorum expleri non poſſet, ut remedio cautionis adhibito repræſentarentur legata conditionalia ante conditionem impletam, quod utilitas exigebat introduci, propterea quod legata relicta ſub conditione non faciendi aliquid, veluti ſub conditione non eundi Romam, non intelliguntur impleta, antequam mortuus ſit legatarius: itaque legatario nihil prodeſſet, ſi expectaretur mors ejus, ſi differretur præſtatio legati in diem mortis ejus. Remedio igitur cautionis Mutianæ repræſentantur ſtatim, quam quidem legatarii præſtant iis, quorum intereſt, ut ait *l. ſervo, §. ſi teſtator, ad SC. Treb.* Puta heredi, vel legatario, a quo fideicommiſſum alii relictum eſt, vel quia etiam in hereditatibus, hæc cautio neceſſario recepta eſt coheredi, aut ſubſtituto, ad quos jure civili deficiente conditione non faciendi, puta ſecus faciente legatario, legatum, aut fideicommiſſum, aut hereditas pertinere poteſt, *l. 7. & 18. de cond. & dem.* Et non eſt ea cautio, nuda repromiſſio, nuda ſtipulatio, quoniam huic ſtipulationi ſive cautioni, adhibendi etiam ſunt fidejuſſores, vel repromiſſioni addendum eſt jusjurandum, & hypotheca rerum ſuarum, ut in *Novell.* 22. Cavent autem legatarii cautionem Mutianam hoc fere modo: *Non facturos ſe, quæ ne facerent conditioni legato præpoſitæ cautum eſſet, aut ſi quid adverſus eam feciſſent, rem pecuniamve legatam cum fructibus, vel uſuris, vel quanti ea res erit, qua de agitur, tantam pecuniam ei, ad quem ea res pertinet reſtitutum iri.* Dixi rem, vel quanti ea res eſt ex *l. cum ſub hac, de condit. & demonſtr.* & adjeci, *cum fructibus* ex *l. heres, §. qui poſt, eod. tit.* & ex hoc §. *vel cum uſuris*, ſi pecunia legata ſit, ex *Novell.* 22. Et quamvis non caveat nominatim legatarius de fructibus reſtituendis; tamen commiſſa ſtipulatione, id eſt, ſi poſtea fecerit, quod non facere juſſus eſt, etiam fructus reſtituere debet medio tempore perceptos, de quibus reſtituendis etiam initio accipiendi legati, ut caveret compelli potuit, ut Papinian. ait hoc loco, quod etiam ſcripſit quaſi certiſſimum in libris definitionum, *d. l. heres, §. qui poſt.* Et ratio hæc eſt: quia quod cautioni vulgo adjici ſolet, cuique adjiciendo, is qui cautionem præbet, cogi poteſt, ſi ſit omiſſum, non habetur pro omiſſo, ſed pro adjecto, ut *l. ult. C. quæ res pign. oblig. poſſ. l. ult. C. de fidejuſſ.* Sequitur reſponſum penultimum.

Ad §. Variis.

Variis actionibus legatorum, ſimul legatarius uti non poteſt, quia legatum datum, in partes dividi non poteſt, non enim ea mente datum eſt legatariis pluribus actionibus uti: ſed ut laxior eis agendi facultas ſit, ex una interim, quæ fuerat electa legatum petere.

HOc penultimum reſponſum eſt accipendum de legato per vindicationem ſecundum jus vetus, quod ita relinquitur, *illi do, lego, vel capito, rem illam ſumito, tibi habeto*, quoniam cum dicat, ex variis actionibus legata peti poſſe, hujus tantum legati nomine, quod per vindicationem relinqueretur, comparatæ erant variæ actiones, ac ſimiliter, quæ leges dicunt legatorum plures actiones, ſecundum jus vetus, ſunt omnes accipiendæ de legatis per vindicationem, *l. hujuſmodi, §. ult.* & quæ illam ſequitur, *l. ſi ſervus leg. §. cum homo, ſup. tit. prox. l. 3. C. de leg. l. 4. C. de uſur. & fructib. leg.* Et iis quidem, quibus ita legatum eſt, datur actio in rem, & actio in perſonam, id eſt, ex teſtamento: dari etiam eis actionem ad exhibendum; vel actionem in factum conſtat ex *l. quod legatum, ſup. de jud. l. ſi heres rem legatam, ſup. hoc tit.* Dari etiam in ſuo caſu interdictum quod legatorum, ſed hoc interdictum datur etiam ex alio genere legati, veluti per damnationem, *l. 1. §. ſi quis ex morte, in fine, quod legat. nom.* Illæ actiones ſuperiores erant tantum ex legato per vindicationem, nam ex legato per damnationem, *veluti heres damnas eſto illi dare rem illam, vel heres illi dato rem illam*, erat tantum actio ex teſtamento, quæ eſt in perſonam: at hodie Conſtit. Juſtin. id eſt, *l. 1. C. comm. de leg.* ex omni genere legatorum, aut ex eorum cauſa tres ſunt, tres com-

petunt actiones. Acti o in rem, id est, vindicatio rei, quæ adsertio d ominii est, lis dominii, ut ait lex *evictis, de usur.* Et actio in personam, q ua legatarius adserit sibi rem legatam deberi ex testam ento. Et præterea actio hypothecaria, qua legatarius persequitur res alias hereditarias quasi tacito jure pignori si bi obligatas legati nomine, si legatum ipsum consequi non possit. Quæ actio hypothecaria primum prodita est a Justin. Jure enim veteri nulla fuit tacita hypotheca legatorum nom ine, & nulla hypotheca, nisi quam forte testator ipse constituisset legatariis in ipso testamento, ut in *l.non est mirum, de pig.act.l.fundus, de ann.leg.l.Lucius, de adim.leg.* Proinde in potestate legatarii est rem legatam, vel quasi suam petere rei vindicatione, vel quasi alienam, sed sibi debitam condictione: neque hic earum actionum concursus est novus, aut incongruus, cum & ex aliis plerisque causis hæ duæ actiones concurrant, licet videantur adversæ, veluti ob res furtivas, vel ob res amotas divortii causa, *l.3.§.1. de condict.furt.l.ob res, ff.rer.amot.* Sed in his causis est propria quædam ratio, ut hæ duæ actiones dentur odio furum, quo pluribus actionibus teneantur, *§.sic itaque, Inst. de act.* Quæ ratio est valde obscura, aut sane enucleatu difficilis admodum, sed hic non est locus enucleandi eam: verum quia ille concursus harum actio num in illis causis admittitur odio furum, vel quasi furum, puta, conjugum, qui res amoverint divortii causa, recensea mus etiam alias causas, in quibus nullum subest odium reor um,& tamen iis duabus actionibus tenentur. Mulier res dotales persequitur actione in rem ut suas, vel actio ne hypothecaria ut alienas, *l.in rebus, C.de jure dot.* Don ator res donatas inter vivos, si omissa sit insinuatio, persequitur vindicatione, vel condictione, *l.pen.C.de don.l.38.C.de Episc.& cler.* Itemque lege donationis non impleta, donator res donatas inter vivos persequitur hac vel illa actione, *l.1. C. de don.quæ sub. mod.* Itemque res donatas mortis causa ex pœnitentia revocat, vel vindicatione, vel condictione, *l.qui mortis, ff. de mort.caus.don.* Et est in potestate ejus utra actione uti malit, qua actione agere maluerit. Causam sive rem nostram sæpe malumus alienam videri, & petere ut alienam, non ut nostram. Quidni? ut in *l.pen.quand.ap.sit.* At ut ostenditur, potissimum in hoc §. simul his actionibus, quæ legatariis competunt, legatarii non possunt uti in solidum, vel in partem: *in solidum*, quia defunctus semel duntaxat legatum ad eos pervenire voluit, *non in partem*, quoniam legatum, quod unum est, scindi non potest, quæ sententia & rei legatæ, & actionis divisionem inhibet, *l.4. sup.h.t.* Variæ dantur actiones iis, quibus legatum est per vindicationem: & hodie omnibus legatariis & fideicommissariis, non ut omnibus simul experiantur, ut ait, sed ut latior sit eis agendi facultas. Ceterum una eligenda est, una contenti esse debent, nec una electa, est regressus ad alteram, ut in *l.quod in heredem, §.1.de tribut. act.* Neque huic responso quicquam obstat lex 1. *§.quia autem, ff.quod leg.* ubi legatarius proponit simul diversas actiones: petitionem hereditatis, & interdictum quod legatorum, & admittitur, quia scilicet protestatio ejus rem omnem emendat, neque enim est audiendus, qui varias instituit actiones, quod interdum facere cogitur, dum in dubio est animus, incertus juris adversarii sui, non aliter, inquam, est audiendus, quam si protestetur, se ex una tantum earum velle consequi simplum, quod eum contingit, Protestatio igitur rem omnem emendat.

Ad §. ultimum.

Repetendorum legatorum facultas ex eo testamento solutorum danda est, quod irritum esse post defuncti memoriam damnatam apparuit: modo si a legatis solutis crimen perduellionis illatum est.

SEntentia responsi ultimi hæc est: heres solvit legata bona fide testamento relicta, & ex post facto apparuit testamentum irritum esse, ac proinde ex eo legata, quæ soluta sunt, non fuisse debita, ut in specie, quam ponit de memoria testatoris damnata post mortem ejus ob crimen perduellionis, proditionis adversus Rempub. vel Principem, qua damnatione irritum fit ejus testamentum, *l.6.§.sed ne eorum, de inj.rup. & irr.test.* Et in Carthaginensis synodi canone 82. qui ostendit etiam ex ea causa irritum fieri testamentum. Damnatur memoria mortui, ut quod pauci sciunt, omnibus notum fiat. Bartolus refert *in l.1.C.de req.reis.* Dantis poetæ celeberrimi fuisse damnatam memoriam post mortem, quod ex professo edito libro de potestate Imperii, qui superioribus annis in lucem editus est, Imperatoriam potestatem & majestatem extulisset supra Pontificiam. Damnatur, *inquam*, memoria mortui, vel etiam vivi, quum interdicitur ejus nomen posteris, ut eleganter Mamertinus ait in Panegyr. ad Jul. Cum si forte Consul fuit, nomen ejus fastis eximitur & eripitur, ut de Eutropii memoria damnata scriptum est in *l.17.C. Th. de pœnis*, *erepto*, inquit, *splendore ejus, & consulatu, & a tetra illuvie, & a commemoratione nominis ejus, ex cœnosis sordib. vindicato, ut ejusdem universis actibus antiquitatis omnia mutescant tempora*, & inf. *Omnes statuæ ejus & omnia simulachra aboleantur*: hoc est damnare memoriam. In proposito autem damnata testatoris memoria, quia irritum est testamentum, & apparet indebita fuisse legata, quæ soluta sunt, Pap. recte respondet hoc loco, *legatorum solutorum repetitionem dari*. Cui vero? heredi vel fisco, ad quem transeunt bona damnati, & heredi quidem scripto, si de suo solvit legata, fisco autem, si heres solvit de hereditate. Et ita docte Acc. distinguit ex *l. quod si possessor, ff. de pet. her.*

Ad L. XCI. de Leg. III.

Prædiis per præceptionem filiæ datis, cum reliquis actorum & colonorum ea reliqua videntur legata, quæ de reditu prædiorum in eadem causa manserunt, alioquin pecuniam a colonis exactam, & in calendarium in eadem regione versam reliquis non contineri; neque colonorum neque actorum, facile constabit, tametsi nominatim actores ad filiam pertinere voluit.

FInita lege *cum filius* 78. *de leg.2.* accedamus ad leg. *prædiis*, quæ est 91. *de leg.3.* in qua plura sunt responsa. Initio legis proponitur pater filiæ pro parte heredi institutæ prælegasse certa prædia cum reliquis colonorum & actorum, & actores quoque ipsos. Actores sunt, qui & villici dicuntur, servi præfecti rei rusticæ & rationib. prædiorum, *l.pen.in princ. de adim. legat.* Reliqua vero actorum sunt, quæ resident sive restant debita domino, ex eo actu, eave administratione, & cura prædiorum. Coloni sunt, qui prædia conduxerunt mercede sive pensione certa. Reliqua autem colonorum sunt pensiones sive mercedes, quas reliquati sunt, & domino debent ex causa locationis, quæ in idiotismo vocamus, *Arreraiges*. Et plerunque reliqua hæc vel actorum vel colonorum probantur ex scriptura domini prædiorum, qui computatis rationibus actorum sive colonorum subscribit manu sua, tot esse in reliquis, id est, tot nummos accepta superare expensa, & imparem esse rationem accepti, & expensi. Reliquationi adversa est pariatio. Et ita probari reliqua, quæ debentur ostendit *lex Aufidius infra, h. t.* At quæritur initio hujus legis, an legato *reliquorum* contineantur etiam pecuniæ, quas actores vel coloni cum reliquati essent, jam dominus prædiorum ab eis exegerat, & in calendarium converterat, id est, fœnori occupaverat in ea regione, cujus cura ad servos actores pertinebat? Et ait, eas pecunias non contineri legato, quas exegit paterfamil. & fœnori collocavit, sicut nec eas, quas exegit, & habet in condito, id est, quas recondidit in arca, vel in horreo, *d.l.Aufidius*. Exacta & condita separantur a reliquis, *§. pariter, in hac lege*, quia exactione, & solutione desierunt esse reliqua: Lega-

Legatis reliquis colonorum vel actorum contineri tantum ea, quæ de reditu prædiorum in ea cauſa manſerunt, id eſt, eam tantum pecuniam, quam adhuc coloni vel actores debent ex actus ſui, vel ex locationis cauſa, & actiones eo nomine competentes adverſus colonos, quæ præſtari poſſunt, eſſe præſtandas & cedendas legatario, ut in *l. cum filius*, §. *primo*, *ſup. tit. prox.* dixit idem auctor, legata hereditate Mæviana, legato contineri eas tantum actiones, quæ hereditariæ manſerunt, cedique & præſtari poſſunt, non quas jam teſtator ipſe pertulit; Plus ait lex *Sejæ*, §. *prædia*, *de inſtr. vel inſt. leg.* non contineri etiam legato reliqua colonorum, qui jam finita conductione coloni eſſe deſierunt, & colonia, id eſt, agro conducto diſcedentes, de reliquis penſionum domino caverunt novatione facta; quia poſt finitam conductionem novatione facta deſierunt eſſe reliqua colonorum: coloni plerumque erant liberi homines, actores ſive villici ſunt ſervi patrisfam. Columella lib. 1. cap. 7. *Omne genus agri tolerabilius eſſe ſub liberis colonis, quam ſub villicis ſervis habere.* Quos paulo poſt vocat actores. Quamvis autem, ut propoſuimus initio, actores filiæ legati ſint in hac ſpecie, & reliqua colonorum, quæ dominus exegit, tranſlata ſint ad rationes actorum, verſa pecunia in calendarium ejus regionis, quod actores exercebant pro domino, tamen ea reliqua legato non continentur. Et breviter ſumma legis hæc eſt; Legatis reliquis colonorum vel actorum non contineri reliqua colonorum, quæ dominus tranſtulit ad actores, quæ vertit in calendarium, quod tractabant actores; ac ſimiliter non contineri reliqua actorum, quæ jam exegit, licet actores ipſos etiam legarit. Et recte poſui, teſtatorem ipſum exegiſſe reliqua, quoniam ſi poſt mortem teſtatoris ea exegit heres, ſane legato continentur, *d. l. Aufidius*, *in fine*. Quæ ſcilicet uſque in diem mortis teſtatoris in eadem cauſa manſerunt, non quæ ipſe teſtator exegit & avertit alio: iterum dicam ſummam legis vim hanc eſſe, legato actorum non contineri reliqua colonorum, quæ dominus tranſtulit ad actores: nec reliqua actorum, quæ dominus ipſe exegit, ſed quæ nondum exacta ſunt eo vivo, vel quæ poſt mortem ejus exacta ſunt ab herede in fraudem legatarii.

A

Ad §. Ex his verbis.

Ex his verbis: Lucio Titio prædia mea illa cum prætorio, ſicut a me in diem mortis meæ poſſeſſa ſunt, do: inſtrumentum ruſticum, & omnia, quæ ibi fuerint, quo domus fuiſſet inſtructior, deberi convenit, colonorum reliqua non debentur.

D

QUidam legavit certa prædia cum prætorio, quæ eſt habitatio domini ſpecioſa & voluptaria, ſicut ea in diem mortis ſuæ poſſediſſet, & ait, legato contineri omne inſtrumentum patrisfamil. omne id, quo domus in ea villa fuit inſtructior, vel in eo prætorio. Idemque omne inſtrumentum prædiorum, omne inſtrumentum ruſticum, quoniam pleniſſimum eſt legatum, quia dixit, *ſicut a me in diem mortis meæ poſſeſſa ſunt*, quæ verba continent omne inſtructum, & omne inſtrumentum: ſed non continent etiam reliqua colonorum, non continent nomina ex cauſa locationis, quod congruit omnino cum *l. qui habebat*, §. *ult. inf. hoc tit.* Legato igitur prædiorum quantumlibet amplo, quantumvis pleno, non continentur reliqua colonorum, ſed leganda ſunt ſpecialiter, ſiquidem adhuc teſtator ea ad legatarium pervenire voluerit. Quamobrem & ea ſpecialiter fuiſſe legata proponitur initio hujus legis, & *l. Sejæ*, & *l. prædia*, *de inſt. & inſt. leg.* Et ſic in §. *ſequ.* oſtenditur, legata officina purpuraria cum ſervis inſtitoribus, & purpuris, quæ in diem mortis ibi eſſent, non contineri pretia purpuræ jam exacta & condita in arca, nec pretia, quæ emptores debent, nec pretiorum reliquas partes.

E

Ad §. Titio.

Titio Sejana prædia, ſicuti comparata ſunt, do, lego: cum eſſent Gabiniana quoque ſimul uno pretio comparata, non ſufficere ſolum argumentum emptionis reſpondi: ſed inſpiciendum, an literis & rationibus appellatione Sejanorum Gabiniana quoque continerentur, & utriuſque poſſeſſionis confuſi reditus titulo Sejanorum acceptolati eſſent.

IN hoc §. oſtenditur, eum, qui emerat prædia Sejana, & Gabiniana uno pretio, confuſis ſcilicet univerſis prædiis, confuſe conſtituto pretio, legaſſe prædia Sejana, ſicut comparata eſſent, hoc modo: *Illi lego prædia Sejana, ſicut a me comparata ſunt*, & dubitari, an Gabiniana etiam prædia legato contineantur, quod poſſet quis tentare argumento emptionis, quod uno pretio ſimul empta ſint. Sed eleganter ait, hoc argumentum non ſufficere, niſi accedat aliud, puta, niſi etiam ex rationibus teſtatoris appareat, eum Sejanorum prædiorum appellatione, etiam Gabiniana comprehendiſſe, hoc eſt, reditus, quos & redactus vocat, & refectus: & eo nomine proprie noſtri auctores ſignificant penſiones atque mercedes redactas ex locatione prædiorum, niſi, inquam, reditus utrorumque prædiorum teſtator conſueverit confuſe rationibus ſuis acceptos ferre ſub nomine & titulo Sejanorum prædiorum. Argumentum optime ducitur ex rationibus defuncti, ut in *l. ſervis urbanis*, *h. t.* *l. 1. ff. de reb. dub.* *l. Sejæ*, §. *Tyrannæ*, *inf. de inſt. & inſt. leg.* Et ex hoc loco apparet, in quæſtione voluntatis defuncti non ſufficere unum argumentum, unam conjecturam, exigi plures, ut in *l. librorum*, §. *quod tamen h. t.* ut qui chartas legavit, videatur legaſſe libros, hoc non præſumemus ex uno argumento; ſed ex pluribus, puta, quod dixerit, *chartas univerſas meas do, lego*, & quod alias chartas quam libros non habuerit, & quod ſtudioſus ſtudioſo legavit. Hæc tria argumenta efficiunt, ut chartarum legato contineantur libri, unum non ſufficeret: nec debet judex unquam temere ex una conjectura voluntatis defuncti, quicquam de ea decernere: ſic etiam in §. *balneas*, qui ſequitur.

B

C

Ad §. Balneas.

Balneas legatæ domus eſſe portionem conſtabat: quod ſi eas publice præbuit, ita domus eſſe portionem balneas, ſi per domum quoque intrinſecus adirentur, & in uſu patris familiæ, vel uxoris nonnunquam fuerunt, & mercedes ejus inter ceteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, & uno pretio comparatæ, vel inſtructæ communi conjunctu fuiſſent. Ad §. Pen. *Qui domum poſſidebat, hortum vicinum ædibus comparavit, ac poſtea domum legavit: ſi hortum domus cauſa comparavit, ut amœniorem domum ac ſalubriorem poſſideret, aditumque in eum per domum habuit, & ædium hortus additamentum fuit: domus legato continetur.*

DOmo legata dicuntur deberi balnea, quæ ſunt in ea domo, & publice præbentur quadrante, ut ſolebant olim, ſi modo concurrant multa argumenta, quibus de balneis quoque legandis ſub appellatione domus teſtatorem quoque ſenſiſſe appareat, ut puta, ſi per domum in balnea intrinſecus aditus ſit, ſi in uſu privato nonnumquam fuerint teſtatoris, & uxoris ejus, ſi reditus balneorum, & penſiones rationibus accepto tulerit, ſub nomine meritoriorum domus. Meritoria domus ſunt loca domus, quæ particulatim locari ſolent, ut ſtabula, cœnacula, ergaſtula, diverſoria, tabernæ, balnea: item, ſi uno pretio balnea fuerint comparata cum domo, vel ſi fuerint inſtructa communi conjunctu, id eſt, communi contextu. Utitur quatuor argumentis, quibus vult probare eam fuiſſe voluntatem defuncti, ut legato domus cederent balnea. Unum argumentum non ſufficit, plura exiguntur, alioquin legato domus cedunt tantum privata balnea, non etiam, quæ

quæ publice præbentur omnibus. Et huc pertinet, quod ait Paulus 3. Sent. *Domo legata, ejus balneum, quod publice præbetur, nisi alias separetur, legato cedit*, id est, nisi separatim balnei reditus rationibus acceptolati sunt. Et simili modo in §. *pen. h.l.* recte docet domus legato contineri hortum vicinum, si eum domus causa comparavit, ut amœniorem ac salubriorem domum possideret: ac præterea, si per domum in hortum aditus fuerit: denique si hortus fuit additamentum & accessio domus, non aliter, quoniam ex uno argumento non recte ducitur præsumptio voluntatis: eodemque modo in §. *ult.*

Ad §. Ultimum.

Appellatione domus insulam quoque injunctam domui videri, si uno pretio cum domus fuisset comparata, & utriusque pensiones similiter acceptolatas rationibus ostenderetur.

OStenditur domo legata contineri insulam domui injunctam, id est, vicinam, proximam, adjacentem, ut ait *l. si finita §. item, quid dicemus, de dam. inf. & l. qui domum, sup. loc.* quoniam insula, quæ dicitur, non est alii ædificio continua, alioquin ea habitatio non esset insula; vicina alii ædificio potest esse, & proxima ac adjacens, non adhærens. Domo igitur legata, videri etiam legatam insulam vicinam, si modo uno pretio cum domo comparata sit: ac præterea, quoniam hoc unum non sufficit, *si a testatore & domus & insulæ pensiones simul rationibus acceptolatæ sunt sub titulo domus*. Denique ex §. *balneas*, & §. *pen.* & §. *ult.* atque etiam ex §. *Titio*, intelligimus, ex conjectura voluntatis, quæ modo subnixa sit multis argumentis, non unico tantum, & balneum, quod publice præbetur, & hortum, & insulam vicinam partes domus esse censeri, & legato domus contineri, non aliter. Acc. rationes nescivit esse in his omnibus locis: rationes expensi, & accepti; quas conficit sibi quisque diligens paterfamil. ex quibus eruitur sæpe mens defuncti. Observandum etiam est in §. *ult.* quoniam in Pandectis Florentinis ita legitur: *Appellatione domus insulam quoque injunctam domui videri*, nec additur *legatam*: & pro *videri*, quoniam hæc verba sæpe commutantur, legendum esse, *deberi*. Nam idem mendum inolevit duobus locis. Videri pro deberi, in *l. pen. & ult. inf. de dote præleg.* Et apud Senecam 2. natur. quæstion. *Si cum sanitas*, inquit, *videatur esse de fato*, cum veteres habeant, *si sanitas debetur fato, debetur & Medico, per cujus manus beneficium fati ad nos pervenit*. Et sic explicanda est lex 91. *de leg. 3.*

Ad L. IX. de Ann. leg.

Fundus, quem paterf. libertis legatorum nomine, quæ in annos singulos relinquit, pignus esse voluit: ex causa fideicommissi rei servandæ gratia recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est, & in aliis rebus hereditariis, ut & in eas legatarius mittatur.

IN hac l. proponitur, patronum libertis in annos singulos per fideicommissum legatum reliquisse certæ quantitatis, & ob hanc causam certum fundum libertis pignoris jure obligatum esse voluisse, pignus testamento recte constituitur, *l. 1. C. comm. de leg. l. non est mirum, sup. de pig. act. l. Lucius, inf. de alim. leg.* Et ideo Pap. ait, eum fundum recte peti, id est, vindicari actione hypothecaria, sive Serviana; rei servandæ gratia ex causa fideicommissi, id est, ut eum fundum legatarii possideant ex causa legati, per fideicommissum relicti, sicut loquitur etiam *l. 5. §. si plures, inf. ut in poss. leg.* hoc ita, *si legatarii heres legatorum nomine cavere detrectet*, quoniam, quæ relinquuntur in annos singulos, legata conditionalia sunt, *l. 1. §. si in annos, ff. ad leg. Falci.* Idcirco de iis præstandis, cum conditio extiterit, heredem legatariis cavere oportet, aut licebit legatariis exercere speciale pignus, & exequi quod testamento constitutum est, & fundum persequi ac possidere legatorum servandorum causa. Et hoc cum scripsisset Pap. notat ad eum Paulus, quæ nota admodum singularis est, etiamsi legatariis in testamento prospectum sit speciali pignore, non idcirco tamen minus & prætorium pignus constitui posse in aliis reb. hereditariis, herede non cavente & legatariis non satis faciente pignore testamentario, quod fiet missis legatariis jussu magistratus in possessionem aliarum rerum, legatorum servandorum causa. Pignus prætorium concurrere posse cum pignore testamentario, nec cautionem testatoris lædere aut tollere vulgarem cautionem legatorum præstandam ex edicto prætoris, quod maxime notandum est. Nam argumento hujus loci tentari potest, etiam legatariis a testatore constituto speciali pignore, eos in ceteris rebus hereditariis exercere posse jus taciti pignoris, quod eis Justin. dedit in *l. 1. C. comm. de leg.* Id enim ante Justin. non habuerunt. Nam *l. creditorib. ff. de separat.* est accipienda de prætorio pignore, quod missio in possessionem constituit, non ut Acc. sensisse videtur, adducta *l. 1. C. comm.* de tacito pignore, quod facile constat, legatariis Justin. dedisse primum. Et idem Acc. etiam in hanc rem falso in *l. 5. sup. §. postquam, ff. ut in poss. leg.* legatarios jure taciti pignoris præferri chirographariis creditorib. quia certo certius est legata non deberi, nisi deducto ære alieno, & adimpletis omnib. creditoribus, ne ex testamento quidem militis, *l. 1. §. denique, ff. ad SC. Treb.* Ergo omnes creditores, etiamsi non sint hypothecarii proculdubio præferuntur legatariis, quamvis hodie hypothecarii omnes sint legatarii. Verum quod dixi tentari posse, vel dicam modo vere dici posse, legatariis in testamento constituto speciali pignore, speciali hypotheca, eos etiam jus tacitæ hypothecæ, quod dedit Justin. exercere posse in aliis rebus hereditariis, videlicet, si rei servandæ causa non sufficiat pignus speciale, arg. *l. 2. ff. de pig.* Ubi, si cui sit constituta specialis & generalis hypotheca, dicitur, non posse eum exequi generalem, vel excutere, nisi cum specialis non est idonea: sed si specialis sit idonea, abstinere debere a ceteris bonis, licet & ea generaliter pignori nexa habeat ejusdem crediti nomine. Et nihil est præterea, quod ad hanc leg. pertineat.

Ad L. XXIV. de Usu, & usufructu leg.

Uxori fructu bonorum legato, fœnus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem præstabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ad herede factis. Tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur: aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur. Ad §. *Scorpum servum meum Semproniæ concubinæ meæ servire volo: non videtur proprietas servi relicta, sed ususfructus.*

SCiendum est Senatusconsulto caveri omnium rerum, omniumve bonorum, quæ in reb. nostris sunt, usumfructum legari posse, & constitui interposita cautione de restituendis rebus ejusdem generis & qualitatis, *l. 1. h. t. l. 1. sup. de usufr. ear. rer. quæ usu. con. l. usufr. inf. ad l. Falcid.* Ergo & earum rerum, quæ sunt in abusu, id est, quæ utendo depereunt & consumuntur, quoniam in bonis nostris sunt, ut pecuniæ, quæ assidua contrectatione & permutatione quasi consumitur, legari potest usufructus, & vero constitui quasi usufructus, vel quasi usus, remedio cautionis SC. introductæ: nimirum cavente usuario vel fructuario, cum morietur aut capite minuetur, tantam pecuniam reddi heredi, quantam in usum acceperit. Proinde omnium bonorum legato usufructu, detracto ære alieno, & detracta Falcidia, cujus rationem ante omnia haberi oportet, etiam eorum bonorum usufructus legato continetur, quorum pro-

prie

prie non est usus, sed abusus, ut vini, olei, frumenti, pecuniæ numeratæ, sive nominum & cautionum fœneratitiarum, quarum proprie non est usus, *l. 3. sup. de usuf. ear. rer. quæ usu cons.* Nec hodie, si illa cautio adhibeatur, est locus argumento ex contrario, quod est in Topicis. Si quis alii usumfructum suorum bonorum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, non debere eum existimare, id ad se pertinere, quod usus, non abusus legatus sit, & earum rerum, quæ in cellis continentur, abusio est, non usio, quoniam remedio cautionis, de qua ante dixi, etiam in eis rebus quasi ususfructus constitui potest. Finge, uxori testatorem legasse usumfructum omnium bonorum: secundum ea, quæ diximus, legato continetur etiam ususfructus nominum, quæ fecit testator vel heres ejus. Ideoque actiones uxori præstandæ sunt, ut exigat sortes, quas testator vel heres fœnori occupavit præstita cautione ex Senatusconsulto, de tanta pecunia reddenda, quandocunq; mortua, aut capite deminuta erit. At quæritur hoc loco, an etiam ejus pecuniæ, earumve sortium fœnus sive usuræ in cautionem Senatusconsulti deducendæ sint? Et Papinianus ita subtiliter distinguit: Aut testator nomina fecit, id est, fœnus contraxit, aut heres ejus. Si testator, aut quæritur de usuris, quæ jam debitæ erant, ante quam præstaretur cautio Senatusconsulti, & hæ quoque usuræ tanquam sortes, id est, quasi sortes effectæ in cautionem postea interpositam deducuntur, & ex cautione finito usufructu restituuntur heredi. Aut quæritur de usuris, quæ post cautionem interpositam currere & deberi cœperunt, & hæ cedunt lucro uxoris, non tanquam sortes, sed tanquam fructus sortium in bonis mariti inventarum, nec in cautionem vel restitutionem veniunt, quia usus nominum legatus est, in usu & fructu nominum sunt usuræ, quæ cedunt post constitutum quasi usumfructum, id est, post interpositam cautionem Senatusconsulti. Usura est quasi fructus sive reditus sortis, *d. l. 3. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. usuræ, de usur. l. Titius in pr. ff. de præscript. verb.* Quod si heres nomina fecit, non testator, usuræ, quæ debentur heredi uxori defuncti non præstantur, quia nunquam fuerunt in bonis testatoris. Quod præter hunc locum etiam aperte ostenditur in *l. postulante, §. ult. ff. ad Senatusconsult. Trebell.* quam miror Accurs. omisisse. Igitur si heres nomina fecit, usuræ debentur heredi, non legatario, cui ususfructus legatus est omnium bonorum, quia illæ usuræ nunquam fuerunt in bonis defuncti. Sortes autem debentur legatario, quas occupavit heres & vertit in calendarium, quia verum est eas fuisse in bonis testatoris. Verum adjicit, deberi tamen uxori post moram heredis, sive post litem contestatam earum sortium usuras, quas heres occupavit, non jure legati, quia legato non continentur, sed quia placuit mulctari moram & frustrationem heredis præstatione usurarum, ut in actionibus bonæ fidei, & in actione ex testamento, quæ legati nomine instituitur, vel in persecutione fideicommissi, *d. l. usur. de usur. l. qui solidum, l. si quis servo, de leg. 2. l. Divus, §. 1. ad l. Falcid. & tot. tit. C. de usur. & fruct. leg.* Itaq; super eis usuris, quæ infliguntur heredi propter moram, uxori etiam nihil cavere necesse est, sed super iis tantum quas restitutura est quandoque finito usufructu. Cavemus super iis tantum, quæ restituturi sumus. Et eadem est prorsus ratio usurarum & fructuum. Nam fructus inventi in hereditate, fructus maturi, veniunt in restitutionem fideicommissariæ hereditatis tanquam res principalis fideicommisso comprehensa, fructus maturi, qui erant tempore mortis, *l. 9. ad l. Falcid. l. Centurio, de vulg. substit.* Fructus autem immaturi vel percepti ab herede vel sati, non veniunt in restitutionem fideicommissi, sed cedunt lucro heredis omnes, si mora nondum intercesserit, quia nonnisi post moram debentur legatorum aut fideicommissorum usuræ, vel fructus vel causæ, *l. in fideicom. l. ita tamen, §. 1. & d. l. postulante, §. ult. ad Senatuscons. Treb.* Hoc exposito subjicit Papinian. quendam ita legasse per fideicommissum, quoniam verbum *volo*, quo utitur, est precarium: *Serapium servum meum Semproniæ concubinæ meæ servire volo.* Et his verbis ait, quod est apertissimum, concubinæ legatum servi usumfructum videri, non proprietatem; verbum *servire* usum significare non dominium; aliud esse servire, aliud in servitute esse, quod & Rhetores tradunt. Liber homo mercenarius servit, nec tamen servus est. Redemptus ab hostibus redemptori servit, quoad reluerit se & repigneraverit, quoniam vinculo quodam naturali redemptori tenetur obnoxius. Redemptus, inquam, ab hostibus, redemptori servit, nec tamen est servus. Manumissus a proprietario servit fructuario, quandiu durat ususfructus, nec tamen servus est. Idemque dici potest de capto ab hostibus, ut dixi: Idem dicendum est de capto a prædonibus, vel addicto ob æs alienum, nihil est apertius.

Ad L. VI. de Servit. Leg.

Pater filiæ domum legavit; eique per domus hereditarias jus transeundi præstari voluit, si filia suam domum habitet, viro quoque jus transeundi præstabitur, alioquin filiæ præstari non videbitur. Quod si quis non usum transeundi personæ datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat: tantundem juris ad heredem quoque transmittetur. Quod hic nequaquam admittendum est: ne quod affectu filiæ datum est, hoc & ad exteros ejus heredes transire videatur.

EX ea *l. 6. de servit. leg.* intelligimus, iter non tantum esse servitutem prædiorum rusticorum, sed aliquando etiam esse servitutem urbanorum, ut in *l. iter, sup. comm. prædior.* quæ & in hoc esse differentiam ostendit, quod iter in prædiis urbanis constituatur ea lege, ut is, cui servitus conceditur, interdiu tantum eat, non noctu, ut non cogatur, qui servitutem debet, apertam januam relinquere nocte tota, quod esset importunum & incivile: at in prædiis rusticis ita constitui, ut eat quocunque tempore volet. Ac præterea ex hac l. 6. intelligimus, iter non semper esse servitutem prædiorum, sed aliquando personarum servitutem, sive hominum, ex voluntate testatoris. Quare domo filiæ legata, & in eam domum itinere per domus hereditarias, Papinianus ita distinguit: Aut pater filiæ legavit jus personale, id est, usum transeundi per domus hereditarias; & quamvis hoc Jus non transeat ad filiæ heredes extraneos, cum sit personale, tamen viro quoq; ejus mulieris ait, transitum esse præstandum, si mulier habitet domum legatam, alioquin non videri mulieri præstari. Nam ut domus, ita transitus debet esse in promiscuo usu viri & uxoris, *l. 4. §. mulieri, & l. 9. de usu & hab.* Aut pater legavit filiæ iter, id est, servitutem prædialem, quam deberent domus hereditariæ domui legatæ, quod vocat, plenum servitutis legatum. Et hoc casu constat jus transeundi per domus hereditarias in domum legatam, transmitti ad heredes filiæ, juxta id quod dicitur in *l. non solum, 2. §. tale, de libertat. leg.* si personæ cohæret id quod legatur, id non transire in heredem: si non cohæret, tansire. Concludit autem Papin. in extremo hujus legis: Cum affectu filiæ pater ei dat jus transeundi per domus hereditarias, personæ, non prædio hoc jus datum videri, nec transire ad heredes extraneos filiæ, videlicet, si ut recte Accurs. rem temperat, aliunde heredes aditum ad domum legatam habeant. Nam si aliunde non habeant aditum ad domum legatam, necessario etiam heredibus extraneis, ad quos domus legatum transmittitur, sine dubio aditus præstandus est, sine quo domus legata habitari non potest *l. damnas, §. 1. sup. tit. prox.* quia vero heredes tantum extraneos Papinianus excludit, potest tentari jus affectu filiæ datum, transire ad nepotes ex ea, quia eo jure excluduntur hoc loco soli extranei; & idem reperi esse receptum in privilegio personarum dato mulieri, *l. maritum, & l. etiam, sup. sol. matr. l. 1. C. de privil. dot. & Novel. 91. l. 2. C. Theod. de sponsal.* Ex quibus locis, si conjungantur, apparebit privilegium etiamsi sit personale, non transire quidem ad heredes extraneos, vel exteros, sed ad filios tamen transire.

Ad

Ad L. VIII. de Dote Præleg.

Vir uxori, quæ dotem in mancipiis habebat, pecuniam pro dote legaverat, vivo viro mancipiis mortuis, uxor post virum vita decessit. Ad heredem ejus actio legati recte transmittitur: quoniam mariti voluntas servanda est.

IN *l. 8. de dote præleg.* proponitur hæc species: Uxor dotem habuit in mancipiis quibusdam: vir ei legavit certam pecuniam pro dote: mortuis mancipiis dotalibus constante matrimonio quæritur, an deinde morte viri soluto matrimonio pecunia legata pro dote mulieri debeatur? Posset dici non deberi: quod sit legata pro dote, quæ nulla est, mortuis servis dotalibus, qui soli erant dotales. Et tamen respondet, uxori deberi pecuniam a marito legatam pro dote. Et utitur hac ratione, quoniam mariti voluntas servanda est, *l. 1. §. si quis uxori, l. 6. hoc tit.* maritus autem voluit, certam pecuniam dari vice dotis, nec mutavit voluntatem servis dotalibus mortuis eo superstite, sed perseveravit in ea voluntate, etiam consumpta dote uxoris, ut ei adnumeraretur certa pecunia in vicem dotis, quæ tunc nulla erat: & aliud est dotem legare, aliud pro dote certam pecuniam. Si dotem legasset, nihil deberetur mortuis servis dotalibus, quoniam legavit certam pecuniam pro dote, quamvis nulla sit dos, ea pecunia deberetur, quia adjectio illa *pro dote* supervacua est: nam etsi indotata fuerit mulier, non vitiat ea adjectio legatum. Valde placet mihi concisa illa ratio & simplex, *quoniam voluntas mariti servanda est.*

Ad L. II. de Instr. vel Instrum. Leg.

Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis, duobus præceptionem bonorum aviæ, præter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

PAter filiis pluribus ex disparibus partibus heredibus institutis, duobus ex eis prælegavit bona, quæ ab avia ei obvenerant; & *prælegare* ex hoc loco recte poteris interpretari esse, *præter hereditarias partes præceptionem dare*. Si igitur pater duobus ex filiis heredibus institutis prælegavit ea bona, nemini incognita est conditio prælegatorum: heredes prælegata capiunt partim jure hereditario, partim jure legati, *l. in quartam, ff. ad leg. Falcid.* Ea igitur bona filii capiunt partim jure hereditario, partim jure legati. Jure hereditario a semetipsis pro hereditariis portionibus: jure autem legati a coheredibus, a fratribus consortibus, pro virilibus portionibus: Et hoc est quod ait Papinian. initio hujus legis, quod congruit omnino cum *l. 67. §. ult. de leg. 1.* Varietatis ratio est obscura, ut videtur, hoc est, cur jure hereditario capiant ea bona pro hereditariis portionibus, jure legati pro virilibus portionibus: sensus hic non est: filiis, quibus ea bona prælegata sunt, fratres consortes teneri pro virilibus portionibus, quoniam constat eos teneri pro hereditariis portionibus, ex quibus heredes instituti sunt; Sed sensus hic est: quod ab eis filii ceperunt jure legati, id eos inter se partiri pro virilibus portionibus; nimirum quia in legati causam vocati sunt æqualiter, non ut in hereditatem inæqualiter. Et hæc est vis hujus responsi, ad quod additur in §. ult.

Ad §. Dotes.

Dotes prædiorum, quæ Græco vocabulo ἐνθῆκαι appellantur, cum non instructa legantur, legatario non præstantur.

PRædiis legatis, legato prædiorum non contineri ἐνθήκας, sive dotes prædiorum, videlicet, si prædia simpliciter legata sunt. Nam si instructa prædia legata sunt, etiam prædiorum dotes, sive ἐνθῆκαι legatario debentur: *Dotes*, inquit, *prædiorum, quæ Græce appellantur* ἐνθῆκαι. Ita est ut in *l. 3. §. Lucius, de leg. 1.* σὺν ἐνθήκαις. Et in *Novella 128. & l. 7. C. Theod. de pistoribus*. Et Græci ad *leg. 10. ff. qui, & a quibus manum. liberi non fiant*, ταῖς ἐπὶ ξένης, διακειμέναις ἐνθήκαις. Atticos vocasse ἀφορμάς, nunc vocari ἐνθήκας, Libanius & Hesychius ex Aristophane; Instrumenta scilicet prædiorum, & quæcunque prædii causa reponuntur in horreis, quæ pertinent ad usum & necessitatem prædii; reposita dixit, *l. si mihi Mævia, in fin. sup. de legat. 3.* quod Columel. 1. *Villicus*, inquit, *exhortandus est ad instrumentorum & ferramentorum curam: ut duplicia, quam numerus servorum exigit, refecta & reposita custodiat.* Sed non est omittendum, instructis prædiis legatis, legato contineri ἐνθήκας, sive dotes prædiorum; sed non contineri tamen reliqua colonorum vel actorum, quod ante idem docuit in *l. prædiis, §. 1. de leg. 3.*

Ad L. XIX. de Pecul. Legato.

Cum dominus servum vellet manumittere professionem edi sibi peculii jussit: atque ita servus libertatem accepit: res peculii professioni subtractas non videri manumisso tacite concessas apparuit.

DOminus volens servum manumittere inter vivos, prius jussit edi sibi professionem peculii, id est, ἀναγραφὰς, & quasi inventarium rerum peculiarium, & inspecta ea professione, eo repertorio rerum peculiarium servum manumisit. Tacite videtur ei concessisse peculium, quod id ei specialiter non ademit, *§. peculium, Inst. de leg.* At quæritur, quoniam is servus non ex fide bona eam professionem peculii edidit, sed subtraxit res quasdam, an etiam dominus videatur ei tacite concessisse res peculiares, quas servus dominum celavit dolo malo, & professioni subtraxit? Et respondet Papin. eas res, quæ professioni subtractæ sunt, manumisso tacite concessas non videri, idque apparuisse ex postfacto, detecta fraude servi, quia nemo intelligitur concessisse quæ ignoravit, quæque dolo malo adversarii subtracta sunt, *l. tres fratres sup. de pact.* Et ita est explicandum initium hujus l. Male Accursius ponit speciem, dum ponit servum non subtraxisse professioni res certas, sed dominum ipsum exemisse peculio res certas, reliquas concessisse servo tacite, quoniam hanc speciem verba non ferunt. Male etiam Germanus quidam Jurisconsultus, qui exactionem professionis peculii accipit pro ademptione peculii, quod nemo unquam nisi temere dixerit: vult dominus scire quid sit in peculio, an ideo videtur adimere peculium? minime vero. Initium autem *h. l.* sane nihil pertinet ad titulum, quoniam non est de peculio legato, sed de peculio concesso inter vivos, sicut etiam initium *l. 2. sup. tit. prox.* quam heri exposuimus, nihil pertinet ad titulum, ideoque & hujus legis initium, & istius, conjungi debet cum sequentibus, ne a re proposita errare videatur. Et initio quidem hujus legis conjuncto cum §. 1. differentia constituitur inter manumissum inter vivos & manumissum testamento. Nam manumisso inter vivos tacite concessum videri peculium, si ademptum non sit: manumisso autem testamento non aliter concessum peculium videtur, quam si ei sit specialiter legatum, *d. §. peculium*. Cujus differentiæ ratio hæc est, quia inter vivos, cum manumittit dominus servum, nec peculium alii dat, nec sibi recipit, tacite igitur concedit manumisso. Testamento autem peculium cum universo jure suo heredi dedisse videtur, quod servo vel alii non legavit, quamobrem ponit in §. 1.

Ad §. Testamento.

Testamento data libertate, peculium legaverat: eundemque postea manumiserat; libertus ut & nominum peculii actiones ei præstarentur, ex testamento consequetur.

MAnumisso in testamento fuisse specialiter legatum peculium, alioquin manumissum peculium

non ſequeretur; ſed ſubjicit manumiſſum teſtamento, cui legatum eſt peculium, poſtea ab eodem domino fuiſſe manumiſſum inter vivos repræſentata libertate, ut ſæpe teſtatores etiam legata, quæ teſtamento reliquerunt, ipſi dum vivunt, legatariis præſtant & repræſentant: & ſic ponit poſtea eundem ſervum ab eodem domino fuiſſe manumiſſum inter vivos non adempto peculio, quo caſu non dicam quod dixi ante, etiam tacite peculium ſervo conceſſum videri, quoniam excipiendus eſt hic caſus, propterea quod jam ante ei dominus peculium legaverat in teſtamento. Igitur libertatem quidem ſervus accipit inter vivos: peculium autem non niſi ex teſtamento jure legati, quo jure conſequetur, ut ſibi heres etiam cedat actiones dominum peculiarium adverſus debitores peculiares: & vice verſa cavebit legatarius heredi defenſum iri, cum adverſus creditores peculiares, cavebit de indemnitate, *l.* 18. *hoc tit.* Peculium eſt nomen juris ſicut hereditas: qua de cauſa peculium ſequi debet omnis obligatio peculiaris, quæ ſcil. eſt in peculio, vel cui peculium obſtrictum eſt: omnis obligatio activa & paſſiva, *l.* 1. §. *per contrarium*, *de dote prael. l. frater a fratre*, *de cond. indeb.* Ad hæc notandum ex hoc §. 1. manumiſſione ſervi non extinqui legatum peculii, quod ei relictum eſt. Hoc tamen pugnare videtur cum *l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* Sed quod etiam Gloſſa intellexit, ibi agitur de ſervo alii legato cum peculio, quo caſu, manumiſſo ſervo a teſtatore poſt factum teſtamentum, & ſervi & peculii, tanquam acceſſionis legatum extinguitur. Nam cum principales res perimuntur, neceſſe eſt etiam extingui ea, quæ acceſſionis locum obtinent: hic autem ſervo legatum eſt peculium tantum, quo caſu peculium non obtinet vicem acceſſionis, ſed rei principalis, quæ ſola ſervo legata eſt, & ideo manumiſſo ſervo non extinguitur legatum peculii, quia tunc vicem acceſſionis vel ſequelæ peculium non obtinet.

Ad §. Ultimum.

Filiusfamilias cui pater peculium legavit, ſervum peculii vivo patre manumiſit; ſervus communis omnium heredum eſt exemptus peculio, propter filii deſtinationem: quia id peculium ad legatarium pertinet, quod in ea cauſa, moriente patre inveniatur.

Species & ſententia §. ult. hæc eſt: Pater filiofam. peculium legavit, filius ſervum peculiarem manumiſit vivo patre ſine voluntate patris; hæc manumiſſio licet inutilis ſit, ut in *l. ſeq. & l. filius*, *infr. de jur. patron.* filio tamen quandoque nocebit præmortuo patre. Nam is ſervus omnium heredum communis erit, tamquam peculio exemptus, non quidem reipſa aut jure ipſo, ſed facto, & deſtinatione filii, qui eum manumiſit, & in hoc §. poſt hæc verba, *ſervus communis omnium heredum*, eſt, addendus eſt articulus, *qui exemptus peculio*. Denique id tantum peculium legatum intelligitur, quod in eadem cauſa fuit in diem mortis patris. In qua tamen per filium factum eſt, quantum in eo fuit, ne is ſervus permanſerit. Manumiſſio igitur inutilis nocet manumiſſori, nocet etiam legatario, ſi alii ſervus aut peculium ſit legatum, ut *l.* 3. §. *ult. ſup. tit. prox.* Et additur ex Marciano in *l. ſeq.* nihil intereſſe, manumiſſio præcedat, an ſequatur legatum peculii, nihilque intereſt, ante legatus ſit ſervus, cum peculio ſcil. & titulo peculii, & deinde manumiſſus, an contra hæc non eſſe diſtinguenda. Et tamen Alphenus in *l. duo filii*, *ff. de manumiſſ.* accurate ſeparat atque diſtinguit, & palam multum intereſſe ait, planeque videntur inter ſe diſſidere Marcianus & Alphenus in *l. duo filii*. Certe Marcianus, dum ait, nihilque intereſſe, notat aliquem, qui aliquid intereſſe dixerit. At videamus quomodo probabiliter in concordiam adduci poſſint: res eſt difficilis & abdita pluribus. Lex *duo filii*, ponit patrem filio legaſſe peculium, & vivo patre filium manumiſiſſe ſervum peculiarem, proponit eandem ſpeciem, & tamen ait; videndum & diſtinguendum eſſe, utrum prius teſtamentum fecerit pater, quam filius ſervum manumitteret, an poſtea. Priore caſu, ſervum legato peculii contineri, & libertum eſſe filii manumiſſoris: poſteriori caſu non contineri legato peculii, & ſervum eſſe communem omnium heredum patris: Quod cum dicit plane demonſtrat falſum eſſe, quod Gloſſa adſtruit hoc loco in ejus l. ſpecie. Utilem ſervi manumiſſionem fuiſſe, factam ſcil. ex voluntate patris. Nam ſi utilis eſſet & efficax, non eſſet illo poſteriore caſu is ſervus communis omnium heredum, ſed ſua frueretur libertate: ac præterea, ſi eſſet utilis manumiſſio, multo magis priore caſu is ſervus legato peculii non contineretur, & tamen contineri dicitur in ea lege. Itaque nihil agit Accurſ. dum diſſidii componendi cauſa fingit hoc loco inutilem fuiſſe manumiſſionem, factam ſcilicet voluntate patris: illam utilem fuiſſe. Probabilius dici poteſt, huic diſtinctioni locum non eſſe, cum agitur de peculio legato, ſed indiſtincte, legato peculii non contineri ſervum peculiarem, quem filiusfamil. manumiſit vivo patre: contra hanc diſtinctionem locum eſſe quum quæritur, an ex ea manumiſſione libertas ſervo competat: nam ſi pater filio prius legavit peculium, quam filius ſervum manumiſit, is ſervus legato quidem peculii continetur ex ſententia & mente patris, quia eo tempore, quo legavit peculium, revera is ſervus erat in peculio, ſed ex ſententia & deſtinatione filii, quæ poſt inſequuta eſt, quia eum ſervum manumiſit, is ſervus exemptus eſt peculio facto legatarii, nec legato continetur: nihil eſt certius. At manumiſſio ſervi licet ab initio fuerit inutilis, convaleſcit, & manumiſſus libertus efficitur filii manumiſſoris, quia ex poſt facto apparuit, manumiſſorem fuiſſe dominum ſervi, cedente die legati peculii: & regula Catoniana, quæ vetat, convaleſcere ea, quæ ab initio inutilia ſunt, non habet locum in libertatibus, *l. generaliter*, §. *ſi hominem*, *de fid. libert. l. ſi privatus*, §. *ult. qui & a quibus manumiſſ. lib. non fiunt*. Nam regula Catoniana pertinet tantum ad ea, quæ cedunt a morte teſtatoris: libertates non cedunt a morte, ſed ab adita hereditate, & hæc de priori caſu.

Sequitur altera pars diſtinctionis propoſitæ, ſi poſt manumiſſionem ſervi peculiaris, pater filio legavit peculium hoc caſu, neque ex ſententia filii, nec ex ſententia patris, ſervus legato peculii continetur, quem filius noluerit habere in peculium, & jam ante juſſerat eſſe liberum, ideoque nec libertas ei ex manumiſſione filii competit, quia apparuit, filium non fuiſſe dominum, quoniam a patre non intelligitur ei legatus ſervus, quem jam peculio filius ſubduxerat. Itaque titulis, ſub quibus hæ ll. poſitæ ſunt, inſpectis, uti oportet, quia ut Divus Hieronymus dixit: *Tituli ſunt claves legum ſive ſcripturæ*, dicemus illam *l. duo filii*, *ff. de manumiſſ.* locum habere, ſi de manumiſſione ſervi quæratur: hanc autem Marciani legem, ſi de peculio legato quæratur. Et quod ait Papinianus ſervum eſſe communem omnium heredum, non eſſe verum indiſtincte, ſed ita verum, ſi manumiſſio legatum anteceſſit. Quod autem ſubjicitur ex Marciano, ne utamur ſuperiore diſtinctione, pertinere tantum ad peculium legatum, cui legato is ſervus nullo caſu ineſt, vel inſpecta deſtinatione filii, alioquin nec priore caſu effectus liber eſſet, cum tamen *l. duo* dicat, eum eſſe libertum filii manumiſſoris, ergo liberum.

Ad L. IX, de Supel. Leg.

Legata ſupellectili, cum ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur, ſi tamen ſpecies certi numeri demonſtratæ fuerint, modus generi datus in his ſpeciebus intelligitur. Idem ſervabitur inſtructo prædio legato, ſi quædam ſpecies numerum certum acceperint.

Initio hujus l. quæritur, ſupellectili legata, vel inſtructo prædio generaliter, ſi ſpecies quædam ſupellectilis,

lis, vel instructi enumerentur, an generi per speciem derogetur? Et Papin. ita distinguit: Aut species quædam supellectilis, vel instructi ex abundanti per imperitiam, id est, dum testator putat non esse eas in supellectili, vel in instructo enumeratæ sunt, & tunc legato generis legato supellectilis, vel instructi nihil derogatur, quod ex Papiniano Ulpianus retulit in *l. quæsitum*, *§. pen. sup. de inst. vel instr. leg.* Aut consulto consilio enumeratæ sunt species certo, & custodito numero, & tunc legato generis derogatur, & ea tantum legatario debentur, quæ specialiter enumerata sunt: legatum supellectilis, vel instructi minuitur. Priore casu exigo, ut propria nomina specierum, quæ legantur non exprimantur, ut *d. §. pen.* Nam si exprimantur, etiamsi per imperitiam, si relinquantur nominatim, illæ solæ species debentur, *l. cum de lanionis*, *§. qui fundum*, *eod. tit. de inst. leg.* Qua de causa, non abs re in *l. heres*, *§. 1. sup. de leg. 3.* dicitur, duas statuas marmoreas nominatim fuisse legatas, & non deberi legatario ceteras statuas marmoreas, licet omne marmor ei legatum sit. Et notandum maxime ex *d. l. cum de lanionis*, *§. pen.* etiam longam & diligentem enumerationem specierum derogare generi, modum facere generi, quoniam non frustra fieri intelligitur, quæ fit prolixe, & accurate, & diligenter, non ex abundanti. Et additur in hac lege: Legato supellectilis cedere etiam supellectilem auream vel argenteam, vel argento inclusam, argento coopertam, cedere aureas vel argenteas mensas, & candelabra, & lectos argenteos, quæ tamen olim non erant in supellectili. Quia veteres non utebantur, ut erant severiores atque justiores, supellectili aurea vel argentea, sed luxus posterioris seculi etiam ejus materiæ supellectilem usurpavit, *l. 1. §. ult. l. 7. hoc tit.* Et id refert etiam Papin. ex Odyss. Hom. Cujus tamen verba non proponit, lib. 23. *Ulyssem lectum, quem ædificaverat ex oleæ viventis truncis*, ornasse auro & argento, variasse auro vel argento, quem Penelopa, inquit, recognoscendi viri signum accepit. Et *Penelopa* dicit, ut Plautus & Cicero, non *Penelope*, & *recognoscendi viri signum*, ut Homerus.

Σήματ' ἀναγνούσης, &c. Ex quo etiam hoc loco non est legendum *lectum viventis*, sed *lectum virentis*. Legata igitur supellectile non spectamus materiam, sed speciem, quoniam legato continetur omnis supellex cujuscunque materiæ, *ut d. l. 7.* Excipitur tantum in §. ult. supellex argentea, quam testator pignori accepit, vel cujuscumq; alterius materiæ, non argentea modo, sed cujuscumque alterius materiæ supellex, pignori accepta, quoniam hæc legato non continetur: quia aliena est supellex, non testatoris, sicut servis legatis non continentur pignori accepti, *l. servos autem*, *§. 1. de leg. 3.* Prædiis legatis non continentur prædia pignori accepta, *l. qui habebat*, *eod. tit.* Quia aliena sunt prædia. Pignus non transfert dominium, nisi scil. pignus fuerit in usu & mancipio creditoris voluntate debitoris, id est, nisi sit pignus, quod veteres fiduciam vocabant. Nam fiduciæ dominium transferebatur in creditorem. Qua de causa & cum debitor legavit servos suos, Paulus *lib. 3. sentent. tit. de legat.* scribit, non contineri servos, quos debitor fiduciæ dedit, quia sui esse desierunt. Ergo legata supellectile etiam debetur legatario supellex, quæ fiduciaria est testatori. Quod est proprium genus pignoris, quo mutatur dominium, sed ut ait: *sed si propositum*, ubi est legendum *oppositum*. Sed si oppositum sit pignus tantum propter contractus fidem & restituendæ rei vinculum, si opposita sit pignori supellex, non fiduciæ genere, sed propter contractus fidem & restituendæ rei vinculum, tum legato non continetur, quia non est in dominio creditoris. Et interim serva finem contrahendi pignoris, *propter*, inquit, *contractus principalis fidem, & restituendæ rei vinculum.*

Ad L.VIII. de Alim. & Cibar. Leg.

Pecuniæ sortem alimentis libertorum destinatam, unum ex heredibus secundum voluntatem defuncti præcipientem, cavere non esse cogendum, ex persona deficientium partes coheredibus restitui placuit. Ob eam igitur speciem post mortem omnium libertorum, indebiti non competit actio: nec utilis dabitur. Diversa causa est ejus, cui legatorum divisio mandatur. Nam ea res præsentem ac momentariam curam injungit. Alimentorum vero præbendorum necessitas oneribus menstruis atque annuis, verecundiam quoque pulsantibus adstringitur.

Testator pluribus heredibus institutis, unum ex eis præter portionem hereditariam præcipere jussit pecuniæ quantitatem certam, ita ut ex incremento ejus pecuniæ sive ex usuris ejus sortis quotannis, vel quotmensibus, vel quot diebus alimenta præstaret libertis testatoris, quo genere libertis per fideicommissum alimenta legasse intelligitur: verum si ex libertis quidam vita decedat, quæritur, quia in ejus persona finitur fideicommissum, alimentorum partium emolumentum ex persona deficientis, ex persona libertorum deficientium, ad quem pertineat? Et ostendit pertinere ad heredem, cui prælegata pecunia est, alimentis præstandis destinata, ut *l. dominus*, *§. ult. sup. de usufr.* pertinere ad eum solum, non ad coheredes. Proinde nec in præcipienda ea pecunia cavere coheredibus debet ex persona libertorum vita decedentium, partes coheredibus restitui, hoc cavere non debet, quia partes deficientes ad eum solum recurrunt, non ad coheredes, quod & Divum Pium constituisse proditum est in *l. divus*, *ff. si cui plus quam per leg. Falcid.* Quinimo mortuis omnibus libertis, atque ita finito onere præstandorum alimentorum, coheredibus ob eam causam non competit adversus eum repetitio pecuniæ quasi indebitæ, quod scilicet causa, propter quam eam pecuniam præcipere jussus est, finita sit: non competere, inquam, coheredibus repetitionem ejus pecuniæ quasi jam non amplius debitæ coheredi, sed quasi ejus commodo omnem eam pecuniam cedere. Et adjicit, nec utilem ejus pecuniæ coheredibus condictionem dari, vel indebiti, vel sine causa, vel quasi ex tacita cautione: denique coheredes nulla actione posse coheredi eam pecuniam auferre, etiamsi finitum sit onus fideicommissi injunctum coheredi. Et ait diversam esse causam ejus, cui legatorum divisio mandatur, qui & minister dicitur in *l. 17. de legat. 2.* & dispensator in Novel. Marciani *de testamento cler.* aliam esse causam heredis certam pecuniam præcipere jussi ad alimenta libertorum, & extranei jussi dividere legata testamento relicta. Et rationem diversitatis adfert subtilissimam: Ei cui legatorum divisio mandatur, præsens & momentaria cura mandatur, ut scilicet statim impleat exequaturque voluntatem defuncti. Qua de causa & clericis, quibus non licet suscipere tutelam vel curationem minorum, ne revocentur a ministerio sacro, *l. generaliter*, *C. de episc. & cler. & Novel. 123.* Divus Cyprianus in epistola ad clerum & plebem Furnis constitutam: *Jampridem*, inquit, *in concilio Episcoporum statutum sit, ne quis de clericis, & Dei ministris tutorem vel curatorem testamento suo constituat: quando singuli divino sacerdotio honorati & in clerico ministerio constituti, non nisi altari & sacrificiis deservire, & precib. atque orationib. vacare debeant.* Clerici igitur, quamvis tutores vel curatores esse non possint pupillorum vel adolescentum, licet tamen eis esse executoribus & dispensatoribus testatorum ex Novell. Leonis Philosophi *68.* nimirum, quia, ut Papinianus ait, ea res præsentem & momentaneam curam exigit, nec clericum adstringit & destringit: Admodum leve & momentaneum est onus; cujus remunerandi causa, fere non videtur testator ei quidquam reliquisse, sed tantum electa probitate ejus divisionem ei legatorum injunxisse, indixisse: ideoque si quis ex legatariis mortuus sit ante diem legati cedentem, legatum non fit dispensatoris, sed pertinet ad heredem. Idque heres a dispensatore, si penes se habeat, repetere potest, quasi ei indebitum, aut quasi apud eum sit sine causa. At majus est onus heredis, qui pecuniam

præ-

præcipere juſſus eſt, ex cujus uſuris libertis alimenta A annua, vel menſtrua, menſurna, ut Cornificius loquitur, vel diaria diſtribuat, quia plerumque longo tempore durat ea functio ſive præbitio, & ſæpe, ſi in eo munere exequendo heres ſe præbuerit tardiorem, aut difficiliorem, id eſt, in præſtandis alimentis, quæ dilationem non ferunt, ea res verecundiam ejus pulſat, id eſt, pudorem ei injicit, & irrogat infamiam, aut parit invidiam. Itaq; gravis & moleſta eſt ea provincia ſane plurimum, & ideo penſandi hujus oneris graviſſimi cauſa, placuit non onerari heredem etiam cautione, aut reſtitutione partium deficientium, & quaſi ex mente defuncti pro legatario eum haberi, non pro nudo diſpenſatore alimentorum. Quæ eſt ſententia hujus reſponſi, cui locus eſt non paſſim in quali- B bet alia ſpecie adſimili, ſed in ea ſolum modo ipſa quam proponit, videlicet ſi heres ſit, qui a teſtatore pecuniam præcipere juſſus eſt ad alimenta libertorum, vel aliorum, veluti pauperum, aut orborum. Nam ſi ab omnibus heredibus relicta ſunt alimenta, & ut fit, unum ex coheredibus elegerint, cui pecunia daretur, ex cujus uſuris aleret alimentarios, & præberet eis annua, vel menſtrua, hic ſane, etiamſi idem onus ſuſtineat, quia nihil habet ex judicio defuncti, cum non ſit electus a defuncto, ſed ab heredibus, cavere debet heredibus, qui eum elegerunt, ſe redditurum partes ejus pecuniæ, ut quiſque ex libertis deceſſerit, *l.3.h.t.* Et eo nomine tenetur etiam coheredibus condictione indebiti, vel ſine cauſa.

Ad L. XXIII. de Liber. leg. C

Procurator, a quo rationem exigere heres prohibitus, eoque nomine procuratorem liberare damnatus eſt, pecuniam ab argentario debitam ex contractu, quem ut procurator fecit, jure mandati cogetur reſtituere, vel actiones præſtare.

HÆc lex eſt apertiſſima, & videtur conjungenda eſſe cum *l. qui plures, ſup. de adm. tut.* Nam ſicut in ea l. hoc ipſo libro 7. Papinianus docuit, herede prohibito a tutore defuncti rationem exigere, non videri tutori remiſſum, quod ex tutela percepit & penes ſe habet: Ita in hac lege docet, herede prohibito rationem exigere a procuratore negotiorum defuncti, eoque nomine procuratorem liberare damnatum, non videri ei remiſſam pecuniam, quam exegit ab ar- D gentario ex contractu, quem cum eo habuit ut procurator, & actione mandati eum poſſe compelli eam pecuniam heredi reſtituere, quam penes ſe habet ex negotiorum adminiſtratione, vel ſi nondum exegerit, debere eum heredi cedere actiones, quia domino per procuratorem, cum ſit libera perſona, acquiſitæ non ſunt. Et hæc eſt ſententia hujus legis, cui tamen non erit locus, ſi nominatim teſtator id etiam ei remiſerit, quod ex negotiorum adminiſtratione percepit & penes ſe habet, ut docuimus in *l. qui plures*, & probat *l. cum ita, ſup. hoc tit.* Alioquin hoc nequaquam remiſſum eſſe intelligitur.

Ad L. XXIII. de Adim. leg.

E *Pater inter filios facultatibus diviſis, filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit: ac poſtea de pecunia commodorum poſſeſſionem paravit: nihilominus fratres & coheredes ſorori fideicommiſſum præſtabunt, non enim abſumptum videtur, quod in corpus patrimonii verſum eſt, cum autem inter filios diviſo patrimonio res indiviſas ad omnes coheredes pertinere voluiſſet, ita poſſeſſionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam ſuperflui pretii filia portionem hereditariam accipiat: hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta.*

PAter officio arbitri functus cum filios heredes ſuos inſtituiſſet ex diſparibus partibus, vel ex paribus, nihil refert, bona ſua inter eos diviſit, & filiæ prælegavit per fideicommiſſum ex ratione commodorum primipili aureos trecentos. Ea ratio commodorum primipili erat opulentiſſima, ſed ex ea tantum voluit filiam ferre CCC. aureos, ea commoda non debentur niſi poſt finitam primipili adminiſtrationem, *l. 1. C. de primipilo, libro 12.* quia dum militat, non commoda, ſed ſtipendia appellantur. Primipilus eſt primus centurio totius legionis, quem ſequebantur ſexaginta centuriæ, ut Dion. Halycarn. ſcribit, lib. 10. ut Vegetius, quatuor centuriæ, & capiebat is centurio primipili totius legionis merita, ut idem Vegetius ait, commoda, ſtipendia, & annonas militares, eaque omnia erogabat, quamobrem eo nomine erat obſtrictus Reip. ad reddendas rationes, ſed ferebat etiam a Rep. non ſtipendia tantum, dum militabat, ſed etiam honoraria & commoda poſt militiam ſive emerita. Pater igitur ex ratione commodorum primipili, quæ erant in hereditate filiæ per fideicommiſſum reliquit CCC. aureos. Verum poſt teſtamentum factum pater ex pecunia commodorum primipilatus, quæ pluris erat, quam trecentorum aureorum, ut dixi, poſſeſſionem quoque quandam pluris emit ex pecunia illa commodorum, quam commodis primipilatus acceptam ferebat in rationibus ſuis: Quæritur, an videatur filiæ fideicommiſſum ademiſſe, quod trecentos aureos filiæ relictos ex ea ratione, & ampliorem ſummam permutavit ex ea comparata poſſeſſione aliqua? Et reſpondet Papinianus, ademptum filiæ fideicommiſſum non videri, ſi pecuniam primipili commodorum conſumpſiſſet & perdidiſſet male. Sane ademptum videretur legatum, quod non extat: at conſumptum non videtur, quod in corpus patrimonii verſum eſt, id eſt, quo comparata poſſeſſio eſt, quæ verba a Papiniano etiam in quæſtionibus uſurpata ſunt, *l. idem ſervandum, de leg. 2.* Verum cum hac ſententia prima ſpecie pugnat omnino *l. alteri, inf. h. t.* Quam Accurſius tamen non notavit, aut diſſimulavit, quæ l. fuſius explicabitur ſuo loco. Nam eſt ex 9. Reſp. Ea, inquam, lex evidenter ſtatuit, ademptum eſſe legatum prædii, prædio vendito, licet pretium redactum ſit in corpus patrimonii. Nihil eſt quod facilius expediri poſſit. In *l. alteri*, legavit prædium: in hac l. legavit pecuniæ certum numerum: facilius extinguitur legatum prædii ſive cujuſcunque corporis certi, ſpeciei certæ, quam pecuniæ. Nam certa pecunia legata, non corpora numerorum, ſed quantitatem ſpectamus, *l. 12.* de legat. 2. Quantitas autem ſemper ineſt in bonis *l. 88. de verb. ſignif. l. deducta, §. acceptis, inf. ad Treb.* Trecentos aureos habet, qui ne teruncium quidem habet, ſi modo habeat prædium dignum trecentis, quia ea quantitas refici poteſt ex bonis, quæ habet. Igitur non eſt mirum, ſi hac ſpecie pecunia commodorum primipili verſa in prædii comparationem, conſiſtit ſemper ejus pecuniæ legatum, quia intelligitur ineſſe hereditati quantitas, quæ ſpectanda eſt: Et nunc finge, patrem diviſo patrimonio inter filios, adjeciſſe, ut ſi quæ res indiviſæ remanſiſſent, hæ ad omnes heredes filios ſuos pertinerent, fundus, qui comparatus eſt poſt teſtamentum factum, indiviſus remanſit, an ad omnes pertinebit pro virilibus portionibus: ſi ſint heredes ex æquis partibus, vel pro hereditariis portionibus: ſi ſint heredes ex imparibus partibus? Et reſpondet, non omnino eum fundum pertinere ad omnes, quia comparatus eſt ex pecunia commodorum primipili, ex qua filiæ prælegata ſunt trecenta, quamobrem filia præcipiet eum fundum ad finem trecentorum, quæ ei prælegata ſunt: *Pour autant vallant.* Superfluum pretii, ſi fundi pretium ſuperet trecentos, inter ſe partientur pro virilibus portionibus, vel pro hereditariis, ut dixi. Quomodo nihil obſtabit *l. ſi cogitatione, C. fam. erc.* quam adducit Accurſius. Nam etiamſi ea pecunia commodorum primipili remanſiſſet in hereditate, nec ex ea comparatus fuiſſet fundus, & amplior fuiſſet trecentis, ut & initio propoſui fuiſſe ampliorem & opulentiorem, ratione eorum commodorum, præceptis trecentis a filia, ſuperfluum pecuniæ inter ſe dividerent fratres ad eundem modum, id eſt, pro he-

hereditariis portionibus. Et id eſt, quod in extremo hujus legis propoſuit Papinian.

Ad L. I. de Reb. Dub.

Fundum Mævianum, aut Sejanum Titio legaverat, cum univerſa poſſeſſio plurium prædiorum ſub appellatione fundi Mæviani rationibus demonſtraretur: reſpondi, non videri cetera prædia legato voluiſſe defunctum cedere, ſi fundi Sejani prædium a fundi Mæviani pretio non magna pecunia diſtingueretur.

IN *l. 1. ff. de reb. dub.* hæc proponitur ſpecies: Qui habebat prædiolum, quod fundum Mævianum appellabat, & huic adjuncta pleraque alia prædia, quæ omnia etiam poſſidebat nomine fundi Mæviani, eorumque omnium prædiorum reditus ſub nomine fundi Mæviani rationibus ſuis ferebat acceptos; denique univerſitatem illam prædiorum vocabat fundum Mævianum, & ſpecialiter prædiolum unum, non magni pretii, hoc nomine inſignibat: hic vero alii legavit disjunctim fundum Mævianum, aut Sejanum, quem ipſe legatarius eligeret; nam ponendum eſt electionem datam legatario, veluti fundo Mæviano, aut Sejano legato per vindicationem. Quæritur autem, de quo fundo Mæviano teſtator ſenſerit, utrum de latifundio & poſſeſſione, quæ plura prædia complectebatur, an de prædiolo Mæviano tantum? ὁμωνυμία rem dubiam facit, ſed Papinianus ſubtiliter reſpondet, homonymiam illam eſſe diſſolvendam ex comparatione fundi Sejani, cujus quidem aut Mæviani eligendi teſtator legatario poteſtatem facit: nam ſi fundi Sejani pretium non magna pecunia diſtinguatur a pretio fundi Mæviani exiguioris, ſi tanti ſit unus fundus quanti alter fundus, aut non multum inter ſe pretio & dignitate diſtent, tunc teſtator videtur legatario reliquiſſe, utrum ex iis mallet, Sejanum an prædiolum Mævianum, quia non intelligitur cum Sejano comparaſſe fundum Mævianum, qui erat ampliſſimus & latiſſimus, & cujus pretium longe ſuperabat pretium fundi Sejani. Ex diverſo, ſi fundus Sejanus adæquat latifundii pretium, quod teſtator etiam nomine fundi Mæviani poſſedit univerſum, tum id latifundium teſtator videtur poſuiſſe in electione legatarii, non fundum Mævianum pretio longe inferiorem quod dixi prædiolum Mævianum; quoniam comparatio & electio apte & convenienter non fit, niſi in his rebus, quæ inter ſe dignitate ſive quantitate pares, aut non valde diſpares ſunt, & ut Philoſ. dicunt ἐν τοῖς κοινωνίαν ἔχουσι πρὸς ἄλληλα, *in his, quæ inter ſe ſocietatem & communionem quandam habent, aut affinitatem quandam.* Nam ſi res legatæ ſub disjunctione, utram ex eis legatarius elegerit, valde diſpares ſint atque diſcretæ, fruſtra electio legatario data videtur, & ea tantum potius dicitur eſſe legata, quæ longe pretio exuperat alteram; ut ſi tibi legavero fundum Titianum, qui erat dignus mille, aut fundum Tuſculanum, qui erat dignus quinque, quem ipſe eligeres; aut ſi ita legavero tibi, hunc vel illum per vindicationem, quo genere videor tibi tribuiſſe electionem, ſane in legato tantum videtur eſſe fundus Titianus, qui eſt dignus mille, quem proculdubio tu electurus es. Et hujus rei argumentum præbet *l. ſi ita relictum, §. pen. ſup. de leg. 2.* Ergo in propoſita ſpecie, ex comparatione, contentione, collatione fundi Sejani intelligitur, quis fundus Mævianus legatus ſit exiguus, an amplus, ſicut in *l. ult. §. ult. ſup. de trit. vin. & oleo leg.* Cum legato vino amphorario, *du vin frelatè*, & vino Amineo, & Græco, & dulcibus omnibus, cum dubitaretur, an potiones tantum dulces eſſent legatæ, an vero etiam cibi dulces, ut uvæ paſſæ, palmæ, ficus, caricæ. Labeo recte reſpondet ex collatione vini amphorarii, Aminei, Græci, ea tantum dulcia legata videri, quæ potiones eſſent; comparatio adjunctarum rerum dubitationem omnem tollit. Et ita explicandum eſt hoc reſponſum Gloſſis omnibus obliteratis.

Ad L. LXXVII. de Cond. & Demonſt.

Avia quæ nepotem ſub conditione emancipationis pro parte heredem inſtituerat, ita poſtea codicillis ſcripſit: hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem inſtitui, lego prædia illa: conditionem emancipationis repetitam videri placet; quamvis avia nullam in legatis, ut in hereditate, ſubſtitutionem feciſſet. Nam & cum ſervus pure quidem liber, heres autem ſub conditione ſcriptus, & ſi heres non extiterit, legatum accipere juſſus eſt: in legato repetitam videri libertatem D. Pius reſcripſit.

INitio hujus legis hæc proponitur ſpecies. Avia nepotem pro parte heredem inſtituit ſub conditione emancipationis, id eſt, ſi emanciparetur a patre, & ſi heres non eſſet, avia in defectum conditionis, alium ei ſubſtituit, deinde codicillis ei pure prælegavit certa prædia, non repetita conditione emancipationis, non repetita etiam ſubſtitutione, ac proinde ei ſubſtituit in hereditate, non in legato, quia in legato non repetiit ſubſtitutionem. Quæritur, an etiam in legato intelligatur repetiiſſe conditionem emancipationis? Et ait Papinianus in legato eandem conditionem repetitam videri ex voluntate defuncti, quæ etſi aliis modis declarari poſſit, ut in *l. ult. §. ult. ff. de doli except.* tamen in ſpecie propoſita, ut proponitur a Papin. fuerat voluntas teſtatoris apertius declarata his verbis, quibus codicillis prædia prælegata ſunt: *Hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem inſtitui, lego prædia illa*: hæc verba, *hoc amplius*, hanc ſcripturam jungunt ſuperiori ſcripturæ teſtamenti, & vim repetitionis habent, repetuntque eandem conditionem, ac ſi juncta ſcriptura ita teſtator dixiſſet, *heres eſto ex ſemiſſe, ſi te pater emancipaverit, hoc amplius quam quod te heredem inſtitui, lego tibi prædia illa*, hæc verba: *hoc amplius*, repetunt ſuperiorem conditionem, ut in *l. libertis, inf. hoc tit.* ſed non repetunt etiam ſubſtitutionem ſubjectam: nec igitur deficiente conditione ſubſtitutum ad legatum admittemus, ſed ad portionem hereditatis tantum. Et ſubjicit eodem modo, ſervo pure relicta libertate & hereditate ſub conditione aliqua, & heres non eſſet legato ei relicto, in legato repetitam videri ei libertatem, idq; ait D. Pium reſcripſiſſe, quod Marcianus alio loco ſcribit D. Pium reſcripſiſſe favorabiliter in *l. Divus de man. teſtam.* reſcripſiſſe, inquam, in legato repetitam videri libertatem, quæ inſtitutioni præpoſita eſt, ut ſcilicet ſervus perveniret ad libertatem, nec intercideret legatum, quod conſtat ſervo proprio inutiliter relictum ſine libertate eſſe, *l. 6. C. de leg.* hoc, inquam, reſcripſiſſe favorabiliter, ſed ſuffragante etiam voluntate teſtatoris, qui non intelligitur ſervo voluiſſe legare inutiliter, quod tamen faceret, ſi non intelligeretur repetita libertas. Idemque ex hoc libro Papin. a Marciano repetitum iiſdem verbis in *l. cum ſervus, ff. de cond. inſt.* In qua ex hoc loco pluſquam manifeſtum eſt, initio illius legis non eſſe legendum, ut vulgo in omnibus, *in legato repetitam videri conditionem, ut D. Pius reſcripſit*, ſed, *in legato repetitam videri libertatem D. Pius reſcripſit.* Nam non poteſt videri in legato repetita conditio adſcripta in inſtitutione, aut ſi repetita videtur & defecerit, tam legatum quam inſtitutio intercedit, & tamen legatum valere ait, deficiente conditione inſtitutionis, quaſi relictum ſub contraria conditione, ſi heres non eſſet, id eſt, ſi deficeret conditio inſtitutionis, & merito valere legatum, quia libertas ei competit, quaſi repetita etiam in legato, ut *l. Trebatius ſeq. de hered. inſt. d. l. cum ſervus, de man. teſt.*

Ad §. Mutiana.

Mutiana cautio locum non habet, ſi per aliam conditionem actio legati differri poſſit.

§. 2. Titio ſi mulier non nupſerit, heres centum dato:

quam

quam pecuniam mulieri eidem Titius heres reſtituere rogatus eſt, ſi nupſerit mulier; die legati cedente, fideicommiſſum petet, remoto autem fideicommiſſo legatariis exemplum Mutianæ cautionis non habebit.

HOc demonſtrato Papin. tractat aliquid breviter de cautione Mutiana, de qua memini me dixiſſe eundem auctorem tractaſſe in *l. cum filius*, §. *qui Mutianam*, *ſup. hoc tit.* Et iis, quæ illo loco diximus de cautione Mutiana, cujus utilitas conſiſtit in conditionibus legatorum, vel fideicommiſſorum, vel hereditatum, quæ in non faciendo conceptæ ſunt, ut *l. 7. ff. hoc tit.* his, inquam, quæ illo loco diximus addendi ſunt duo caſus, qui proponuntur hoc loco, quibus non eſt locus Mutianæ cautioni. Ac primum quidem ei locus non eſt, ſi per aliam conditionem, quæ vel in faciendo, vel in dando conſiſtat, legati petitio differatur. Finge, legatum relinqui ſub conditione, *ſi Capitolium aſcenderis*, vel *ſi heredi decem dederis*, &, *ſi Alexandriam non ieris*, etiam ſi paratus ſis præſtare cautionem Mutianam, te Alexandriam non iturum, non capies legatum antequam impleveris aliam conditionem, quæ in dando, vel in faciendo conſiſtit: conditio quæ conſiſtit in non faciendo, quaſi quodam modo impletur præſtita cautione Mutiana, quæ in dando vel faciendo non niſi reipſa: & hæc, quia legato conjunctim adſcripta eſt, differt legati petitionem. Non eſt etiam locus cautioni Mutianæ in ſpecie §. ſeq. legavi Titio centum ſub conditione, *ſi Mævia non nuberet*, & ſub eadem conditione Titium rogavi, ut Mæviæ 100. reſtitueret: mulier ſtatim petit fideicommiſſum non præſtita cautione Mutiana, quia ea conditio mulieri remittitur, quæ inhibet nuptias, *l. Titio 71. §. Titio*, *& l. mulieri*, *h. tit.* adeo ut etiam ſi nupſerit Mævia, petere fideicommiſſum poſſit. Propter mulierem autem etiam Titius die legati cedente, legatum petet, ut id mulieri reſtituat, quod tamen non poſſet petere, ſi ab eo ſub eadem conditione de reſtituenda pecunia Mæviæ, ſi non nuberet, fideicommiſſum non eſſet relictum mulieri, id eſt, ſi Titio tantum legata eſſent 100. ſi Mævia non nuberet, nec fuiſſet oneratus fideicommiſſo ſub eadem conditione de reſtituenda pecunia Mæviæ, ſi non nuberet. Petit igitur legatum propter fideicommiſſariam, quod remota fideicommiſſaria non peteret, ne præſtita quidem quaſi Mutiana cautione, veluti, daturum ſe operam, ne Mævia nubat, &, ſi Mævia nupſerit pecuniam legatam ſe heredi redditurum, quia Mutiana cautio in his tantum conditionibus locum habet, quæ non niſi morte legatarii expleri poſſunt, *l. Titio fundus*, *hoc tit.* hæc autem conditio, de qua agitur, *ſi Mævia non nupſerit*, expleri poteſt vivo legatario, ſi Mævia moriatur ſuperſtite legatario. Eademque eſt ratio legis *hoc genus*, *inf. hoc tit.* Atque ita his duobus caſibus non eſt locus Mutianæ, aut quaſi Mutianæ cautioni. Et poſtremo in hac l. proponitur elegantiſſima ſpecies, quæ talis eſt.

Ad §. Ult.

Pater exheredatæ filiæ tutores dedit: eoſque ſi mater ejus impubere filia conſtituta vita deceſſiſſet, ad rem gerendam accedere juſſit: cum uxori mandatum eſſet, ut moriens decies filiæ communi reſtitueret, non ſub conditione tutores videbuntur dati; nec ſi quid aliud interea puella quæſiſſet ejus adminiſtratione prohiberi, cautio vero fideicommiſſi matri remiſſa, quocunque indicio voluntatis cautio legatorum vel fideicommiſſorum remitti poteſt. Itaque ſi cautionis non petendæ conditio legato vel fideicommiſſo præſcribatur: conditionem ea res non faciet, non enim deficiet, ſi quis caveri deſideravit, onere cautionis non ſecuto, quod adverſus invitum hodie jure publico ſequi non poteſt, poſtquam remitti poſſe cautionem placuit.

PAter filiam impuberem exheredavit, non notæ cauſa, ſed bona mente prudentique conſilio, ut ei conſu-

A leret, ut in *l. multi*, *ſup. de lib. & poſt.* Quod & poſtea declaravit in ipſo teſtamento. Nam filiæ exheredatæ tutores dedit, & uxorem heredem inſtitutam rogavit, ut ſi uxor vita decederet, filia impubere conſtituta, ei moriens decies reſtitueret, qui ingens eſt pecuniæ numerus, id eſt, decies centena millia, *un million.* Ac præterea ſi mater decederet filia impubere conſtituta, tum tutores juſſit accedere ad rem gerendam, vetuit interim dum viveret mater eos rem gerere filiæ? Quæritur, an videantur tutores dati ſub conditione, ſi mater decederet relicta filia impubere? Et ait, dationem tutoris eſſe puram, tutores datos non videri ſub conditione, ideoque ſi qua bona adventitia obvenerint filiæ, poſt mortem patris ea tutores adminiſtrare poſſe, non etiam bona paterna, quæ impuberi filiæ

B relicta ſunt per fideicommiſſum a matre herede inſtituta, quia prohibiti ſunt ea bona adminiſtrare uſque adeo, donec mater moreretur. Dices, fruſtra prohibitos eſſe adminiſtrare bona paterna, quia vivente matre filia nulla habuit bona paterna, quæ fuit exheredata. Dicam tamen non fruſtra eſſe prohibitos, quia his verbis: *ne accedant ad rem gerendam ante mortem matris*, prohibiti intelliguntur, ne a matre cautionem fideicommiſſi exigant, de reſtituendis decies, nimirum poſt mortem. Etiam vivente matre ſe immiſcerent tutores adminiſtrationi bonorum paternorum relictorum filiæ per fideicommiſſum ſub conditione, *ſi exigerent cautionem fideicommiſſi præſtandi exiſtente conditione*, quam tamen non poſſunt exigere, quia prohibiti ſunt ad rem adminiſtrandam accedere, ad quam utique ac-

C cederent, ſi cautionem exigerent. Eſt igitur ea prohibitio indicium remiſſæ cautionis Prætoriæ fideicommiſſi ſervandi cauſa, quam conſtat hodie quocunque indicio voluntatis remitti poſſe. Hæc ſunt verba Papiniani, quæ ſumpſit ex conſtitutione Divi Marci, id eſt, ex *leg. 2. C. ut in poſſeſſ. leg.* ex qua innumeris locis ff. proditum eſt hodie: *Quocunque indicio voluntatis teſtatoris remitti poſſe cautionem legatorum, aut fideicommiſſorum in diem vel ſub conditione relictorum, quæ interponi ſolet ex edicto Prætoris.* Denique ea prohibitio, *ut non ad rem gerendam accedant viva matre*, non facit conditionem, ut videantur dati tutores ſub conditione, quoniam aliam rem pupillæ jure adminiſtrabunt, aliam rem adventitiam gerent: ſed vis ejus prohibitionis hæc eſt, ut remittant matri tantum cautionem fideicommiſſi. Et

D breviter, his conſequens eſt, *legato vel fideicommiſſo præſcriptam conditionem*, ut ait, præſcribi dicitur etiam in *l. pater*, §. *conditionem*, *hoc tit. & l. dominus*, *de pecul. leg.* quod eſt apponi legato vel adſcribi, ne vos fallat Accurſius, cujus Gloſſæ delendæ ſunt: legato, inquam, vel fideicommiſſo apponi vel adſcribi conditionem ſi legatarius cautionem legati non petierit ab herede, non minus deberi legatum, ſi legatarius cautionem petierit ab herede, quia non videtur defecta conditio, quæ nulla eſt: ſed iis verbis, *ſi legatarius non petierit cautionem ab herede*, non videtur legato adſcribi conditio, ſed remitti heredi onus cautionis. Ideoque, etiamſi legatarius deſideret ſibi caveri, capiet legatum, quoniam & id fruſtra deſiderat, quia jure publico ex conſtitutione Divi Marci hodie cautio remitti poteſt, quocunque indicio voluntatis.

E Hodie, inquam, quoniam ante eam conſtitutionem non potuit remitti, quia teſtator non poteſt facere, ne leges vel edicta in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo*, *de leg. 1.* niſi id ei ſpecialiter lex permittat. Ideoque aliæ cautiones non poſſunt remitti in teſtamento, hæc poteſt remitti, quia id permiſit conſtitutio Marci & Commodi.

Ad L. C. de Condit. & Demonſt.

Titiæ, ſi non nupſerit, ducenta, ſi nupſerit, centum legavit, nupſit mulier: ducenta, non etiam centum reſidua petet, ridiculum eſt enim eandem, & ut viduam & ut nuptam admitti.

Cer-

CErtum est mulieri remitti conditionem viduitatis vel cœlibatus, quasi utilitati publicæ repugnantem, ut puta, si mulieri legetur sub conditione, si non nupserit, & illa nupserit, ex *l.Julia Miscella* mulier perinde admittetur ad legatum, atque si vidua permansisset, idque in hoc titulo probat *l.cum ita legatum*, *&* *l. hoc modo*, & aliæ complures. Quo cognito, fac, mulieri, si non nupserit, legari ducenta, & si nupserit, centum duntaxat: Quæritur, an si nupserit, utrumque legatum capiat, id est, trecenta? & subtiliter respondet Papin. eam capere tantum 200. id est, amplius legatum, tanquam viduam, licet revera non sit vidua, quæ nupsit: tanquam viduam, inquam, quia fingitur conditioni paruisse, *l.mulier*, *hoc tit.* Alia autem 100. quæ si nuberet ei legata sunt, eam non posse capere, altero legato debere esse contentam. Id autem proculdubio electura est, quod est amplius, non capere igitur eam utrumq; legatum, quoniam ridiculum esset eandem, & ut viduam admitti ad 200. & ut nuptam admitti ad 100. Ridicula sunt vitanda, *l.jam dubitari*, *ff. de hered.inst.* Restat etiam *l.56. ad SC.Trebell.*

Ad L.LVI. ad Senatusconsultum Trebellian.

Filiam fratribus, certis rebus acceptis hereditatem restituere pater voluit, ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit. Cum autem interea filii res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent, hereditate postea restituta constitit, ex eo facto ceterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari.

CUjus species hæc est: Pater filiam heredem instituit ex parte, & rogavit acceptis certis rebus, quas utique pro sua parte imputabit in Falcidiam, hereditatem, id est, portionem suam restituere fratribus coheredibus suis. Certum est, post recitationem testamenti heredes scriptos in testamento, etiamsi dicatur injustum aut ruptum aut falsum, interim, dum ea querela disceptatur, mitti posse in possessionem rerum hereditariarum, quas defunctus possedit mortis tempore, ex edicto Divi Adriani, *l.ult.inf.de appellat.recip.l.26.C.Theod.quorum appell. non recip.* hodie ex constitutione Justiniani, id est, ex *l.3.C.de edic.Divi Adri.toll.* At quæritur, *an una cum fratribus coheredibus suis etiam mitti possit in possessionem rerum hereditariarum filia, quæ onerata est fideicommisso restituendæ fratribus portionis suæ hereditariæ?* Et ait, *ante restitutam hereditatem posse, & ipsam ut heredem scriptam cum fratribus mitti in possessionem hereditatis ex edicto Divi Adriani.* Missis autem omnibus heredibus in possessionem, si forte fratres res quasdam hereditarias in solidum vendiderint, & alias in solidum pignori obligaverint, etiamsi in solidum eas neque jure vendiderint, neque pigneraverint, sane non jure pro portione sororis citra voluntatem ejus, tamen sorore postea restituente fratribus hereditatem, id est, portionem suam retentis certis rebus, quas retinere jussa est; quasque fratres neque distraxerunt, neque pigneraverunt, rectissime Papin. ait ex post facto apparere jure venditas & pigneratas a fratribus alias res fuisse etiam pro portione filiæ, quæ postea eis restituta est ex causa fideicommissi, restitutionem hereditatis retrotrahi, & pro eo haberi, ac si restitutio hereditatis præcessisset venditionem & pignerationem: ac proinde convalescere pignus venditionemque, non quidem directo, quæ non constitit ab initio pro portione filiæ, sed ex æquo & bono, ut in *l.si Titio*, *ff.de pig.* Et ait, id apparuisse ex eo facto, quod alias dicit, & dicunt alii, *ex post facto*, *ex eventu*, *ex accidente*, *ex eo quod postea contigit*. Nam & in *l.pen.§.pater.ff.de castr.pec.* est scriptum, *ex facto*, pro *ex post facto*. Et hæc est sincera interpretatio hujus responsi.

Ad §. 1. L. X. de Usu & Habit.

Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum. Et Papi- A *nianus lib.7. Responsorum ait, usum, esse non etiam fructum relictum.*

SI sit χρῆσις legata certæ rei, refertur Papin. eo loci respondisse, usum nudum legatum videri, non usumfructum, χρήσεως nomine significari usum nudum, ut si χρῆσις domus, χρῆσις τῆς οἰκίας legata sit. Ambiguum est nomen, & multiplex: nam & fructum significat, ut illo loco Ciceronis, *Sum χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ, Attici nostri*, id est, *sum fructus tuus, mancipio vero, Attici nostri*. Significat etiam commodatum in Basil. quod alias dicitur *utendum datum*, & apud Aristot. 5. Ethic. dum enumerat contractus voluntarios, ubi male Heliodorus interpres Aristot. χρῆσιν accipit pro locatione & conductione: *cum quis*, inquit, *certa mercede domum suam, vel animal* B *suum utendum dedit*, quo in errore versatur etiam Eustathius, quoniam eo loco aperte Aristot. χρῆσιν, id est, *commodatum* separat a μισθώσει, id est, *locatione & conductione*: at cum legatur χρῆσις domus, χρῆσις prædii, Papinian. respondet, nudum usum, non usumfruct. legari, χρῆσιν μόνην non χρῆσιν καρπῶν, vel ἐπικαρπίαν.

Ad §. Ult. L. XII. de Fundo Inst.

Idem Papinianus l. 7. Responsor. ait: Instructis hortis filio legatis, mater argentum muliebre filiæ legaverat: respondit, etiam id argentum muliebre, quod in hortis habuit, ut ibi esset instructior, ad filiam pertinere.

CErti juris est instructo fundo legato, non tantum deberi instrumentum fundi, sed etiam instrumen- C tum patrisfam. vel matrisfam. qui quæve testatur, quod in eo fundo habuit, ut esset instructior: plenius esse legatum instructi quam instrumenti, *d. l. 12. §. sed si fundus hic.* Ergo si materfam. filio legaverit hortos instructos, legato continetur argentum muliebre, quod in hortis habuit factum vel infectum: puta, vasa argentea, aut mensas argenteas, quod ipsa, inquit, in hortis habuit, ut ibi esset instructior: nisi scilic. specialiter argentum muliebre alii mulieri legaverit: legatum est mulieri conveniens, muliebria muliebri: ut proponitur etiam filio legasse hortos instructos, filiæ argentum muliebre, quo casu proculdubio est generi per speciem derogatum, ut in *l.serv.urb. §.ult.de leg.3.* Et filiæ, cui legatum est argentum muliebre, id etiam legatum videtur, non tantum quod alibi habuit mater, sed etiam quod ha- D buit in hortis, ut ibi esset instructior. Generi per speciem derogatur, si alii legetur genus, alii species: imo etsi eidem genus & species, secundum distinctionem tamen & divisionem a nobis explicatam in *l. 9. sup. de sup.leg.* Et ita instructi legatum, vel instructorum hortorum legatum quod relictum est, minuitur per legatum, quod specialiter filiæ relictum est nomine argenti muliebris. Nec obstat *l. si generaliter*, *C. qui pot. in pign. hab.* quæ specialem hypothecam constitutam uni creditorum, ait, non derogare generali hypothecæ, quæ alii creditori ante constituta fuerat: generi ergo per speciem non derogari. Sed hoc ideo, quia ex generali hypotheca jam priori creditori jus quæsitum erat, quod ei auferri non potest invito. Ei autem cui genus ante legatum est, nullum jus quæsitum erat vivo testatore, E. cum testator legatum generis minuit, ex eo genere detrahendo speciem, vel species certas, & alii legando. Et hæc est sententia hujus §.

Ad §. Papinian. L.XII. de Instr. Leg.

Papinianus quoque l.7. Respons. ait, sigilla, & statuæ adfixæ, instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt, quæ vero non sunt adfixa: instrumento non continentur, *inquit: supellectili enim adnumerantur excepto horologio æreo, quod non est adfixum. Nam & hoc instrumento domus putat contineri, sicut prothyrum domus, si velamen est*, inquit, *instrumento domus continetur:*

In

IN quo refertur ex eodem libro Papinian. ſigilla, ſigna habentia formam hominum, vel deorum, ſigilla, inquam, & ſtatuas adfixas domui vel non adfixas, non cedere legatario, cui legatum eſt inſtrumentum domus. Inſtrumento domus, affixas non contineri: quia pars ſunt domus. Si pars domus, ergo non inſtrumentum: nam pars ineſt toto: Inſtrumentum non ineſt ei rei, cujus inſtrumentum eſt. Optatus Milevitanus 2. adverſus Parmenianum: *ſi ornamentum eſt*, inquit, *corporis, pars corporis non eſt, aut ſi pars corporis: dos igitur aut inſtrumentum, aut ornamentum non eſt*. Ac præterea pars domus & domus quaſi eadem res eſt, *l.7.de except.rei judic.* Quod & Ariſtoteles tradidit. At inſtrumentum cujuſque rei neceſſe eſt rem aliam eſſe, & alterius generis, atque ea res quæque ſit, cujus inſtrumentum ſit, quæ eſt definitio *l.ult. hoc tit.* Quod Philoſophi exprimunt his verbis, τὸ ἐνεκατȣ̃, ἕτερον ἐστὶ τοῦ ἕνεκα ἐστι. Magentius in 1.*prior. Annal.* qua ratione in *d.l.ult.* ſtatuit, ſcaphas non eſſe inſtrumentum navis, quia & ipſa navis eſt, nec genere diſtat a triremi, vel alia oneraria nave, ſed mediocritate tantum: & conſequenter fundus fundi inſtrumentum eſſe non poteſt, *§.ea vero hujus leg.* Homo liber hominis liberi inſtrumentum eſſe non poteſt: at ſervus ſervi inſtrumentum eſſe non poteſt: nam inſtrumentum inſtrumenti eſſe poteſt, *§.ſed an inſtrumenti, ſup.* & multo magis ſervus poteſt eſſe inſtrumentum liberi hominis: nam & inſtructo continetur, quo plus quam inſtrumento continetur. Inſtrumento prædii continetur tantum inſtrumentum, quod prædii gratia comparatum eſt. Prædio autem inſtructo legato continetur & inſtrumentum prædii & domini, quo inſtructior eſt in eo prædio, quodve in eo prædio habet uſus ſui cauſa. Denique plenius eſt inſtructi quam inſtrumenti legatum, *§.ſed ſi fundus*, hoc loco: & inſtructo prædio legato continentur etiam ſervi ruſtici vel urbani, ſi inſtructum prædium urbanum legatum ſit, *§.idem Celſus, & ſeq.h.l.* Ideo autem ſervus liberi hominis, vel ſervi inſtrumentum eſſe poteſt, quia jure civili, imo & prætorio ſervi pro nullis habentur, & ſunt ἀπρόσωποι, ut Theophilus loquitur, *l.2. de jure delib.* & pecudibus exæquantur, *l.2.ſup. ad leg. Aquil.* Verum e contrario tamen ne quid omittam, nunquam evenit jure, ut homo liber ſit inſtrumentum, vel miniſterium ſervi. Quod vero ait Papinianus: ſigilla vel ſtatuas adfixas partem domus eſſe, ergo inſtrumentum domus non eſſe propter rationes, quas explanavi ante, id videtur pugnare cum *l. pen. de verb. ſign.* quæ negat ſtatuas adfixas eſſe ædium: ergo nec partem vel quaſi partem ædium eſſe, nec venire in emptionem, venditionem, aut in legatum ædium, quod hæ ſtatuæ non perficiant ædes. Partes ſunt quæ perficiunt totum, ſtatuæ non perficiunt ædes: ergo partes non ſunt ædium, ſed habentur tantum ornatus cauſa. Sed animadvertendum eſt, Papinianum hoc loco agere de ſtatutis domui adfixis, inædificatis, injunctis, immolitis, quæ & ſubſtinendo oneri ædium ſunt, atque adeo partes ædium, quia perficiunt ædes, quum onera ædium ſuſtineant, ut ſtatuæ, quæ dicebantur τελαμῶνες. Illo autem loco agitur nominatim de ſtatuis adfixis baſibus ſtructilibus, quæ ſcilicet fiunt ex calce & cæmentis, non de adfixis domui: hæ neque ſunt pars domus, neque inſtrumentum domus, quoniam ornamentorum tantum cauſa habentur; Et multum intereſt inter partes, & ornamenta, & inſtrumenta, *§. ſi domus, h.l.* ubi Juriſconſultus refert Celſum dixiſſe, inter inſtrumentum & ornamentum multum intereſſe, & addere licet, ſimiliter, & inter inſtrumentum vel ornamentum, & partem multum intereſſe. Et hæc de ſigillis vel ſtatuis adfixis, nunc dicamus de non adfixis.

Ea negat etiam Papin. inſtrumento domus contineri, quia ſupellectili adnumerantur. Supellex autem non domus, ſed domini inſtrumentum eſt, quia domini gratia comparatur, ut menſæ, lecti, candelabra, delphines, & alia innumera. Ac proinde ſupellex cedit quidem inſtructo, quod complectitur etiam inſtrumentum patrisfam. ſi domus inſtructa legetur: at ſupellex non cedit etiam inſtrumento domus tantum legato, *§.ſupellex, & §. proinde ſi fundus, h.l.& l.15.§.1.l.16.in pr.h.t.* Breviter hæc eſt ſententia Papin. ſigilla & ſtatuas adfixas domui, non cedere inſtrumento domus, ſed adfixas partem eſſe domus, non adfixas eſſe in ſupellectili. Deinde ſubjicit Papinianus *horologium tamen æreum*, ex ære ſcilicet, rotundum, quod ſcaphium Marcianus Capella appellat in Geometria: horologium, inquam, æreum, ſi non ſit adfixum domui: nam adfixum pars eſt domus, cedere inſtrumento domus, quia, meo quidem judicio, id Papin. exiſtimavit maxime pertinere ad munitionem domus, ut ſcilicet, nota eſſent horarum ſpatia. Nam domus quid fuerint in urbe, multi ignorant: domus indigebant in urbe munitione, quia erant ampliſſima & ſumptuoſiſſima ædificia, idcirco pauciſſimæ in urbe domus: inſulæ vero ſparſæ in urbe innumeræ, ut conſtat ex Sexto Ruffo, & Publio Victore, qui regiones urbis deſcripſerunt, & in Exquilina regione ponunt domum Aquilii Juriſconſulti: & Plinius initio 17. *Aquilium illa domo quam juris ſcientiæ fuiſſe clariorem*. Et in eadem regione domum M. Craſſi, & Quinti Catuli, & domum Craſſi idem Plinius magnificam fuiſſe, Catuli aliquanto præſtantiorem, Aquilii pulcherrimam. Idem Papinianus ait, *πρόθυρον domus, ſi velamen ſit contineri inſtrumento domus*. Si velamen ſit, id eſt, ſi non cohæreat domui, ſed appendatur prælimini: nam ſi limini adhæret, magis domus portio quam inſtrumentum eſſe intelligitur. Et ita eſt accipiendum quod eſt in *l.pen. de verb.ſignif.* quod & huic loco adverſari videtur: ædium eſſe, id eſt, partem ædium eſſe prothyrum, quod in ædibus utrumque fieri ſolet, ut recte illum locum doctiſſimus Auguſtinus emendat, quoniam corrupte in Florentinis eſt ſcriptum, *quod in ædibus iterum fieri ſolet*, nullo ſenſu. Igitur partem ædium eſſe ait, prothyrum: *quod in ædibus utrinque fieri ſolet*, id eſt, quod in ædibus intra & extra inædificari ſolet: nam & prothyrum fuit extra & intra, ſicut προαύλιον, ut vel locus Evangelii indicat Marci 14. de Divo Petro, qui prodit εἰς προαύλιον. Quod demonſtrat fuiſſe interius oſtium, conſtat porta, poſtibus ſive angulis, limine, ſuperlimine, *linte au, le deſſus de la porte*, quod vocant ὑπερθύριον, & antelimine, quod πρόθυρον. Et nihil eſt præterea in hoc §.

Ad §. Papinian. ead L.

Papinianus quoque prædiis inſtructis legatis, mancipia non contineri, quæ temporis cauſa illic fuerunt, ac non eo animo eos tranſtulit paterfamilias, ut aut fundi aut ſuum inſtrumentum faceret.

ADfirmo ex eodem libro Papiniani eſſe quod refertur in hoc §. idque probabo inferius liquido: ut inſtructo prædio legato, domo ſcilicet, vel fundo legato, non contineantur ſervi, qui temporis cauſa in eo prædio ſunt, ut ibi maneant aliquantulum, non ut cedant inſtrumento prædii, non etiam ut cum dominus ipſe in prædium venerit, eis fiat inſtructior. Ergo inſtructo non continentur ſervi, quos dominus in prædio habuit temporis cauſa: quia nec fundi nec ſuum inſtrumentum fecit, ut *l.2.C.de verb.ſign. Non*, inquit, *eo animo eos tranſtulit in prædium, ut prædii vel ſuum inſtrumentum, eo in loco faceret, ſed temporis tantum cauſa*, veluti cuſtodiæ aut certæ operæ cauſa, & continentur tamen inſtructo, quæ ibi teſtator tum non habuit, id eſt, teſtamenti tempore, ſi modo habere conſuevit, & ad tempus alio tranſmiſit, quia non deſierunt eſſe in inſtrumento ſuo vel fundi. Finge, eſſe actorem prædii, quem miſit in provinciam, ut in provincia ordinatis quibuſdam negotiis rediret ad idem prædium, eundemque actum, & cum is actor eſſet in provincia, teſtatorem legaſſe prædium inſtructum, an legato continebitur actor, qui abeſt vel nondum rediit? Sic videtur: optima ratione, quia ejus cauſa & conditio ſive actus commutatus non eſt: Et ſubjicitur etiam reſpondiſſe Papinianum: inſtructis

horreis

horreis legatis contineri etiam vina, quæ ibi testator habuit, ut ibi ea consumeret usus sui causa, non etiam ea, quæ ibi habuit in horreis, in horreo vinario, in apotheca, ut uteretur alibi; puta, in alio prædio, quoniam ea ibi non habet, ut se eo in loco iis instruat, sed ut eo in loco ea haberet in deposito ad usum loci alterius, non ejusdem. Quod etiam comprobat §. *proinde si fundus*, & §. *instructo autem fundo*, in hac *l.* In quo ostenditur similiter instructo prædio legato venire etiam libros, quos ibi paterfamil. habuit, & bibliothecam, ut quoties veniret, uteretur, sed non contineri etiam apothecam librorum quos ibi posuit, ut alibi uteretur. Idemque confirmat *l.* 3. C. *de verb. signific.* Sed obstare videtur *l.* 15. §. 1. *hoc tit.* quæ dicit: *domo instructa legata, non videri legata vina*, addita hac ratione: *quia domus vinis instructa intelligi non potest*. Verum observandum, eam absolute dicere: *vina non videri legata*, qui sermo est accipiendus secundum alias leges, quia cum sit absolutus suppletionem facile recipit, nempe hoc modo, ut dicamus in eo loco agi de vinis, quibus in ea domo dominus non instruebatur, non utebatur, quibus vinis sane nec domus instructa dici potest, quia non iis utitur.

Ad §. idem respondit eod.

Idem respondit, domo per fideicommissum relicta cum supellectili Claudio Hieroniano clarissimo viro ab Umbrio Primo, & mensas & ceteram supellectilem, quam in hortis paterfamilias in proconsulatum profecturus contulerat, ut tutiore loco essent, contineri.

PRæterea additur ex eodem libro: Legata domo cum supellectile, etiam eam supellectilem deberi, quam testator in proconsulatum profecturus in hortos contulerat tutelæ causa, atque ita domo transtulerat in hortos tutelæ causa, quia non ideo intelligitur etiam ea separasse a reliqua supellectile, cum tutelæ tantum causa ad tempus eam separaverit: nam dicimus legata domo cum supellectile, etiam eam supellectilem deberi quam domo transtulit in hortos ad tempus, ut tutiore loco esset: nam & eadem ratione mancipia aut vina non intelligitur separasse a prædio, cujus gratia comparata sunt, si ad tempus tutelæ causa ea alio transtulerit. Et jamdiu in hoc §. ostendi, me malle legere hoc modo, *domo per fideicommissum relicta cum supellectile a Claudio Hermoniano, Clarissimo viro Umbrio Primo*, quoniam legi Claudium Herminianum, quem propterea etiam virum clarissimum vocat, fuisse proconsulem Cappadociæ apud Tertullianum in lib. *Adversus Scapul.* quem etiam hoc loco ideo ait profecturum in proconsulatum mensas & ceteram supellectilem in hortos contulisse; & ex eodem auctore didici eum in ea provincia vita decessisse, suscepta fide in dominum nostrum Jesum Christum. Hunc igitur pono virum clarissimum proconsulem Claudium Herminianum morientem in provincia, Umbrio primo legasse domum cum supellectile, & legato cedere mensas, & ceteram supellectilem, quam domo movit & transtulit in hortos, ut tutiore loco esset, quoniam hanc translationem fecit ad tempus tantum.

Ad §. Idem respondit theriacam eod.

Idem respondit theriacam quoque, & cetera medicamenta, quæ secessus causa dominus ibi habuit, & vestem propter secessum ibi depositam, instructo fundo legato inesse.

SEquitur ex eodem libro, fundo instructo cedere theriacam, quod medicamentum adversus ferarum venena valet, & erat frequens in ea ætate, ut de eo proprium librum Galenus scripserit. Theriacam igitur, & cetera medicamenta, quæ in eo fundo secessus causa testator habuit, & vestem similiter, quam ibi propter secessum depositam testator habuit, legato cedere, ut in §.

A *proinde si fundus, sup.* Ex quo magis, atque magis demonstratur semper instructi plenius esse legatum quam instrumenti: nam instrumento fundi legato, sane non cederet vestis, non cederent medicamenta. Deinde ponit, domo instructa legata cum omni jure suo, contineri servos ostiarios & topiarios, si in ea domo sint viridaria, ut ait *l.* 8. *sup.* quoniam horum opera est in exprimendis variis animalium figuris in viridariis. Contineri etiam diætarios, quorum ministerio paterfamil. utitur in diæta, in cœnaculo, triclinio: & aquarios, qui aquam deferunt. Si de mulieribus nomen accipitur in malam partem, cui nos in idiotismo præposuimus *m* literam: addita *m* maquarii, quos veteres aquarios, & aquariolos, sunt mulierum impudicarum sordidissimi asseclæ. Veteres cum Veneri operarentur, aquæ ministerio vulgo utebantur. Cic. pro
B Cœlio: *ideo ne aquam adduxi, ut ea tu inceste uterere?* Lampridius in Commodo: *aquam gessit ut lenonum minister.* Hos omnes, inquam, si domui tantum deserviant, quæ instructa legata est, legato contineri, artifices autem eos non contineri, quorum operæ ceteris quoque prædiis exibentur. Uno verbo, non continentur artifices, qui sunt in usu promiscuo variorum prædiorum, qua in re merito reprehenditur Papinianus, quia satis est, si ii artifices proprie sint domui legatæ destinati: nam cetera prædia eos a domo veluti mutuantur, §. *si quis eodem instrumento, sup. l. item*, §. 1. *de legat.* 3. Si igitur domus causa parati sint artifices, domus instructæ legato continentur, licet aliis quoque prædiis commodentur, supra ait: *licet alia prædia mutuentur eos a*
C *domo*. Unde ita definias commodatum, & mutuum: *commodatum est mutuum ad usum, non ad abusum: mutuum autem proprie est commodatum ad abusum.* Debuit Ulpianus addere etiam Papiniano cum dixit, contineri ostiarios, topiarios, & ceteros, non debuisse addere taxationem, videlicet domui deservientes: nam etsi aliis prædiis deserviant, modo domui præcipue sint destinati, legato continentur. Igitur tantum debuit dicere, *domui deservientes*. Et ita Paulus 3. sent. *Domo*, inquit, *cum omni jure suo sicut instructa est legata, urbanam familiam, item artifices, & ostiarios*, ita emendavi, & *Zetarios*, id est dietarios, *& aquarios eidem domui servientes legato cedere.*

Ad §. Idem resp. domo, eod.

D *Idem respondit domo instructa legata, mensas eboreas & libros non contineri. Sed & hoc falsum est: nam omne quidquid in domo fuit, quo instructior ibi esset paterfamilias continebitur. Supellectilem autem patrisfamil. instrumentum esse nemo dubitat.*

REprehenditur etiam Papinianus in eo, quod dixit, legato domus instructæ non contineri mensas eboreas, quia omnis supellex continetur: non contineri item libros, quos ille habuit studiorum suorum causa, quoniam & hi continentur legato, §. *instructo item, sup.* Unde etiam apparet quam sit plenum legatum instructi. At in eo tamen approbatur valde quod Papinian. dicitur scripsisse eodem libro Respons. 7. quem solum nominavit ante in §. *Papin.* 1. Quamobrem superiora omnia responsa ejus-
E dem recte vindicamus eodem libro. Scripsisse autem, domo instructa legata, non contineri merces, quæ sunt venales, non contineri pignora inventa in ea domo, quoniam non sunt domus, neque domini instrumenta, cum temporis tantum causa ibi habeantur, ut in *l.* 1. C. *de verb. sig.* Sed addit solemnem exceptionem: *nisi aliud suadeat voluntas defuncti*, ut in specie, quam proposuit, si is, qui testatus est, sit mercator & fœnerator locupletissimus, & totidem filias habeat, quot filios, & 2. filios habeat, totidemque filias, eosque filios & filias heredes scripserit, filiis prælegaverit domum instructam, quia plenissimum prælegatum fecisse intelligitur, qui plures facultates vel ampliores relinquebat. Et hoc est quod ait, *facilem judici voluntatis conjecturam fore, ce-*

teris

teris patris facultatibus examinatis. Et poſtremo in §. *Papin.* 3. legatis rebus omnibus, quæ in domo eſſent, non videri legatas cautiones debitorum, id eſt, nomina, non videri legatas emptiones ſervorum, id eſt, inſtrumenta emptionis ſervorum nondum traditorum. Unde etiam apud Paulum 3. *Sent.* ita alias oſtendi eſſe legendum: *omnibus quæ in domo eſſent legatis, cautiones debitorum emptioneſque ſervorum legato non cedere*. Sed addit Papinian. vulgarem exceptionem, *niſi aliud ſuadeat voluntas teſtatoris*, ut ſi ſervos ipſos legaverit: hoc caſu etiam intelligitur legaſſe emptiones ſervorum, quæ ſunt in ea domo, quod autem eſt in §. *ult.* jam oſtendi in *l.* 9. *de ſupellect.leg.* eſſe etiam ex hoc lib. ſeptimo.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. VIII. Reſponſorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXIV. Famil. erciſcundæ.

Servos inter coheredes tempore diviſionis æſtimatos non emendi, ſed dividendi animo pretiis adſcriptos videri placuit: quare ſuſpenſa conditione mortuos, tam heredi, quam fideicommiſſario deperiiſſe.

UT vero ſeptimus, ita octavus liber totus eſt de legatis & fideicommiſſis: nulla in jure quæſtio diffuſior, quod Digeſta plane demonſtrant, in quibus extenditur iſta quæſtio in ſeptem libros. Hujus legis ſpeciem & ſententiam proponam, ut vere a Græcis interpretibus perſcripta, & expoſita eſt: Quidam duos heredes ſcripſit Cajum & Mævium, Cajum rogavit ſub conditione ut hereditatem, id eſt, portionem ſuam Sempronio reſtitueret: pendente conditione fideicommiſſi heredes ſumpſerunt arbitrum familiæ erciſcundæ, qui inter eos hereditatem divideret: in ea hereditate erant ſervi, quos arbiter facta eorum æſtimatione Cajo in ſolidum adjudicavit: ea lege, ut is viciſſim certam pecuniam Mævio coheredi numeraret pro parte, quam Mævius in eis ſervis habuit. Poſt, ſervi mortui ſunt ſuo fato pendente, vel ut ait ſuſpenſa conditione fideicommiſſi: deinde extitit conditio fideicommiſſi. Quæritur, an Sempronio fideicommiſſario, Cajus teneatur ex cauſa fideicommiſſi cum ceteris rebus, quæ ei pro ſua parte obtigerunt in dividenda hereditate, & ſervos præſtare jam mortuos aut pretium eorum, quod Sempronius intendit, quaſi ſcilicet Cajo perierint ſervi, non ſibi, hac ratione, quia eos ſervos Cajus in ſolidum per adjudicationem æſtimatos accepit, & qui quid ita per adjudicationem judicis accipit, emptor eſt, *l.*7.§.*ſi debitor*, *tit.ſeq.* Emptori autem cuique perit res empta, non alii. Dices ad hæc, partem tantum ſervorum emiſſe Cajum a coherede diviſionis cauſa, facta adjudicatione, & ſervos quidem totos fuiſſe æſtimatos uti oportet, *l. Mævius*, §.*ult.hoc tit.l.ſi idem*, §.*ult.ſup. de juriſdict.* Ceterum non ideo totos emptionis jure poſſideri a Cajo, ſed pro parte coheredis tantum, non pro parte ſua. Dicam etiam quæri tantum de parte, quæ emptionis jure poſſidetur, cui perierit, ſervis ſua morte defunctis? nam partem hereditariam fideicommiſſario periiſſe conſtat, *l.mulier*, §.*ſed enim*, *ff.ad Senatuſconſult. Trebel.* De altera parte, quam a coherede Cajus accepit beneficio adjudicationis, de ea tantum quæritur, heredi an fideicommiſſario, Cajo an Sempronio perierit? Cajus dicit, ſibi nec pro ea parte ſervos deperiiſſe, quia eos non emit ſimpliciter, ſed diviſionis cauſa, alio jure eſſe emptionem ſimplicem, alio emptionem diviſionis cauſa, ſicut de donatione etiam proditum eſt in *l.ſi filiæ*, §.*ſi pater*, *h.t.* Et de emptione dotis cauſa, *l.quoties*, *de re judic.* Et de emptione pignoris cauſa, *l.*2.*de diſtract.pign.* quæ multum di-

A ſtant a donatione vel emptione ſimplici: Cajus dicit, ſe emiſſe partem illam coactum neceſſitate adjudicationis factæ a judice communionis dirimendæ cauſa: aliud eſſe emere ſimpliciter, aliud emere per adjudicationem judicis, hanc emptionem eſſe neceſſariam, illam voluntariam, *l.ſi pign. h.t.* Hanc non tam emendi, quam diviſionis cauſa fieri. Ei qui ſimpliciter emerit, rem emptam perire in ſolidum: at ei, qui per adjudicationem emerit, rem adjudicatam, puta, ſervos adjudicatos in hac ſpecie, & certis pretiis adſcriptos, ut loquitur Papinian. *tranſcriptos, & venditos*, ut in *l.quæſitum*, §.*peto*, *de leg.*3. non perire ei ſoli, non perire ſoli heredi onerato fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis, ſed perire tam heredi, quam fideicommiſſario: heredi pro quadrante Falcidiano: fideicommiſſario pro dodrante, ut Græci recte interpretantur his

B verbis: ἵνα τὸ τέταρτον μέρος. Denique hæc verba Papin. *perire ſervos tam heredi, quam fideicommiſſario*, ſic interpretantur, ut ſcilicet quadrantem damni agnoſcat heres, dodrantem autem fideicommiſſarius. Et ſecundum intentionem Caij Papinianus etiam reſpondit. Et omnino hæc eſt ſententia hujus reſponſi: hæc ſententia Papin. qui etiam hoc ipſo libro in *l.cum pater*, §.*hereditatem*, *de leg.*2. ſimiliter reſpondit non adſtringi unum ex heredibus rogatum reſtituere hereditatem periculo nominum ei attributorum, ſi deteriora facta ſint, aut periculo prædiorum adjudicatorum, ſi deperierint, & omnino ille §. comprobat noſtram interpretationem. In ea igitur permaneamus, & tranſeamus ad eam ſpeciem & interpretationem, quam Accurſ. & fere omnes Latini interpretes & commenti & ſecuti ſunt. Quidam duos heredes ſcripſit, &

C ab eis per fideicommiſſum ſervos hereditarios Titio legavit ſub conditione: heredes ſumpſerunt arbitrum famil. erciſcund. & arbiter (pendente conditione fideicommiſſi ii ſervi communes heredum ſunt) uni ex heredibus æſtimatos in ſolidum adjudicavit, ut potuit, cum ſua cauſa, *l.*12.§.*res*, *h. t.* admiſſa ſcilicet licitatione ejus heredis. Is vero heres pretium, quo ſervos licitatus eſt emit a coherede: coheredi non ſolvit, ſed cavit ſoluturum ſe, ſi deficeret conditio fideicommiſſi, ſi non eſſent ei reſtituendi ſervi fideicommiſſario. Servi mortui ſunt pendente conditione fideicommiſſi. Papinianum ajunt definire hoc loco, eos ſervos periiſſe tam heredi, quam fideicommiſſario, & fideicommiſſario quidem periiſſe, quia fideicommiſſum conditionale aut legatum perimi con-

D ſtat, ſi pendente conditione res, quæ verbis legati aut fideicommiſſi relicta eſt, extincta ſit, *l.neceſſario*, §.1.*ff.de peric. & comm. rei vend.* Et ideo fideicommiſſarium non habere fideicommiſſi perſecutionem: heredi autem periiſſe dicunt, id eſt, ut interpretantur, ei, cui pretium licitationis cautum eſt, cui coheres cavit per ſtipulationem, quia deſiit ei deberi pretium quod cautum eſt: heredi autem alteri, cui ſervi adjudicati ſunt, non periiſſe, quia etſi videatur eos emiſſe, non tamen emptionis principaliter, ſed diviſionis negotium geſſit, atque contraxit: ſi ſimpliciter emiſſet, ei periiſſent ſervi, & pretii nomine teneretur ex cautione. Itemque, ſi in diviſione emiſſet tantum dubium eventum conditionis, quod Accurſius notavit ex *l. propter*, *h. t.* Qua de cauſa hæc verba legis, *non emendi animo ſervos pretiis adſcriptos*, ſic accipienda eſſe cen-

E ſet Accurſ. non emendi ſcil. ſpem: ſic enim in Gloſſa legendum, non ſpeciem: *ſpem*, vocat incertum eventum conditionis præſcriptæ fideicommiſſo. Multæ autem ſunt & magnæ rationes, quæ nos eam rejicere, nec admittere compellunt. Primum, quia pretium licitationis ſolvi ſolet ſtatim, auctio ſcilicet & licitatio fieri ſolet præſenti pecunia, quod hodie exacte ſervatur, *l.a D.Pio*, §.*ſed ſi emptor*, *ff.de re judic.* Græca fide, κατ' ἐνώπιον, ut Auſonius loquitur, juxta illud Varronis δὸς καὶ λάβε, quod omnino fervere ait, nemine habente fidem cuiquam. Ei autem, qui licitatione vicit, & rem abſtulit, ſolet caveri de indemnitate, *d.l.propter*. Non autem ipſe cavere. Caviſſe tamen eum de pretio, non ſolviſſe præſentem pecuniam: quod illi ponunt mera poſitio eſt, quia de eo lex nihil dicit, nequidquam etiam de ſpe empta, ſed de ſervis tantum

emptis diviſionis cauſa. Deinde etiamſi res geſta eſſet, ut illi ponunt, tamen falſum eſt, mortuis ſervis adjudicatis pretium non deberi, quia non deſiit deberi ex ſtipulatione certis modis, certis & cuſtoditis numeris. Deſinit deberi, quod ex ſtipulatione debetur, *l.obligat.*§.1.*de obligat.& act.* inter quos modus hic non eſt. Præterea quæ urgent maxime, hæc verba *legis tam heredi quam fideicommiſſario deperiſſe*, ex collatione fideicommiſſarii neceſſario accipienda ſunt de herede, qui debet fideicommiſſum, & de fideicommiſſario cui debetur: de herede, inquam, cui adjudicati ſunt ſervi, non de herede, cui pretium deberi confingunt: & conſequenter lex accipienda eſt, non de fideicommiſſo ſervorum ſingulari, ſed de fideicommiſſo univerſali, id eſt, de fideicommiſſo hereditatis: nam ſi in fideicommiſſo ſoli ſervi eſſent, ſoli fideicommiſſario deperiiſſent, non etiam heredi, Falcidia non interveniente, quia in fideicommiſſo ſingulari non ſimpliciter, & ſemper intervenit Falcidia, at ſemper intervenit Falcidia in fideicommiſſo hereditatis, *l. in ſingulis, ad l. Falcid.* etiamſi quis partem tantum hereditatis reſtituere rogatus ſit, ex qua heres ſcriptus eſt, quia in ſingulis heredibus ſeparatim ponitur ratio l. Falcidiæ, *d. l. in ſingulis*. Quamobrem recte Papin. dixit, *ſervorum periculum eſſe commune*, heredis ſcilicet pro quadrante, & fideicommiſſarii pro dodrante. Omitto tres interpretationes, quas ultra iſtam, quæ communis eſt, adhibere tentant, una tantum approbata Alberici hoc loco. Quoniam ſunt ſilentio & contemptu dignæ, teneamus veram, præterquam etſi nihil hodie didicerimus, fruſtra a nobis poſitam operam exiſtimare non debemus.

Ad L. LIV. de Don. int. vir. & ux.

Vir uſuras promiſſæ dotis in ſtipulatum deduxerat, eaſque non petierat, cum per omne tempus matrimonii ſumptibus ſuis uxorem, & ejus familiam vir exhiberet: dote prælegata ſed & donationibus verbis fideicommiſſi confirmatis: legato quidem dotis uſuras non contineri videbatur, ſed titulo donationis remiſſas.

IN *l.54.de donat.int.vir.& ux.* hæc proponitur ſpecies: Uxor viro ſtipulanti promiſit dotem certam, & quo tardius eam ſolveret, uſuras certas, cui ſtipulationi uſurarum certi & explorati juris eſt ineſſe tacitam hanc conditionem; *ſi maritus ſuis ſumptibus uxorem exhibuerit, & familiam ejus*, id eſt, *ſervos uxoris*, *ſi ſuſtinuerit onera matrimonii*. Nam ſi in uxorem nullos ſumptus fecerit, uſuræ ei ex ſtipulatione non debentur, quæ promiſſæ intelliguntur ad exhibitionem uxoris, *l.cum poſt*, §.*in domum, de jur.dot.l.in inſulam*, §.*uſuras, ſol.mat.* Porro vir uſuras dotis per omne tempus matrimonii, quod diu ſtetit, nullas exegit, tacite videtur donaſſe & remiſiſſe uſuras dotis, arg. *l.cum poſt, in pr.de jur.dot.* quæ tamen donatio jure civili non valet, *l.ſi quis pro uxore*, §.*ſi uxor.h.tit.* ubi ex Juliani ſententia dicitur, *remiſſionem uſurarum dotis quas uxor viro ſtipulanti promiſit, eſſe donationem illicitam, ſi maritus ſuſtinuerit onera matrimonii, ſi exhibuerit uxorem & homines ejus ſuis ſumptibus*. Et tamen quod poſſet objici ex eodem Juliano refertur in *l.ex animo*, §.*ult.& l.de fructibus, hoc tit.* fructus & uſuris licitam facere donationem. Sed ut tota res paucis explicetur, hoc eſt ſcriptum non de fructibus donatis, ſed de fructibus, qui ex re donata, & uſuris, quæ ex pecunia donata percipiuntur, quoniam & fructus lucratur vir aut uxor, cui donata res eſt, quos ſua opera, & ſuis ſumptibus percipit: lucratur item uſuras, quas ex pecunia donata ſua cura & ſuo periculo redegit, *l.fructus, ſup.de uſuris,d.l.ex animo*, §.*ult.* At remiſſio uſurarum dotis, quam maritus fecit, qui ſuſtinet onera matrimonii, ſane illicita donatio eſt, & donatio fructuum dotis, ſi ex iis uſuris vel fructibus donatarius locupletior factus ſit, quas vel quos potius debuit inferre marito ſuſtinenti onera matrimonii, non ſibi habere, & lucrifacere, quod etiam non faciet, quoniam remiſſio uſurarum dotis, vel fructuum dotis, quibus vir vel uxor locupletior facta eſt, illicita donatio eſt, *l.pro oneribus, C.de jur.dot.l.ſi fructus, C.de donat.inter vir.& ux.* Quod etiam aperte probat hæc lex, dum remiſſionem uſurarum demonſtrat non valere, niſi confirmata ſit, dum demonſtrat, eam indigere confirmatione. Confirmari autem poteſt remiſſio uſurarum dotis, quæ in ſtipulatum deductæ ſunt a marito ex conſtitutione Severi & Antonini & Senatuſconſulto, ſi maritus durante voluntate proficiſcatur e vita, *l.cum hic ſtatus*, §.*ſive autem, hoc tit.* Nam quod Papinianus exiſtimaſſe dicitur in *l.Papinianus, h. t.* quæ eſt ſatis difficilis, orationem Severi & Antonini pertinere tantum ad rerum donationem, id eſt, traditionem vel mancipationem, quibus modis donatio perficiebatur, non etiam ad rerum promiſſionem, puta, ſi quod uxori ſtipulanti maritus ſpoponderit donandi animo, hanc ſcilicet ſtipulationem non confirmari, non convaleſcere ex oratione Severi, etiamſi maritus durante eadem voluntate vita deceſſerit, ideoque mariti heredem ex ea ſtipulatione non poſſe conveniri, quæ eſt ſententia *legis Papinian.* Quæ quidem non excludit remiſſionem obligationis factam donandi animo, ſed obligationem tantum contractam donandi animo. Nec eidem ſententiæ Papin. quidquam obſtat *lex cum hic ſtatus*, §.1.*h.t.* dum ait, mortuo donatore durante voluntate ipſo jure res donatas fieri donatarii, & obligationem eſſe civilem. Quod ait, *& obligationem eſſe civilem*, pugnare videtur cum *d.l.Papin.* Verum ea verba ſic accipienda ſunt, ipſo jure ſilentio & morte donatoris inſecuta res donatas adquiri donatario, res donatas autem, & ceſſas actiones, ſive nomina, donatario facto procuratore in rem ſuam, ipſo jure in donatarium tranſire, & civiles obligationes eſſe, ex quibus jure civili cum effectu donatarius experiri poſſit, ſi in eadem voluntate donatur, qui eas ceſſit, perſeveravit in diem ſupremum. At ſi quid donandi animo ſtipulanti promiſerit, ſi ſe obligaverit viro vel uxori, licet in eadem voluntate perſeveraverit in diem ſupremum, hæc ſtipulatio non convaleſcit ex oratione Severi, excepto uno caſu: ſi interpoſita ſit alimentorum cauſa, *l. ſi ſtipulata, h.t.* ubi annuum ſive menſtruum nihil aliud ſignificat, quam alimenta, ut *l.quædam, de pact.dot.* Si ſtipulanti uxori vir promiſerit alimenta, vel contra, favore alimentorum poteſt dici, hoc caſu ſtipulationem convaleſcere, ex oratione Severi & Antonini, vel confirmari etiam poteſt remiſſio uſurarum dotis per fideicommiſſum, ſi maritus heredem rogavit nominatim, ne uſuras dotis ab uxore exigeret, vel etiam, ut eſt in ſpecie hoc loco propoſita, ſi dotem uxori prælegaverit, & generali ſermone donationes a ſe in uxorem collatas per fideicommiſſum confirmaverit, herede rogato, ne eas ab uxore revocaret, vel etiam per legatum hoc modo: *quæ vivus uxori dedi, donavi, in uſum conceſſi, ei eripi nolo*, ut in *l. ſi quando, de leg.1.l.uxori, de leg.3.* In ſpecie propoſita dotem prælegando, quam uxor promiſit, remittit obligationem dotis, non obligationem uſurarum, quia uſuræ non ſunt pars, ſed fructus dotis, *l. 3. de uſufr. earum rer. quæ uſu conſum.* At titulo donationis; id eſt, generali capite confirmatarum donationum omnium, verbis fideicommiſſi etiam uſuras dotis remittit, confirmatve earum donationem & remiſſionem tacitam, quam arguit longum ſilentium, quoniam poſuit, per omne tempus matrimonii ſiluiſſe virum, nec exegiſſe uſuras dotis. Confirmatio donationum generalis non tantum expreſſas, ſed etiam tacitas donationes confirmat. Et hæc eſt ſententia hujus reſponſi. Multum vero intereſt, donatio facta inter maritos confirmetur ipſo jure, id eſt, oratione Severi, an a teſtatore donatore per legatum aut fideicommiſſum. Nam quæ confirmatur, ipſo jure retrotrahitur, quæ confirmatur legato aut fideicommiſſo, non item, *l.donationes, C.de don.int.vir.& uxor.* quæ ipſo jure confirmatur, capitur ut donatio, quæ ſupremo judicio donatoris, ut legatum vel fideicommiſſum, *l.ex verbis, C.eod.tit.*

Ad §. ult. L. LXX. & L. LXXI. de Leg. II.

§.ult.L.LXX. *Cum autem rogatus quicquid ex hereditate ſupe-*

ſupererit poſt mortem ſuam reſtituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, diminuiſſe, quæ vendidit, non videtur.

Ad L.LXXI. *Sed quod inde comparatum eſt, vice permutati dominii reſtitueretur.*

HEres rogatus eſt reſtituere poſt mortem ſuam, non hereditatem abſolute, ſed quidquid ex hereditate ſupereſſet, ſuperfluum hereditatis. Quibus verbis tacite teſtator dat facultatem heredi diminuendi ex bonis, quia non rogat eum, ut bona omnia reſtituat poſt mortem ſuam, ſed quidquid ex bonis ſuperfuerit tantum. Et ſane poteſt etiam heres ex bonis bona fide, quid libuerit, quid voluerit, diminuere arbitratu boni viri, non maligne intervertendi fideicommiſſi cauſa, *l.deducta*, §.*ult.l.mulier*, §.*ult.l.Imperator*, *l.Titius*, *inf. ad Senatuſc.Treb.* Et ex *Nov.Juſtin.39.* quæ hoc certo fine taxavit, heres ita rogatus poteſt tantum diminuere ex bonis ad finem dodrantis, ut quadrans fideicommiſſario ſalvus ſit. At in hac ſpecie in *l.prox.*§.*ult.ſup.* cujus hic Papin. verſus appendicula eſt, oſtenditur, diminuiſſe ex hereditate heredem non videri, quod vendidit quaſdam res hereditarias, & ex pretio earum alias comparavit, quia non eſt diminutum, quod in corpus patrimonii verſum eſt, *l. pater*, *de adim. leg.* Et ideo ſubjicitur in hac l.71. ex Pap. Res ex ea pecunia comparatas contineri fideicommiſſo, & poſt mortem heredis eſſe fideicommiſſario reſtituendas, quia, ut ait Pap. *vice permutati dominii hoc eſt*, id eſt, pro eo habetur, atque ſi heres rem hereditariam cum alia re permutaſſet, & alteram ſubmiſiſſet in alterius locum. Sententia igitur hæc eſt: Reparatas aut permutatas res ex pretio rerum hereditariarum venire in reſtitutionem fideicommiſſi, de quo agitur. Verum huic ſententiæ duæ leges opponuntur, *l.ſed etſi*, §.1. *de pet.hered.* quæ ait, eum qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide poſſidet, ſi rem hereditariam diſtraxerit, & ex pretio aliam comparaverit, reſtituere vero heredi, qui agit adverſus eum petitione hereditatis, debere pretium, quod redegit ex re hereditaria, non rem comparatam ex pretio: At hic dicimus non pretium fideicommiſſario eſſe reſtituendum agenti fideicommiſſaria hereditatis petitione, ſed rem comparatam ex pretio. Hæc videntur inter ſe pugnare. Accurſ. reſpondet, hic heredem ex pretio comparaſſe aliam rem nomine hereditario, ibi ſuo nomine. Quæ diſtinctio Accurſii Bartolo diſplicet: placet Immolæ & Reinerio, placebit quoque omnibus, ſi ita intelligatur ſecundum mentem Accurſii, quam calumniatur ille: Si bonæ fidei poſſeſſor, vel heres ex pretio rei hereditariæ rem ſui cauſa comparaverit, ut rem verteret in ſuum patrimonium, ut ait *d. l. ſed ſi lege* §. 1. non quod hereditati ea res utilis aut neceſſaria eſſet, tum in petitionem hereditatis vel fideicommiſſi venire pretium, non rem ipſam comparatam ex pretio. Et ſic in *l.ſeq.h.t.* ſi ex pretio rei hereditariæ venditæ heres proprios creditores dimiſerit, proculdubio pretium cadit in fideicommiſſum: ſed ſi rem ex pretio comparatam verterit in hereditatem, ſi interfuerit hereditatis eam comparari, atque adeo hereditatis gratia comparata fuerit ex pretio rei hereditariæ, tum verum eſt, rem comparatam, non pretium venire in petitionem hereditatis, vel fideicommiſſi, quaſi permutatione facta rei hereditariæ cum alia re, & altera re ſubmiſſa in locum alterius. Opponitur etiam ſententiæ hujus legis, *l.cum pater*, §.*dulciſſimis*, *inf. h.t.* Ubi quia teſtator legat fratribus bona materna, non videtur etiam ea bona legare, quæ ex pecunia materna comparavit. Sed hoc ideo, ut breve faciam, quia voluit tantum legare fratribus bona, quæ cum eis communia habuit, quæ erant profecta a matre. Idque apparet ex verbis teſtamenti, quæ proponuntur in *d.*§.*dulciſſimis*. Communia non ſunt, quæ ex pecunia communi comparantur, quæ ex communi pecunia quis comparat ſibi, *l.4.C.comm.utriuſque judi*. Sed hac de re fuſius tractabimus in *l.cum pater.*

Ad L. LXXVII. de Leg. II.

Cum pater filios eorumque matrem heredes inſtituiſſet, ita ſcripſit: peto a te filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis, & prædio Tuſculano, partem hereditatis reſtituas matri tuæ, reſpondi, prædium quidem hereditarium judicio diviſionis, de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte ſua retenturam.

EXplicabo nunc legem, qua nulla eſt in jure æque referta acutiſſimis Papiniani reſponſis, ex quibus duo tantum interpretabor: ea vero eſt *l.77.de leg.2.* Et primum ex iis reſponſum pertinet ad hanc ſpeciem. Pater filium & filiam, & eorum matrem heredes inſtituit, & filiam rogavit his verbis: *Rogo te filia, ut partem hereditatis, ex qua te heredem inſtitui, reſtituas matri tuæ acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis, & fundo Tuſculano*. Fundus Tuſculanus eſt communis omnium heredum, hoc eſt certum. Eum igitur fundum proculdubio filia eſt acceptura de communi, partim jure hereditario, partim jure legati, non de parte ſua, quia is fundus totus non eſt in parte ſua. Quæritur, an etiam ſimiliter pecuniam, id eſt, 100. aureos ſit acceptura de communi, partim jure hereditario, partim jure legati, an de ſua parte jure hereditario totam? Tentari poſſet etiam pecuniam eſſe accipiendam de communi, quia pater dixit, ut eam pecuniam acciperet ex hereditate ſua, quod videtur eſſe ex communi patrimonio inter heredes ſuos: Eſt quæſtio elegantiſſima ad quam ita Papin. reſpondet. Filiam quidem fundum capere partim jure hereditario a ſemetipſa, partim jure legati a coheredibus officio judicis familiæ erciſcundæ cognoſcentis, hoc eſt, fundum Tuſculanum totum eam capere judicio fam. erciſ. Quod judicium diviſionis vocat, non de parte ſua, quia in parte ſua, non eſt totus, ſed de communi. Pecuniam autem totam eam capere, de parte ſua jure hereditario, non de communi, partim jure hereditario, partim jure legati, quia ejus pecuniæ quantitas parti ejus ineſſe intelligitur, licet in hereditate inventa nulla pecunia fuerit, quia in pecunia, quæ legatur, vel quam heres retinere jubetur, vel accipere, vel præcipere, non corpora nummorum ſpectantur, ſed quantitas, quæ ſemper bonis ineſſe intelligitur, *l.* 88. *de verb. ſig.* Quod idem reſpondit etiam *lib.9.* in *l.deducta*, §.*acceptis*, *ff.ad Senatuſconſ.Treb.* Igitur pecuniam totam accipiet jure hereditario, de ſua parte. Nec obſtat quod pater dixit, ut eam pecuniam acciperet ex ſua hereditate, quoniam hereditatem accepit pro portione hereditatis, quam ei reliquerat, quoniam in uſu juris eſt ita loqui, & partem hereditatis vocare hereditatem. Parti nomen dare totius, ex uſu conſuetudinis eſt, hæc eſt ſententia hujus reſponſi. Tranſeo ad ea, quæ ei opponuntur. Opponitur primum huic reſponſo *l. heredes*, §.*ult.* adhibita lege ſeq. *ſup.fam. erciſc.* Quo loco dicitur, coheredi prælegata certa pecunia, certo numero nummorum, ſive pecunia in hereditate inventa ſit, ſive non, eam pecuniam ei eſſe conficiendam de communi, & præſtandam officio judicis fam. erciſc. Quod etiam confirmat Paulus 3. Sent. initio tit. de leg. his verbis: *per præceptionem uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio judicis fam. erciſc.a coheredibus præſtabuntur*: fac, tres eſſe heredes ex æquis partibus, & uni eſſe prælegatos 500. aureos, coheredes ei præſtabunt ducentos, aut de communi venundabunt rem hereditariam, & pretium, quod redegerint ex venditione ad finem 300. aureorum, coheredi præſtabunt. Verum ut reſpondeam, multum intereſt coheredi ſit prælegata pecunia a coheredibus, an coheres retenta vel accepta certa pecunia, nulla demonſtrata perſona dantis, hereditatem reſtituere rogatus ſit. Priore caſu pecunia ei præſtanda eſt de communi, poſteriore caſu ipſe pecuniam retinet de parte ſua, & accipit a ſemetipſo jure hereditario totam, quia ea ſumma parti ſuæ ineſſe intelligitur, nec intelli-

gitur ei eſſe legata a coheredibus; denique totam eam quantitatem capit jure hereditario, & ſi lex Falcidia interveniat, totam imputat in Falcidiam, *l.acceptis in fin.inf.ad leg.Falcid.& d.l.deducta, §.acceptis*. Partes autem fundi, quas a coheredibus accepit, qui pro eis partibus ſunt domini fundi, non imputat in Falcidiam, quia eas capit jure legati, ſed eam tantum partem fundi imputat in Falcidiam, quam a ſemetipſo capit jure hereditario, quoniam placet in Falcidiam tantum imputari ea, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ alio jure, *l.quod autem, & l.ſeq. & l.in quartam, inf. ad leg.Falcid.* Male Accurſ. eam etiam filiam pecuniæ partem accipere a coheredibus contra manifeſta verba legis, quæ dicit, pecuniam filiam accipere totam de parte ſua, ergo a ſemetipſa, non a coheredibus. Inepte etiam idem Accurſ. huic reſponſo opponit *l. ſi fundum ſub conditione, §.ſi libertus, ſupra, tit. proximo*, quod hic legatarius capiat totum fundum, cui legatus eſſe intelligitur, ibi ſervos legatos capiat pro quincunce tantum non totos. Inepte, inquam, quoniam id genus legati, de quo ibi agitur, nihil cum eo, de quo hic agitur, adfine aut propinquum habet, & quæ opponuntur & committuntur invicem, inepte committuntur, niſi inter ſe habeant adfinitatem, & quaſi paritatem aliquam. Primum igitur ibi legatarius non fuit coheres, hic fuit coheres. Item ſervi legati ſunt ibi ab heredibus inſtitutis ex quincunce tantum, non a patrono, qui heres inſtitutus erat ex ſeptunce. Ergo ſervorum quincunx duntaxat legatus eſt, hic vero totus fundus generaliter legatus eſt ab omnibus heredibus, ſed pro parte legatarii inutile eſt legatum, quia heredi a ſemetipſo inutiliter legatur. Alioquin idem deberet legatum pro ea parte, & deberetur eidem, quod fieri nequit: verum & pro ea parte tantum fundum coheres retinet jure hereditario, pro reliquis partibus jure legati *l. legatum, §.1.ſup.tit.prox.*

Ad §. Eorum.

Eorum quibus mortis cauſa donatum eſt, fideicommitti quoquo tempore poteſt, quod fideicommiſſum heredes ſalva Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus, exemplo legatorum, locum habere placuit, præſtabunt: ſi pars donationis fideicommiſſo teneatur, fideicommiſſum quoque munere Falcidiæ fungetur: Si tamen alimenta præſtari voluit, collationis totum onus in reſiduo donationis eſſe. Reſpondendum erit ex defuncti voluntate, qui de majori pecunia præſtari non dubie voluit integra.

SCiendum eſt a donatariis mortis cauſa poſſe fideicommiſſum relinqui, quia legatariis comparantur, & donationes cauſa mortis legatis, *l.Seja, de dote præleg. l.cum hi, §.idem erit dicendum, de tranſact. l.ab eo, C. de fideicommiſſ.* A donatariis autem inter vivos fideicommiſſum relinqui non poteſt, *l.cum quis decedens, §. pater infr. tit prox.* Et a donatariis quidem mortis cauſa Papin. ait in §.1. *hujus legis*, fideicommitti poſſe quoquo tempore, id eſt, vel donationis tempore, vel alio tempore. Et ſubjicit hic, *fideicommiſſum heredes ſalva Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, præſtabunt*. Quid hoc ſibi vult, heredes, inquit, præſtabunt fideicommiſſum, quod relictum eſt, tamen non ab heredibus, ſed a donatariis mortis cauſa, hoc eſt falſum, heredes præſtare fideicommiſſum relictum a donatariis mortis cauſa, quia non heredes rogati ſunt, ſed donatarii. Hi igitur ſoli fideicommiſſo præſtando obligati ſunt, an falſa ſcribit Papinianus? quid dicemus? nimirum hanc eſſe mentem Papin. ut & omnes volunt, heredes præſtare donatariis fideicommiſſum, id eſt, quod fidei donatariorum mortis cauſa commiſſum eſt, ut alteri reſtituerent: Aut brevius, heres præſtare donatariis donata cauſa mortis poſt mortem donatoris, quæ ſunt ſubjecta fideicommiſſo, deducta tamen Falcidia, ſi hereditas ſit exhauſta vel onerata legatis, quia placuit, inquit, Papin. id eſt, placuit Divo Severo exemplo legatorum, & in donationibus cauſa mortis legi Falcidiæ locum eſſe, *l.2. C. de mort. cauſ.donat.l.5.C.ad leg. Falcid.* Donatarii autem, ſi paſſi ſint Falcidiam, tanto minus fideicommiſſario præſtabunt, ipſi non habent deductionem Falcidiæ ex fideicommiſſo, ſed quod ex donatione mortis cauſa Falcidiæ nomine heres deduxit, etiam fideicommiſſum minuit, *l.pœnales, §.ult.ad l.Falcid.l.Plautius, §.ult.de condit.& demonſt.l.facta, §.ſi Titius, ad Treb.l.ſi mihi Stichus, ſup.tit. proximo, l.5.inf.ſi cui pluſq. per l. Falcid.* Male Haloander hoc loco pro *heredes*, legit, *heredi*, nihil eſt mutandum, ſententia eſt congrua, ſi ſic accipiatur ut docui eſſe accipiendam. Hæc autem, quæ hactenus dixit Pap. in hoc §.1. præfationis vice, καὶ ὡς ἐν προθεωρίᾳ, ut Theophil. loquitur, dixit: quod autem præcipue agit iis præfatis & cognitis, hoc eſt, ut doceat, ſi non res omnes, quæ donatæ ſunt mortis cauſa per fideicommiſſum a donatariis relinquantur, ſed pars donationis, veluti tertia aut dimidia, donationem mortis cauſa etiam hoc caſu, & per conſequentias fideicommiſſum quoque minui per legem Falcid. quam inducunt heredes. Nihil igitur intereſſe, donatio tota, an pars donationis fideicommiſſo contineatur. Nam etſi fideicommiſſo contineatur pars tantum tertia donationis, etiam ex ea parte heredes deducunt Falcidiam, & eo minor pars tertia fideicommiſſario præſtatur, quod adhuc ſatis eſt apertum. Verum addit, quod eſt caput hujus reſponſi, aliud eſſe dicendum ſi neque donatio, neque pars donationis fideicommiſſo contineatur, ſed donatarius rogetur fideicommiſſario non præſtare res donatas, aut partem rerum donatarum, ſed alimenta, vel annua dena alimentorum nomine. Hoc enim caſu diminuta donatione per leg. Falcidiam non diminuitur fideicommiſſum alimentorum, ſed de reſiduo donationis, ſi ſufficiat præſtationi alimentorum, alimenta integra, integra annua dena fideicommiſſario præſtantur. Et hoc eſt quod ait, collationis onus, id eſt, alimentorum præſtationem, in reſiduo donationis eſſe ſive conſiſtere: & hoc efficere non favorem alimentorum; ſed voluntatem defuncti, qui non de donatione, aut parte donationis alimenta integra præſtari voluit, ſed de majori pecunia, id eſt, de patrimonio toto donatariorum, quod ideo Gloſſa vocat *onus extrinſecum*, & omnes DD. etiam, qui non aliam linguam didicerunt, quam illam quam didicit Accurſius. Onus eſt extrinſecum, quoniam non ex donatione, vel ex parte donationis relictum eſt, ſed extrinſecus ex omni patrimonio donatarii. Itaque diminuta donatione per legem Falcidiam, concludit, non minui fideicommiſſum alimentorum, videlicet, ſi reſiduum donationis, quod supereſt deducta Falcidia, ſufficiat integræ præſtationi alimentorum, vel ſi non ſufficiat integræ, id omne eſſe præſtandum alimentario, quod eſt in reſiduo donationis ſine diminutione. Quod etiam confirmat *l.liberto, §.1.ff.de annuis leg. & l.maritum, §.ult.ad leg.Falcid.*

Ad §. Mater.

Mater filiis ſuis vulgo conceptis dotem ſuam mortis cauſa donando ſtipulari permiſit, cum aliis heredibus inſtitutis, petiſſet a filiis, viro dotem reſtitui: totum viro fideicommiſſum dotis deberi, ſi Falcidiæ ratio non intervenerit; Ideo retentionem dotis virum habere placuit. Alioquin Falcidiæ partem heredibus, a filiis ex ſtipulatu cum viro agentibus, ex dote eſſe, per in factum actionem reddendam.

IN hoc §. agitur etiam de fideicommiſſo relicto a donatariis cauſa mortis, & de donatione cauſa mortis minuenda per legem Falcidiam, ut & in §.1. Mater cum dotem daret marito permiſit filiis ſuis vulgo quæſitis eam dotem de marito ſtipulari in caſum mortis ſuæ, id eſt, ſi ipſa prior moreretur in matrimonio. In eum quoque caſum mortis ſuæ filiis donando dotem: denique dotem donando ſpuriis mortis cauſa: deinde in teſtamento aliis heredibus inſtitutis, & filiis merito præteritis,

tis, ut nec jure queri possint de inofficioso testamento matris, qui alioquin si essent immerito præteriti, tametsi sint spurii, possent queri de inofficioso testamento, ut est proditum *sup. in tit. de inoffic. testam. l. suspecta*, §. *de inofficioso*, *eod.* si sint immerito præteriti, quæ præteritio pro exheredatione habetur. Mater igitur testamento aliis heredibus institutis, & filiis merito præteritis, ab iisdem filiis marito fideicommissum reliquit, rogando eos, ut dotem quam eis donaverat mortis causa marito restituerent, potuit eorum quibus mortis causa donaverat fideicommittere quoquo tempore, ut dixi in §. 1. id est, non tantum tempore donationis, sed etiam postea in ultima voluntate, ut in hoc §. Per fideicommissum igitur filiis ademit donationem causa mortis, non per pœnitentiam, ne hoc dixeris cum Glossa, alioquin si pœnitentia revocavit donationem causa mortis, fideicommissum a filiis relictum non valet. Ita posita hac specie, adhibenda hæc distinctio est. Aut legis Falcidiæ ratio intervenit hereditate exhausta vel onerata legatis & fideicommissis, & donatione causa mortis supra dodrantem; aut non intervenit ratio legis Falcidiæ. Si non intervenit ratio legis Falcidiæ, quæ minuat donationem causa mortis subjectam fideicommisso, tunc totam dotem filii marito restituere tenentur, & eo nomine si dotem habeant, maritus cum eis agere potest ex causa fideicommissi, & multo magis si dotem non habeant, sed habeat maritus ipse, & illi cum marito agant ex stipulatu, qui illis stipulantibus promisit initio contrahendi matrimonii soluto matrimonio morte mulieris dotem reddi, multo magis dabimus marito retentionem dotis, opposita exceptione doli mali, cui damus actionem & exceptionem damus multo magis, *l. invitus*, §. 1. *de regul. jur.* At si legis Falcidiæ ratio interveniat, quæ minuat donationem causa mortis, quæ minuat dotem, filii cum marito recte & utiliter agent ex stipulatu sine metu exceptionis, ut scil. vel ex dote partem Falcidiæ, id est, dotis quadrantem maritus reddat quem heredes afflagitant jure Falcidiæ, quemque mox a filiis revocabunt actione in factum, id est, utili actione in rem, vindicato quadrante, ut in §. *Mævio*, *inf. in hac l. & l. pen. C. ad leg. Falcid.* Residuæ dotis dodrantis retentionem maritus habet, non totius dotis lege Falcidia interveniente. Et hæc est interpretatio hujus §. satis obscuri. Ex quo insuper notanda est una differentia inter legata & donationes causa mortis, ante constit. Justiniani, id est, ante *d. l. penult.* heredes legatorum Falcidiam sibi servabant, non per vindicationem, sed per retentionem legatorum, *l.* 14. §. 1. *l.* 15. §. 1. *l.* 93. *inf. ad l. Falcid.* Idcoque legatario occupante vacuam possessionem rei legatæ sine voluntate heredis, heredi dabatur interdictum quod legatorum, ut adipisceretur possessionem rei legatæ, & sibi servaret Falcidiam per retentionem possessionis, *l.* 1. *C. quod legat.* donationum autem mortis causa Falcidiam heredes, ut servant hodie sibi & olim quoque teste Justin. in *d. l. penult.* servabant eam sibi per vindicationem, sive per actionem in factum, quæ utilis vindicatio est, quoniam possessio rerum donatarum jure constituta erat apud donatarium, non apud heredes, ut nec possent heredes earum donationum Falcidiam sibi servare per retentionem possessionis, quamobrem necesse fuit eo decurrere, ut heredibus subveniretur data utili Falcidiæ vindicatione adversus donatarios, qui justi sunt possessores rerum donatarum. Et ita in specie proposita, ubi donatarii recuperaverunt dotis quadrantem a marito, confestim heredes eum quadrantem ab eis donatariis revocabunt utili & extraordinaria vindicatione, quæ & in hoc §. & in tit. *de rei vindicat.* sæpe dicitur actio in factum, *l. in rem*, §. *quæcunque*, *l. quæ religios. l. cum autem*, *eod. tit.* Eadem ratio efficit, ut interdictum quod legatorum non pertineat ad donationes causa mortis, quia jus possessionis rerum donatarum mortis causa, non pertinet ad heredes, sed ad donatarios, nec ut legata, ita donationes causa mortis præstantur ab hedib. sed ἀμέσως ab ipso defuncto proficiscuntur, & transeunt in donatarium. Et hoc est satis adnotasse ad hunc §.

A

Ad §. Surdo.

Surdo & muto, qui legatum accipit, ut cum moritur restituat, recte mandatur: nam & ignorantes recte astringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quæritur.

IN hoc §. ostenditur a legatario surdo & muto fideicommissum relinqui posse, vel quod idem est, potest legatario surdo & muto recte mandare, ut cum morietur, rem legatam præstet & restituat alteri: mandari, inquam, mando est verbum fideicommissi, §. *mando*, *inf. l. avia*, §. *pater*, *de condit. & demonstr.* Ergo hoc dicit in hoc §. ab ignorantibus fideicommissum relinqui posse. Ignorantes B fideicommisso adstringi posse. Nam surdus & mutus pro absentibus & ignorantibus habentur, *l. ult. de verborum signif. l.* 29. §. *ult. comm. divid.* Nec sine ratione est quod ignorantes fideicommisso adstringantur. Nam & ignorantes, inquit, ex testamento emolumentum legatorum adquirunt, id est, actionem legatorum, *l. si a furioso*, *de obligat. & action. l. filiusfamil. sup. qui testam. fac. poss. l. ult. C. quando dies leg. cedat.* Rerum autem legatarum dominium adquirunt agnitione, id est, cum agnoscunt legatum & amplectuntur: vel traditione, cum accipiunt legatum ab heredibus, *l. ei qui ita*, *de cond. inst. l. cum vero in fin. de fideicomm. libert.* Ergo rerum legatarum dominium adquirunt scientes, non ignorantes, actionem legatorum etiam ignorantes. Atqui, quod posset objici, res legata dicitur esse legatarii ignorantis vel deliberantis, *l. si par-* C *tem*, *in fine*, *sup. quemadm. servit. amitt. l. magis*, §. *fundum*, *sup. de reb. eorum, qui sub tut. vel cur.* Verum hoc ideo, quia cum actio ignoranti adquiratur, propemodum & res ipsa adquiri videtur, nam in usu est, ut & nostrum, sive proprium esse dicamus id, de quo actionem habemus, *l.* 15. §. *quod annus*, *ad leg. Falcid. l.* 15. *de reg. jur.* sequitur aliud responsum.

Ad §. Hereditatem.

Hereditatem filius cum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus, quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse pœna peremptam placuit, nec fideicommissi conditionem ante mortem filii heredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore D *vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.*

HUjus §. species hæc est: Pater filio heredi instituto electionem dedit, ut filiis suis, qui nepotes sunt patris, id est, filiis nepotibus suis, vel cui ex iis vellet, cum moreretur, hereditatem restitueret. Post mortem patris filius in insulam deportatus est ex delicti causa, deportatione amisit testamenti factionem, quia desiit esse civis, & factus est peregrinus, non tamen amisit jus eligendi, cui liberorum hereditatem paternam restitueret, quia electio pendet ex animi judicio, quod in eo post pœnam manet integrum, & facti est electio potius quam juris. Idcirco capitis deminutione, minore scilicet, veluti deportatione, non amittitur: deportatus amittit ea, quæ sunt juris, non ea quæ sunt facti, *l. lega-* E *tum*, *inf. de cap. minut.* Et hoc Papiniani responsum nominatim ex hoc libro etiam in testimonium attulit Ulpianus in *l. ex facto*, §. *si quis rogatus* 2. *ad Senatusc. Trebel.* ubi ex hoc loco etiam jamdiu docuit observatio tertia, in locum illorum verborum, *cui liber factus fideicommissum restitui velit* (quoniam deportatus non fit servus, ut expectari debeat ejus libertas, sed retinet libertatem, & civitate plectitur sola) esse legendum aut reponendum, *cui liberorum fideicommissum restitui velit*. Proinde hujus fideicommissi conditio, ut Papinian. ait, non existit ante mortem filii naturalem, licet deportatus sit: quia & post deportationem potest eligere, cui liberorum fideicommissum restitui velit: moriente filio is quem elegerit, vocabitur ad hereditatem fideicommissariam,

riam, ceteri excludentur: si neminem elegerit, omnes vocabuntur ad hereditatem pro virilibus portionibus, ut in *l. unum ex familia*, *§. si duos*, *sup. hoc tit.* Aliud tamen dicendum esset, ut docet Ulpianus supradicto loco, filio damnato in metallum, quæ maxima est capitis diminutio, ut deportatio, minor capitis diminutio. Maxima in omni jure morti comparatur semper, quæ plectit civitate, & libertate, quæ servum & peregrinum facit, minor autem non semper morti comparatur, non in hac specie, non etiam in specie legis, *sed si mors*, *de donat. inter vir. & uxor.* non etiam in specie legis *si intercedat*, *de condit. & demonstrat.* Ideoque deportatus jus eligendi non amittit: damnatus in metallum jus eligendi amittit, & statim fideicommissi persecutio filiis ejus competit, non exspectata morte naturali patris, quæ jam contigisse intelligitur: nec post damnationem editi liberi ad fideicommissum admittuntur, *d. §. si quis rogatus*: post damnationem reliqui liberi ad fideicommissum admittuntur, quia conditio fideicommissi, quæ semel extitit, nunquam resumitur, *l. pater*, *§. ult. de condit. & demonst.*

Ad §. Qui Dotale.

Qui dotale prædium contra l. Juliam vendidit, uxori legatum dedit, & emptoris fideicommisit, ut amplius ei pretium restituat, emptorem fideicommissi non teneri constabat, si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio, doli placuit exceptione summoveri.

NOtissima est l. Julia de fundo dotali, quæ vetat fundum dotalem alienari vel pignerari a marito, quamvis maritus, ejus fundi dominus sit; sed dominus, non quidem simpliciter, sed dotis causa. Quid igitur si maritus fundum dotalem quandoque vendiderit, & tradiderit emptori, & ab eo pretium acceperit, potestne hæc venditio quandoque soluto matrimonio mulieri esse fraudi? Minime vero, quoniam ex l. Julia uxor soluto matrimonio irritam venditionem facere potest, vindicato fundo ab emptore, nec oblato & reddito pretio, quod emptor marito intulit, quia illicita venditio est, *l. 3. C. de rei vindicat. l. si sciens*, *C. ad Senatus. Vell.* Sed si maritus vendidit quidem & tradidit fundum dotalem, sed pretium nondum acceperit ab emptore, quæ est species hujus §. Nam falso fingunt, maritum accepisse pretium ab emptore. Ponamus igitur, maritum fundum dotalem vendidisse, & tradidisse, pretium nondum accepisse, & morientem legasse uxori ab herede rem certam, & hoc amplius, ponamus emptoris, qui nondum pretium solverat fideicommisisse, ut uxori pretium restitueret & solveret. Hoc casu emptor quidem fideicommisso non tenetur. Idque constat inter omnes, quia scilicet uxore irritam faciente venditionem, ex post facto apparuit, emptorem marito pretium non debuisse: nec enim de pretio tenetur emptor, cui res empta evincitur, *l. 5. l. si fund. C. de eviction.* Apparet igitur, emptorem non fuisse debitorem mariti, debitor fideicommisso tenetur, quia ex constitutione Divi Pii etiam a debitore fideicommissum relinqui potest, *l. si pecunia*, *sup. tit. prox. l. cum quis decedens 35. §. pater*, *in fine*, *tit. seq.* At hic emptor debitor non fuit mariti, nihil etiam ei dedit maritus, ut eum fideicommisso obstringere possit, cui nihil dederis, non est recipiendum, ut eum rogando obliges, *l. 6. in fine tit. seq.* De suo quemque largiri oportet, non de alieno. Verum in proposita specie uxore irritam faciente venditionem fundi, & vindicante fundum dotalem ab emptore post mortem mariti emptor oblato pretio, quod ab eo uxori venditoris relictum est per fideicommissum, ultro oblato pretio, quod initio extorqueri non potuit, quia eum fideicommisso non teneri constabat, ultro tamen oblato pretio mulierem vindicantem fundum dotalem repellet exceptione doli mali, si doceat eam agnovisse legatum, quod ei maritus reliquit ab herede; quia irritam facit venditionem vindicando fundum, facit contra voluntatem testatoris, cui tamen, cum legatum agnoverit, parere necesse habuit, quia in fideicommisso dicendo *amplius*, ut scilicet emptor amplius uxori pretium restitueret, & repræsentaret, quod verbum *amplius* tantundem valet, quantum, *hoc amplius*, *l. qui ita*, *de dote præleg. l. si servus legatus*, *§. si ita sup. tit. prox.* In fideicommisso dicendo *amplius*, vel *hoc amplius*, testator satis demonstravit, se ideo uxori legatum rei certæ relinquere ab herede, & pretium fundi venditi ab emptore, ne venditionem rescinderet, ne venditionem faceret irritam; & vinciendo, connectendo legatum rei certæ cum fideicommisso pretii, hoc articulo *amplius* demonstravit, causam sibi esse eam relinquendi pretii, & legandæ rei certæ: causa autem relinquendi pretii, quæ alia est, quam ne fundum uxor avocet emptori: Ergo & eadem est causa legati, ut ratam faciat emptionem venditionem fundi dotalis; denique hic articulus *amplius*, repetit legatum; ac si dixisset *amplius quam quod uxori ab herede meo legavit*, *emptor ei restituito pretium fundi dotalis*, *quem tibi vendidi*, & legato ea ratio adjicit causam, quæ fideicommisso inest. Eadem verba *hoc amplius*, vel simpliciter *amplius*, sæpe magnam vim habent magnumque motum. Alias adjiciunt diem vel conditionem, *l. si tibi pure*, *tit. seq.* alias adjiciunt collegatarium, *l. 13. tit. seq.* alias adjiciunt vires & robur legato inutili, *l. legata inut. sup. tit. prox.* Denique magni momenti sunt in hoc responso, conficiunt totum negotium, quia legato priori relicto ab herede adjiciunt causam, quæ inest fideicommisso. Rejiciantur Glossæ omnes & commenta Doctorum ad Glossas, qui ad Papin. supplent, quæ Papiniano non venisse in mentem verba ejus produnt satis: neque enim in necessariis ex Papiniani brevitate quicquam unquam solemus desiderare, supervacuis caret ταυτολογίαις, sed certe minus non dicit quam quod dici oporteat. Et cogor ob eandem causam hoc loco tractare id, quod in §. 1. hujus legis eorum vestigia subsequutus verba Papiniani prætergressus sum: Si ex donatione causa mortis heres Falcidiam detrahat, sive a donatario causa mortis tota donatio, sive pars donationis per fideicommissum alii relicta sit, minuitur fideicommissum. Fac, ut res sit aperta, donationem esse ABC, fideicommissum B, Falcidiam heres detrahit non solum de AC. sed etiam de B. quod est fideicommisso. Minuitur ergo fideicommissum nec præstatur integrum, licet potuerit ex residuo donationis præstare integrum. Verum aliud dicendum est, si fideicommisso neque donatio, neque pars donationis contineatur, sed donatarius rogetur alii, verbi gratia, annua dena præstare alimentorum nomine, & patiatur donatarius Falcidiam, quia dicendum est, præstationem annuam non consistere in donatione tota, sed in residuo donationis, quod superest deducta Falcidia. Quod si abunde sufficiat præstationi annuæ, integram eam præstari sine deminutione: Fac, in donatione esse fundum ferentem annua sexaginta, in fideicommisso annua 10. Falcidiam abstulisse quartam partem fundi, quæ ferebant annua 15. ex residuo fundo fideicommissario, sive alimentario integre annua 10. præstabuntur, non favore alimentorum, sed ut ait ex d. §. 1. ex voluntate defuncti, qui de majori pecunia haud dubie præstari voluit integra alimenta, nunquam relinquuntur alimenta alii, nisi ex majori reditu quodam, ex majori pecunia, quæ resideat, aut relinquatur ei qui oneratur fideicommisso. In exemplo autem proposito major est pecunia residua, quia resident apud donatarium tres partes fundi, quæ fuerunt 45. quotannis. Ergo annua dena integra alimentario præstabuntur: si eadem aut minor sit pecunia residua, proculdubio tunc minuetur etiam fideicommissum alimentorum, & hoc est verius & convenientius verbis Papiniani, quibus nunquam utitur irreligiose, quam quod DD. tradunt, quos sequebar in d. §. nudius tertius, accipientes majorem pecuniam pro toto patrimonio donatarii, & nihilominus admittentes diminutionem fideicommissi, si residua pucunia non sufficiat inte-

integræ præftationi, quod eft abfurdum & incongruum: nam fi debentur ex toto patrimonio donatarii: ergo non diminuuntur, etiamfi donatario diminuatur, nec fufficiat integræ præftationi alimentorum.

Ad §. Mævio.

Mævio debitori fuo reus ftipulanti mandavit, ut Titio, cui mortis caufa donabat, pecuniam debitam folveret; cum fciens dominum vita deceffiffe, Mævius pecuniam dediffet: non effe liberationem fecutam, conftitit: nec fi Mævius folvendo non effet, in Titium adjectionem folidi vel jure Falcidiæ dandam effet: quia mortis caufa cepiffe non videretur. Diverfum probandum foret, fi Mævius ignorans dominum vita deceffiffe, pecuniam errore lapfus dediffet: tunc enim portio jure Falcidiæ revocaretur.

DEbitori meo mandavi inter vivos, non per fideicommiffum, ut Titio ftatim vel me vivo pecuniam debitam folveret: non mandavi, ut etiam ei folveret poft mortem, fed ut ftatim vel me vivo pecuniam mihi debitam folveret L. Titio, cui eam donabam mortis caufa: ego mox vita defunctus fum, mandatum morte mea finitum eft: (Mandatum finitur morte mandantis, *l. mandatum, C. mandati*. Sicut juffum morte jubentis, *l. fi per epiftolam, ff. de adquir. hered.* & ceffitia tutela morte cedentis apud Ulpian. *tit. de tutelis*.) Et in fpecie propofita fi quidem debitor meus fciens mortem meam, atque adeo finem mandati, folverit L. Titio, non liberatur, *l. ult. de folut.* in qua fic eft legendum, ut probavit omnibus obfervatio prima: *Ei autem cui juffi debitorem meum folvere*, & illud *folvere*, eft fubdiftinguendum: poft mortem meam non recte folvitur, quia mandatum morte diffolvitur. At fi debitor meus ignorans me vita deceffiffe: per errorem pecuniam folverit L. Titio, ex æquo & bono liberatur, *l. inter, §. 1. mand, l. pen. fup. de reb. cred. §. recte, inft. de mand.* Quibus præmiffis finge: ego vita deceffi: morte mea finitum eft mandatum pecuniæ folvendæ Titio finita & extincta donatio caufa mortis, quia donatario ea pecunia recte folvi non poteft poft mortem meam. Finge, inquam, mandatarium debitorem meum non ignorantem mortem meam pecuniam L. Titio folviffe: non liberatur, ut præmifi, & ideo heredi meo tenetur ex ftipulatione, vel ex alia caufa, ex qua mihi tenebatur, fed fi forte folvendo debitor non fit, fi inanis fit actio propter ejus inopiam, quam in eum heres meus intendit, an heredi meo eft actio in L. Titium, qui pecuniam accepit a fciente, ut fcil. eam pecuniam reddat totam, vel faltem partem Falcidiæ, quod interveniat ratio legis Falcidiæ, & heres defideret Falcidiam etiam ex donatione caufa mortis fecundum conftitutionem D. Severi, de qua diximus in §. 1. Et refpondet Papinian. heredi nullam effe actionem in Titium, quia cum eo nullum negotium geffit, & pecuniam non habet ex mea donatione caufa mortis, quæ extincta fuit morte mea, fed eam pecuniam habet ex donatione inter vivos debitoris, qui intelligitur ei donaffe, quod fciens indebitum folvit, *l. cujus per errorem, de reg. jur.* Aliud dicendum eft, fi ignorans mortem meam bona fide animo exequendi mandati mei, ei folverit, nam hoc cafu heres aget actione in factum, ut dixi in §. *mater, fup.* id eft, utili vindicatione Falcidiæ: heres Falcidiam a L. Titio revocabit quafi donatario caufa mortis, quia eodem loco res effe cenfetur, ac fi L. Titius eam pecuniam accepiffet ex donatione caufa mortis, propter errorem & ignorantiam folventis: neque dicas ignorantiam debitoris prodeffe L. Titio contra *l. iniquiffimum, de jur. & fa. ign.* quia imo nocet cum patiatur Falcidiam L. Titius, quam non pateretur, fi fciens debitor ei folviffet.

Ad §. Cum Pater.

Cum pater fideicommiffum prædiorum ex teftamento matris filiæ deberet, eandem pro parte ita heredem inftituit, A *ut hereditatem fideicommiffo compenfaret, eademque prædia filio exheredato dari voluit, quamquam filia patris hereditatem fufcipere noluiffet, fideicommiffum tamen ab heredibus effe filio præftandum, ad quos hereditatis portio, quam accepit filia, redierat, placuit. Quod fi alium filiæ fubftituiffet, eum oportere filio fideicommiffum reddere.*

HUjus fpecies hæc eft: Pater filiæ fuæ emancipatæ prædia quædam debuit, aut debet prædia quædam a fe herede inftituto teftamento uxoris, eidem filiæ, verbis fideicommiffi relicta. Idem vero pater in teftamento fuo filium exheredavit, filiam adjectis coheredibus extraneis heredem inftituit ex parte, ea lege ut hereditatis partem compenfaret cum fideicommiffo prædiorum, quod ei pater debuit ex teftamento matris, B filio autem exheredato, ab eadem filia fupradicta prædia fideicommiffum reliquit: deinde mortuo patre filia repudiavit hereditatem paternam, & portio ejus adcrevit coheredibus, vel, ut loquitur, portio quam accepit, id eft, quæ ei teftamento adfcripta eft, rediit ad coheredes: redire dicitur hereditas non tantum ad agnatos jure legitimo, ut *l. 3. fi quis omiffa caufa teftam. l. Jurifconfultus, in princ. de grad. & adfin.* fed etiam ad coheredes jure adcrefcendi. Portio igitur filiæ repudiantis adcrefcit coheredibus, vel etiam transfertur ad fubftitutum, fi quem filiæ fubftitutum dederit pater, & fubftitutus præfertur coheredib. *l. 2. §. fi duo, inf. de bon. poff. fecund. tab.* nifi aliud fuadeat voluntas defuncti, ut in *l. quidam, ff. de vulg. fubft.* Duo autem funt, quibus fupradicta prædia heredes patris debent. Nam & ea debent filiæ ex teftamento matris, C quo a patre herede fcripto ea prædia filiæ per fideicommiffum mater reliquit, & eadem quoque debent filio exheredato ex teftamento patris, quo a filia herede fcripta eadem prædia filio exheredato per fideicommiffum pater reliquit: verum hoc loco agitur tantum de fideicommiffo illo prædiorum, quod relictum eft teftamento patris, & debetur filio exheredato. Et quamvis filia, a qua relictum eft filio exheredato, hereditatem repudiaverit, tamen non ideo minus prædia deberi filio exheredato ait, nimirum deberi a coheredibus, quibus portio filiæ adcrevit, vel a fubftituto filiæ, qui portionem filiæ occupavit jure fubftitutionis, fideicommiffa ab herede relicta videri repetita a fubftituto & a coheredib. qui quafi fubftituti cum fuo onere confequuntur adcrefcentem portionem, videlicet poft refcriptum Divi D. Severi, de quo in *l. licet, fup. tit. prox. l. 61. in fi. hoc tit. l. 4. C. ad Senatufc. Trebell.* Quod non obtinuiffe ante Severum liquet ex Celfo, qui fuit longe antequam Severus rerum potiretur, *l. 29. hoc tit.* Quoniam jure veteri, quod uni ex coheredibus nominatim fideicommiffum erat, ita demum videbatur teftator præftari voluiffe, fi ille heres extitiffet, quod fi non extitiffet, portionem illam vacantem adcrefcere coheredibus fine onere fideicommiffi, obvenire fubftitutis fine onere fideicommiffi. Quod igitur hoc loco ait, *placuit*, fic interpretari debemus, ut & in §. 1. *h. l. placuit Divo Severo*. De fideicommiffo eorundem prædiorum filiæ relicto teftamento matris hoc loco non agitur, quia de eo minus dubitabatur, & conftabat coheredibus & fubftitutis, ad quos redit portio heredis repudiantis, incumbere onus æris E alieni, quod defunctus debuit heredi, qui repudiavit, quique noluit æs illud fuum compenfare cum hereditate, *l. cum ab uno fup. hoc tit.* Sed ab eo vel ea coguntur coheredes vel fubftituti ea prædia redimere, fi ea velit vendere jufto pretio, & præftare filio exheredato, aut eorum æftimationem, ut in *l. non dubium, §. ult, tit. feq.* Quamobrem recte ftatuunt DD. hoc loco contra Hugolinum, nihil huic refponfo derogari per Novell. 39. *de reftitut.* vel authenticam, *res quæ, C. comm. de leg.* quæ vetat invito fideicommiffario alienari, ergo & legari directo vel per fideicommiffum, ea quæ funt fideicommiffo fubjecta five obnoxia. Nam & ea quoque prædia invita filia non tranfeunt ad filium exheredatum: neque enim ea fubftitutis vel coheredibus diftrahere compellitur; verum

rum

rum ea nolente distrahere, filio exheredato præstatur æstimatio. In extremo versu hujus §. Haloander male legit *filiæ*, pro *filio*, secutus sum Florentinam scripturam. Alterum responsum est in §. evictis, cujus species hæc est.

Ad §. Evictis.

Evictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus & coheredibus actio erit, si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus prælegata restituere, nisi parati fuerint & ipsi patris judicium fratri conservari.

PAter filios heredes instituit; uni ex eis per fideicommissum a coheredibus reliquit prædia quædam aliena, quæ sua esse credebat: dominus filio evicit prædia. Quæritur, an habeat filius eo nomine actionem aliquam adversus fratres consortes, quod sibi ea prædia habere non liceat, quæ ab eis legavit pater? Et respondet, ei cum fratrib. nullam esse vel competere eo nomine actionem. Objicies statim, imo esse petitionem fideicommissi, quia etiamsi quis errore lapsus conjunctis personis rem alienam reliquerit, cujus se dominum esse credebat, legati aut fideicommissi petitio est, *l.cum alienam*, *C.de leg.* vel si reliquerit uxori *l.quoties inter, de aur. & arg.leg.* vel alii tali personæ, ut ait *d. l. cum alien.* puta alumno, ut in *l.in testament.inf.de fid. libert.* vel heredi scripto, *l.heredi*, *inf.ad Trebell.* quia manifesta est affectio defuncti erga heredem, quem donavit honore præcipuo institutionis. Ergo sive quis sciens, sive ignorans rem alienam legaverit conjunctæ personæ, vel alii tali personæ, legati petitio est. Idque est verissimum. At vero contra objiciam & respondebo, filio etiam hoc loco non denegari petitionem fideicommissi, si nondum præstitum est, sed evictis prædiis, quæ ei præstita sunt ex causa fideicommissi, denegari actionem de evictione in id, quod interest, prædia evicta non esse adversus coheredes: nam heredes legatariis vel fideicommissariis, quibus res certa relicta est, de evictione non tenentur, *l.si a substituto*, *in fin.l.si legati servi*, *sup.tit.prox.* quia legatarii & fideicommissarii sunt lucrativæ rei possessores, ut ait Paul. 5. *Sentent. tit.*11. Et hæc est sententia prioris partis hujus §. Subjicit in posteriori parte, aliud esse dicendum, si pater filios heredes instituerit, & inter eos bonorum suorum divisionem fecerit, quod facit certas res singulis prælegando, ut in *l.*3.*§.quidam*, *inf.ad Trebell. l.*33.*sup. fam.ercisc.* ut rectissime Accurs. in *l.nomen*, *§. ult. tit.seq.* prælegavit, sic interpretatur, *per divisionem adsignavit, vel attribuit*. Et illa quidem *l.*33. *famil. ercisc.* omnino congruit cum hac posteriori parte hujus §. Ex quo apparet non omni ex parte hoc responsum esse singulare, quod tamen omnes nostri DD. tradunt. Ex his vero sequitur, officio arbitri famil.ercisc. sive dividendæ hereditatis contineri in specie proposita, ut unicuique filiorum res, quæ relictæ sunt & distributæ a patre, solidæ præstentur. Quod fiet, quia singulæ res hereditariæ sunt communes inter filios jure ipso, & singuli in singulis rebus hereditariis habent partes hereditarias. Id, inquam, fiet facta invicem permutatione partium; nam ut eleganter ait §. *hereditatem*, *infra hac l. permutatio partium rerum communionem discernit*, atque ita genere permutationis divisio bonorum quam pater facit, & inter filios ad effectum & emolumentum perducitur: ex hac permutatione autem exemplo emptionis & venditionis, cui proxima & adfinis est, nascitur evictionis nomine actio præscript. verbis, *l.*1.*& 2.C.de rer.permut.l.si familiæ*, *C.famil.ercisc.l.si fratres*, *C.comm.utriusque jud.* Quamobrem ex voluntate patris operam dabit judex familiæ erciscundæ, ut ita demum partes prælegatæ coheredibus præstentur, si & ipsi vice mutua partes suas præstent, & in se vicissim detrimentum & periculum evictionis recipiant, ut æquum in omnium filiorum persona conservetur judicium, & voluntas, sive divisio partis. Et hoc vult in posteriori parte hujus responsi. Totius summa hæc sit. Facta & perfecta divisione bonorum inter filios, quasi ex permutatione alios aliis teneri de evictione: uni legata re certa una vel pluribus, alios de evictione non teneri. Neque primum obstat huic definitioni *l.non quocunque*, *§.*1.*sup. tit. prox.* quam objicit Accursius, quia non dicit, heredem legatario rei certæ, certive corporis teneri de evictione, sed legatario, qui non ex causa legati, sed ex alia causa lucrativa rem legatam nactus est, quamdiu eam rem tenet ex alia causa lucrativa, non esse legati petitionem, quia regulariter traditum est, duas causas lucrativas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse, *§.si res aliena*, *Instit.de leg.* Sed si forte ea res, quam nactus est ex alia causa lucrativa ei evincatur, tum incipit legatario esse petitio legati finita causa lucrativa. Et ea est sententia §.1. unde apparet eum §. esse de actione legati, non de actione evictionis. Nihil etiam obstat *l.scimus*, *§.*1.*C.de inoff.test.* quam ibidem opponit Accurs. ex qua filio evicta legitima portione, quæ ei relicta erat, datur querela inofficiosi testam. vel supplementi actio. Hoc nihil obstat, quia *d.l.scimus*, de filio exheredato loquitur: hoc autem loco agitur de filio herede instituto, cui evictis prædiis legatis, non evincitur portio legitima, cum supersit institutio, quæ sufficit ad portionem legitimam: nihil etiam superiori definitioni obstant leges, quæ loquuntur de homine incerto legato, veluti hoc modo, *servum illi dato*, de homine generaliter legato, vel de qua alia re generaliter legata, quo casu ejus rei, quam elegerit & præstiterit, heres evictionem præstat, quia non videtur præstitisse, quod ita præstitit, ut habere legatarius, & perpetuo jure possidere non possit, *d.l.si a substituto*, *§.*1.*l.si domus*, *§.*1.*eod.tit.* qui est accipiendus etiam de legato generis. *l. qui concubinam*, *§. si heres*, *tit. seq. l. heres*, *de evict.* Hoc enim loco non agitur de re legata generaliter, & indistincte, sed de re certa legata specialiter, certis prædiis, & satis est talem rem præstari, qualis est, quod & M. Tullius Prodidit 3. offic. *In mancipiorum venditionibus*, inquit, *venditorum fraus omnis excutitur: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, præstat edicto ad lium.* Heredum alia causa est, id est, heredes non tenentu præstare, sanum esse servum legatum, quod tamen venditores præstare debent ex ædilitio edicto, ut in *l.si a substituto*, *§.*1. ac similiter heredes non præstant evictionem servi legati specialiter. Ac postremo notandum est, non abs re initio hujus §. Papinianum posuisse, patrem ignorasse prædia, quæ filio verbis fideicommissi reliquit, aliena sed sua esse existimasse, quoniam si sciens aliena prædia legaverit, conjectura voluntatis exigit, ut coheredes præstent evictionem, quia omnino ea filium voluit habere, qui scivit esse aliena & legavit. Totum facit hac in re voluntas defuncti, qui onerare coheredes potuit. Et hoc Accursius notat recte in l.*Sticho*, *in fi.de usuf.leg.*

Ad §. Pater.

Pater certam pecuniam exheredatæ filiæ, verbis fideicommissi reliquit, eamque nupturæ dotis nomine dari voluit, filio dotem stipulante, cum filius minorem dotem dedisset, superfluum esse filiæ reddendum constabat. Divortio quoque secuto, fideicommissum filiam recte petituram, ut actio stipulationis sibi præstetur, quoniam verisimile non erat, patrem interponi stipulationem voluisse, quo filia post primas nuptias indotata constitueretur; ceterum si postea nuberet ad secundas nuptias cautionem extendi non oportet.

PAter filiam exheredavit, filium heredem instituit, eumque rogavit, ut exheredatæ filiæ sorori suæ cum nuberet trecentos aureos daret dotis nomine, marito numerandos, a quo marito jussit etiam, ut idem filius stipularetur soluto matrimonio dotem sibi reddi. Filius autem nubenti sorori non dedit trecentos aureos, sed ducentos tantum dotis nomine: invento tam optimo viro, qui ea dote contentus esset, & ut jusserat pater, stipula-

tus

tus eſt eam dotem ducentorum ſoluto matrimonio ſibi reddi. Quæritur, an reſidua centum, quæ ſunt in fideicommiſſo, filiæ debeantur? Et reſpondet deberi, nec filium minuere poſſe fideicommiſſum dotis, quod taxata certa quantitate filiæ reliquit pater, etiamſi induſtria ſua effecerit, aut gratia, ut nuberet ſoror in familiam claram & ditem: fratris eſſe, bene collocare ſororem, nihilque ei exheredatæ detrahere, maxime vero ex eo, quod dotis nomine reliquerit pater, nam & pater ipſe poſt teſtamentum factum, ſi minore pecunia filiam in matrimonium collocaſſet, reſiduum fideicommiſſi filiæ deberetur, *l.22.in fine, hoc tit.* Rurſus quæritur, ſi divortio ſolvatur matrimonium, an maritus cogatur actione ex ſtipulatu filio dotem reddere? Quod videtur, quia juſſu patris filius generaliter ſtipulatus eſt ſoluto matrimonio dotem ſibi reddi. Sed quia non eſt veriſimile, patrem, qui filium juſſit ſtipulari, voluiſſe poſt primas nuptias filiam indotatam manere, filia jure fideicommiſſi conſequetur, ut frater ſibi cedat actionem ex ſtipulatu adverſus virum, vel ſi jam frater dotem exegerit a viro, ut eam ſibi reſtituat; denique conjectura voluntatis & pietatis paternæ non patiatur; ut in alium caſum ſit filio efficax repetitio dotis ex ſtipulatione, quam in caſum mortis filiæ, non etiam divortii, & eadem ratione, nec in caſum mortis mariti, ne mulier maneat indotata, arg. *l.15.ſup. de pact.dot.* Divortio igitur aut morte mariti ſoluto matrimonio, dos filiæ integra ſervatur, qua iterum nubat: iterum nubet ſi velit, & qua forte ſi nubat eidem vel alii, invita ea non licebit filio de novo marito ſtipulari ſoluto matrimonio dotem ſibi reddi, quia de primis tantum nuptiis cogitaſſe videtur pater, non de ſecundis; ut ſcilicet de primo marito dotem ſtipularetur, non de ſecundo: & ſecundus poteſt eſſe idem ipſe redintegrato matrimonio. Et ita in illa lege notiſſima *boves*, §.1.*de verb.ſign.* dicitur hoc ſermone, *quum nupta erit*, ſignificari primas, non ſecundas nuptias. Et hæc eſt ſententia hujus reſponſi ſumme notanda, quam equidem nolim temere produci ad quamcunque aliam ſpeciem diſſimilem. Et valde diſplicet Cyni & Bartoli opinio, qui eam producunt ad hanc ſpeciem quaſi ſimilem, quæ uſu contingit ſæpe. Teſtator juſſit die obitus ſui dari civibus vel collegis, vel pauperibus, vel aliis certam pecuniam: non erit, inquiunt Cyn. & Bart. ea pecunia, niſi ſemel præſtanda, quo anno obierit mortem teſtator, non ſequentibus: hoc eſt falſum. Diſſimilis enim eſt ſpecies, & jus etiam diſſimile: Nam aliud eſt jubere heredem ſtipulari dotem quæ nupturæ filiæ relinquitur, quod de prima vice, qua filia nupſerit, intelligitur, quia non quotannis hæc res agitur, ſed ſemel tantum cum voto perpetuæ & individuæ conſuetudinis, ut in *l. 1. de jur. dot.* Aliud vero eſt jubere heredem dare aliquid certis perſonis die obitus ſui, vel die natalis ſui, nihil refert, quæ res quotannis fungi & repeti poteſt. Et vero veriſimile etiam eſt, teſtatorem non in primum annum id dediſſe, ſed & in ſequentes annos. Et ita etiam proditum eſt in *l. cum quidam*, *l. annua*, *§.ult.l.pen.ff.de ann.leg.* Sunt leges elegantiſſimæ. Videamus etiam, an verum ſit, quod hic Accurſ. notat, non eſſe ſequendam voluntatem teſtatoris, ſi in ſpecie propoſita expreſſim in omnem caſum ſoluti matrimonii, divortii ſcil. vel mortis alterutrius, juſſerit filium dotem ſtipulari. Movetur duplici ratione. Unam ſumit ex favore dotis; At ut reſpondeam, favor dotis non adeo eſt magnus, ut non poſſit pater initio conſtituendæ dotis legem ſubjecta ſtipulatione dicere ſuæ rei quam velit, antequam dos fiat, *l.quoties, ſol.matrim.* Itaque & hanc legem dicet ſuæ rei mox vertendæ in dotem, ut eam dotem maritus quoquomodo ſoluto matrimonio reſtituat filio ſtipulanti. Quidni? Alteram rationem dicit Accurſ. ex eo jure, quo portio legitima debetur filiis & filiab. At ut reſpondeam, debetur gratis tantum portio legitima, non ingratis & male meritis, qualem fuiſſe filiam in hac ſpecie exheredatio demonſtrat, quam injuſtam eſſe pronuntiatum non fuit: nec enim proponitur, filiam egiſſe querela inofficioſi teſtamenti & cauſam tenuiſſe. Ideoque non

A eſt, cur, ſi hoc nominatim expreſſerit pater in teſtamento, dotem ſtipuletur filius ſibi reddi in omnem caſum, & recte etiam agat in omnem cauſam, ſive caſum. Sequitur aliud reſponſ. in §. *a filia*.

Ad §. a Filia.

A filia pater petierat, ut cui vellet ex liberis ſuis prædia reſtitueret. Uni ex liberis prædia fideicommiſſi viva donavit, non eſſe electionem propter incertum diem fideicommiſſi, certæ donationis videbatur. Nam in eum deſtinatio dirigi poteſt, qui fideicommiſſum inter ceteros habiturus eſt, remota matris mortis electione.

B PAter filiam heredem inſtituit, & eam rogavit, ut cui vellet ex ſuis filiis prædia quædam cum moreretur, reſtitueret: electionem dedit filiæ, ut cui vellet cum moreretur ex ſuis filiis ea prædia reſtitueret: filia autem cum viveret, uni ex filiis prædia fideicommiſſi donavit. *Prædia fideicommiſſi* dicit, ut contra *fideicommiſſum prædiorum*, in *l.cum pater, ſup.* Quæritur, an hæc donatio, quam viva fecit filia, contulitque in unum ex filiis pro electione, ſit firma & certa, quæ nec revocari poſſit? Et reſpondet Papinian. hanc donationem non eſſe electionem certam & immutabilem, quia electio collata eſt in diem incertum, puta cum moreretur filia heres, *l.1.§. dies, ff.de cond.& demonſt.* Quæ dies incerta conditionem facit, *l.dies, eod.tit.* Quæ quidem conditio non exiſtit ante mortem filiæ, §.*hereditatem, ſupr.in hac l.* Quocirca omne ſpatium vitæ liberum eſt filiæ ad eligendum, C quem volet ex filiis, qui prædia fideicommiſſi reſtituat uſque dum moriatur, & quamdiu variare & mutare electionem poteſt. Electio ſive donatio prædiorum non eſt pro electione aut donatione certa, vel, ut loquitur, non eſt pro electione certæ donationis, ſed eſt pro deſtinatione tantum & deſignatione quadam fideicommiſſarii infirma & inſtabili, quoniam interim variare poteſt filia, & a deſtinato recedere. Incerti fideicommiſſi, conditioneve incerta ſuſpenſi certa electio eſſe non poteſt, antequam conditio extiterit, puta, in caſu propoſito, antequam contigerit mors filiæ, quæ ſi contingat non mutata voluntate, tum proculdubio deſtinatio illa convertitur in electionem & donationem certam atque ſtabilem, quoniam duravit ea voluntas filiæ uſque ad mortem: & is igitur fideicommiſſum prædiorum ca- D piet, quem filia deſtinavit, nec removit quandiu vixit: ſed ſi mutata voluntate alium, antequam moreretur, delegerit, deſtinatio illa prioris filii, irrita conſtituitur, *l.unum ex familia, in pr. & §.rogo, ſup. hoc tit.* Itemque ſi is, quem filia deſtinavit prior moriatur, deinde filia, irrita deſtinatio eſt, & nemine alio electo omnes liberi ſuperſtites ad fideicommiſſum invitantur: at ſi is quem deſtinavit filiæ ſupervixerit, nec filia donationem ſive deſtinationem revocaverit, & mutaverit, is, ut dixi, ſolus fideicommiſſum obtinebit. Ex quo apparet, deſtinationem quam vivus heres fecit, & dixerit in eum, qui remota matris electione, id eſt, matre neminem eligente, fideicommiſſum inter ceteros habiturus eſt, prorſus inutilem non eſſe, quoniam is, qui deſtinatus eſt, id eſt, cui prædia filia donavit, ſi filiæ ſupervixerit, ceteros exclu- E det fideicommiſſo, tanquam electus a matre, quæ donationem non mutavit. Et hoc eſt quod ait, *nam in eum deſtinatio dirigi poteſt, qui fideicommiſſum inter ceteros habiturus eſt, remota matris electione.* His verbis refellit, quod objici poterat, *Eam deſtinationem eſſe inutilem: nec enim eſt inutilis*, inquit, *ſi conferatur in eum, qui neminem eligente matre, fideicommiſſum prædiorum habiturus ſit.* Inter ceteros, id eſt, unum ex filiis. Accurſius etiam objicit *l.poſt mortem, C.de fideic.* quæ poſt mortem heredis certæ perſonæ relictum fideicommiſſum, ait; ab herede repræſentari poſſe, id eſt, heredem vivum id præſtare poſſe detracta Falcidia, ſi ratio legis Falcidiæ interveniat. Sed hoc ita, ſi, ut dixi, certæ perſonæ fideicommiſſum relictum ſit præſtandum poſt mortem heredis, cui ſit omnino præſtan-

standum, si coheredi supervixerit. At si uni ex liberis quem elegerit heres, relictum sit fideicommissum post mortem heredis, frustra repræsentatur fideicommissum uni, quod ei forte postea non debebitur herede mortuo, tametsi heredi supervixerit, puta, si postea alium heres elegerit. Eligendi arbitrium quod heredi datur, quodque confertur in tempus mortis heredis, ambulatorium est. Eligendi arbitrium currit & recurrit toto tempore vitæ heredis, quoniam interim dum vivit, integrum ei est subinde variare, & alium atque alium eligere.

Ad §. Fidei.

Fidei heredum meorum committo, ne fundum Tusculanum alienent, *& ne* de familia nominis mei exeat: *secundum voluntatem eos quoque invitatos intelligendum est, quibus heredes extranei fideicommissariam libertatem reddiderunt.*

TEstator fidei heredum commisit, ne fundum Tusculanum alienarent extra familiam nominis sui, his verbis: *fideicommissum fundi reliquit familiæ nominis sui*, & constat quidem post agnatos vocari ad fideicommissum libertos orcinos, id est, qui directo in testamento manumissi sunt, vel qui manumissi sunt inter vivos; *l.ult. C.de verb. sign.* quia per manumissionem assumuntur in nomen familiamque domini. Lactant. de vera sap. *Servus liberatus*, inquit, *patroni nomen accipit tanquam filius.* Tertull. de resurrect. carnis: *Manumissus*, inquit, *patroni nomine, atque tribu & mensa honoratur*. Certum igitur est, hos libertos ad fideicommissum vocari, quia sunt de nomine testatoris. At quæritur, an etiam ad fideicommissum vocentur ii, quibus testator reliquit fideicommissariam libertatem ab heredibus extraneis, id est, qui non sunt de familia & nomine testatoris, quoniam hi manumissoris, id est, heredis extranei nomen accipiunt, tanquam patroni, non testatoris. Patronus heres, non testator, *§.qui autem, Inst.de sing.reb.per fid.rel.* Qua in re hoc loco pueriliter loquitur Accurs. oblitus *d.§.Inst.* & male etiam in medium allata *l.pater, inf.tit.seq.* quæ non de hoc quærit, an fideicommisso contineantur manumissi per fideicommissum, sed an liberti libertorum, qua de re est disquirendi alius locus in hac l. nempe in *§. libertis.* Verum secundum ea, quæ diximus, ad fideicommissum relictum familiæ nominis sui, non videntur admitti manumissi ab herede extraneo per fideicommissum, quia non vocantur nomine testatoris, sed nomine heredis extranei. Aliud tamen respondet Papin. in hoc §. ex voluntate testatoris ducens conjecturam, cui etiam manumissi per fideicommissum sunt suorum libertorum loco, ac si directa manumissione eos in suum nomen adsumpsisset: revera alterius nominis sunt, opinione testatoris habentur pro libertis ejusdem nominis, quia eis ipse dedit libertatem, heredes reddiderunt, non dederunt, ipse gratuitam, heredes debitam, *l. 1. C. de libert. & eor. lib.* Quamobrem, & qui libertis legat alimenta, etiam ea legare videtur iis, qui sunt manumissi per fideicommissum, id est, quibus dedit fideicommissariam libertatem; *l.2.ff.de alim.leg.* quia eos habuit pro suis libertis, licet revera sui non sint liberti, sed manumissoris; *l.qui ex causa, ff.de bon.libert.*

Ad §. Fidei tuæ.

Fidei tuæ committo uxor, ut des, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit. Etiam ea quæ post codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur. Nam ordo scripturæ non impedit causam juris ac voluntatis, sed dos prælegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur quam dari.

UXorem maritus rogavit, hoc modo: *Quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit, peto restituas filiæ meæ cum morieris*; Quæritur, an fideicommisso con-

A tineatur, quod satis est generale & amplum, cum dixerit, quidquid quoquo nomine, etiam dos quam uxori prælegavit: Respondet non contineri, quia dotem uxori reddit potius quam dat: rem uxori reddit, non suam dat. Qua ratione etiam Ulpianus utitur in *l.2.§. mulier, de dote præleg.* Et Paul. 5. Sentent. tit. 1. Eademque ratio efficit, ut prælegatum dotis uxori relictum non patiatur Falcidiam, *l.sed & ususfr.§.dos, ad leg. Falcid.* Idemque, ut dote uxori prælegata, & petita a filio præterito bonorum possessione contra tab. uxor non redigatur ad virilem portionem, *l.virilis, §.si quid uxori, de leg.præst.* Ergo hoc fideicommisso dos prælegata non continetur: sed an continetur hoc fideicommisso, quod postea codicillis uxori legavit, aut reliquit: & hoc ait contineri quamvis postea uxori reliquerit, quia ordo scripturæ non spectatur, sed jus
B & causa legati, & voluntas testatoris, qui verbo *quidquid pervenerit*, plane demonstravit, se velle etiam futurum tempus comprehendere, quod falsam esse coarguit distinctionem, qua Accursius utitur in *l.cum virum, C. de fideicomm.* ut fideicommisso relicto ejus, quod pervenerit ad heredem, contineatur: quod eo tempore ad eum jam pervenerat, non quod postea perveniet. Hoc falsum esse hic §. docet, quia *pervenerit*, etiam futurum tempus complectitur: aliud dicendum esset, si dixerit, quod uxori dedi: nam fideicommisso non continebuntur, quæ postea dederit, ut in *l.uxori, §.uxori, tit.seq.*

Ad §. Volo.

Volo prædia dari libertis meis, quod si quis eorum
C *sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo: collibertum patris eundemque filium, ex voluntate substitutionem excludere placet.*

QUidam libertis suis prædia per fideicommissum reliquit, eosque in eo fideicommisso verbis precariis invicem substituit sub conditione, *si quis eorum sine liberis vita decederet*. Inter libertos sunt duo, pater & filius colliberti simul ab eodem patrono manumissi: mortuo patre quæritur, an locus sit substitutioni precariæ, id est, an pars, quam is habuit in prædiis fideicommissi jure posterioris fideicommissi, jure substitutionis ad omnes libertos pertineat. Et negat Papinian. pertinere, quia defecit conditio substitutionis: neque enim decessit sine liberis, qui filium naturalem, id est, quæsitum in
D servitute, collibertum suum superstitem reliquit, hic ceteros collibertos excludet, & efficiet, ut posterioris fideicommissi sive substitutionis conditio deficiat, atque adeo solus vocabitur in partem patris sui. Et hoc Papiniani responsum nominatim ad testimonium vocatur ab Ulpiano in *l. ex facto, §. si quis rogatus, ad Senatus. Trebell.* Et ratio responsi, ut & superiorum fere omnium, quantum Papinianus ipse significat, proficiscitur ex voluntate defuncti, cujus introspiciendæ & eruendæ Papinianus est artifex acutissimus, quia in conditione substitutionis verisimile est, testatorem cogitasse etiam de liberis collibertis, qui naturales sunt, non justi, cum eos priore gradu ad fideicommissum prædiorum inter ceteros vocaverit. Et ita etiam in specie *l.ult.sup.de jur. delib. & l.pen.§.Damæ, hoc tit.* filiorum appellatione continen-
E tur etiam filii naturales & colliberti ex voluntate testatoris: Quæ tamen utique semper an eadem sit, hoc Ulpianus in *d.§.si quis rogatus*, ait, deprehendi posse ex dignitate & conditione testatoris. Et dignitate, ut si sit honestissimus paterfam. qui nullo loco numeret filios naturales, hic creditur liberorum vel filiorum appellatione justos, non naturales intellexisse. Ex conditione, ut si ipsi testatori iidem sint, humilesque natales, & mores, & abjectior animus, ut eodem loco numeret liberos justos & naturales, aut certe hos ponat superiore quam illos, ut nonnullorum mores sunt, juxta id quod scribit Apollonius Rhodius lib. 1, Hunc vero facile dicam liberorum appellatione, naturales comprehendi voluisse. Denique ut definit Ulpianus supradicto loco,

an li-

an liberorum appellatione contineantur naturales, voluntatis quæstionem esse. Quæstio igitur facti, non juris, *l. ex verbis, C. de don. int. vir. & uxor.* Quæ in æstimatione judicis est, non Jurisconsulti, in disquisitione Rhetoris, non Jurisconsulti, *l. voluntatis, C. de fideicommis. l. 2. C. plus val. quod ag. quam, l. 12. §. sed etsi Papinianus, de instr. leg. l. mora, de usur.* Et ideo quod Justinianus, in *l. generaliter, §. ult. C. de instit. & substit.* hanc conditionem fideicommissi, *si sine liberis decesserit*, accipit de justa sobole, hic ex voluntate testatoris modum & finem accipere debet, quæ non patitur, ut id sit perpetuo verum. Sequitur aliud responsum in §. *curatoris*.

Ad §. Curatoris.

Curatoris sui frustra fideicommissa videbantur, ut heredi fratri negotiorum gestorum rationem redderet. Quanquam igitur testamento cautum esset, ut cum ad statum suum frater pervenisset, ei demum solveretur, tamen sub curatore alio fratrem agentem recte placuit actionem inferre, cum illis verbis fratri potius consultum videtur, quam solutio quæ juste fieri potuit, delata.

CErtum est, a debitore fideicommissum relinqui posse ex constit. Divi Pii, *l. si pecunia, sup. tit. prox. l. cum quis decedens, §. pater, in fine, tit. seq.* puta ut debitor det, solvat, restituat aliquid, non heredi. Nam frustra fidei debitoris committitur, ut quod debet solvat heredi, quia heres jure hereditario eum satis obligatum habet. Ideoque si fidei curatoris mei committam; ut negotiorum gestorum rationem reddat fratri heredi meo, quæ est species hujus §. inutile fideicommissum est, & consequenter frustra huic fideicommisso tempus adjicio, puta, *ut fratri heredi meo rationem reddat, cum frater meus ad statum pervenerit*, id est, ad 25. annum: hanc ætatem vocat statum, ut Græci ἀκμὴν ut *l. cum de ætate, sup. de probat. l. pen. C. quando dies leg. ced.* quod hic sit olescendi sive crescendi finis: adolescentes ab olescendo dicti sunt. Quamvis igitur tempus huic fideicommisso adjecero, poterit tamen frater heres meus etiam ante tempus, antequam venerit in ætatem, id est, in statum, rationes & reliqua, quæ semper nomine rationum continentur exigere a curatore meo, auctore curatore suo uti oportet, *l. 2. C. qui legit. pers. standi in jud. hab.* Et rationem hanc tradit Papinianus, quia nec supradictis verbis, ut rationem reddat heredi, cum venerit in statum ætatis, moram redditioni rationum & solutioni reliquorum injicere volui, sed fratri potius consulere meo, ne ante justam ætatem repetita pecunia abuteretur; potui quidem nominatim differre solutionem reliquorum ex administratione data debitori liberatione ad tempus sine laxamento aliquo & justitio temporario, *l. Aurelius, §. centum, inf. de liberat. leg.* sed in dubio magis videor tempus adjecisse pro herede meo, *l. cum tempus, de R. J.* Quapropter si frater, meo consilio meaque prudentia uti nolit, ei licebit ante tempus quod finivi, debitorem meum exigere.

Ad §. ab Instituto.

Ab instituto extraneo prædia libertis cum moreretur, verbis fideicommissi reliquerat, & petierat, ne ex nomine familiæ alienarentur: substitutum ea prædia debere ex defuncti voluntate, respondi. Sed utrum confestim, an sub eadem conditione, voluntatis esse quæstionem, sed conjectura ex voluntate testatoris capienda, mors instituti exspectanda est.

CErtum etiam illud est, fideicommissum relictum ab instituto, deberi etiam a substituto, ex tacita voluntate defuncti; & ita definit constitutio Severi & Antonini, ut docui in §. *cum pater, sup.* At finge, ab herede instituto cum moreretur, vel post mortem ejus relictum fideicommissum fuisse, & institutum repudiata hereditate substituto locum fecisse. Quæritur: an statim fideicommissi repræsentationem a substituto desiderare possint ii, quibus relictum est, an vero exspectare debent mortem heredis instituti, id est, an conditio fideicommissi relicti ab instituto intelligatur etiam repetita a substituto, a quo & fideicommissum repetitum intelligitur. Et Pap. ait, in conjectura voluntatis testatoris quæstionem esse positam, quid is senserit introspiciendum esse, in dubio exspectandam esse mortem heredis instituti, quasi eadem conditione a substituto repetita, quia fieri potest, ut fideicommissarii moriantur vivo herede, quo casu fideicommissum intercideret, *l. hereditate, §. ult. de jure fisci.* Et hæc sententia hujus responsi, cui opponitur *l. sub conditione, ff. de hered. inst.* quæ ait, sub conditione heredi instituto, si testator substituat, nisi eandem conditionem repetat, pure substituisse videri. Conditionem igitur adscriptam instituto non videri repetitam in substituto. Nihil est quod tam facile expediri possit. Loquitur in ea lege de conditione imposita heredi instituto. Hæc non intelligitur tacite repetita in substituto: alia est substituti, alia instituti persona: & proinde alia institutionis, alia substitutionis causa. Hoc autem loco agitur de conditione imposita fideicommissario ab herede instituto, quæ intelligitur etiam repetita a substituto, quia una est fideicommissarii persona, vel si plures sint conjunctim pro una habentur, pro una igitur causa fideicommissi, nisi probetur aliud sensisse testatorem. In dubio hoc responsum esse sequendum. Quod autem ait Accurs. repetitam non videri conditionem, si testator simpliciter repetierit legatum aut fideicommissum, hoc falsum esse coarguit, *l. in repetendis, tit. seq.* falsum, inquam, generaliter, nam potest specialis aliquis casus existere: quo repetita conditio non intelligatur, ut si repetitio ejus inutile legatum aut fideicommissum faciat, *l. si quis a filio, l. servo alieno, §. ult. sup. tit. prox. l. ult. inf. de fideic. lib.* Quæ exceptio, & in tacita repetitione locum habet.

Ad §. Mensæ.

Mensæ negotium ex causa fideicommissi, cum indemnitate heredum per cautionem susceptum, emptioni simile videtur, & ideo non erit quærendum, an plus in ære alieno sit, quam in quæstu.

MEnsa argentaria per fideicommissum relicta in hoc §. ostenditur, fideicommisso contineri etiam onera mensariæ, sive nummulariæ negotiationis, sicut hereditate Mæviana relicta onera contineri dictum est, in *l. prox. §. Lucio, sup.* quia & hereditatis, & mensæ nomen non est corporis, sed juris nomen, quod complectitur & commoda & incommoda: & omnino is, cui mensa argentaria per fideicommissum relicta est, cavere debet heredi de indemnitate, ut ait hoc loco interpositis stipulationibus, ad exemplum stipulationum emptæ & venditæ hereditatis. Et hoc est quod ait, *hoc negotium esse emptioni simile*. Emptioni scilicet universi cujusdam juris, ut emptioni hereditatis, fideicommissum non solet esse damnosum, verum hoc fideicommissum potest esse damnosum, si mensa plus debeat, quam ei debeatur, vel ut ait, *si plus sit in ære alieno negotii mensarii, quam in quæstu*, & quæstum ut Græci κέρμα accipit pro fœnore. Mensæ igitur nomen non pro mensa ipsa accipitur, sed eo nomine significatur jus omne mensæ. Denique mensa nomen est juris sicut hereditas. Neque idem dicendum est in taberna argentaria. Nam tabernæ nomen, est loci nomen, nomen ædificii non juris, quocirca qui legat aut vendit tabernam argentariam, vel ædificium legat vel vendit si suum sit, vel si publicum sit ædificium, ut pene erant omnes tabernæ argentariæ, quæ erant circa forum Romanum, legasse aut vendidisse intelligitur jus, quod in eo ædificio habet. Nam plerumque earum tabernarum solum erat publicum, usus concedebatur privatis, *l. qui tabernas, de contr. empt.* Et ideo si tabernæ solum sit publicum, qui vendit aut legat tabernam, non

quod est publicum legare, aut vendere intelligitur, sed jus suum, id est, usum tabernæ quem habet, *d. l. qui tabernas, de contr. empt.* Et hoc sensu apud Livium 26. Annibal dicitur, *tabernas quæ circa forum erant, venire jussisse*. At quæro, an legata, aut argentarias, vendita, quod etiam hic Bartolus tractat, taberna purpuraria, vel ferraria, vel qua taberna negotiatoria, merces legato aut venditione contineantur? Et dicam non contineri omnino: nec movebor *l. cum taberna, sup. de pignor.* quæ dicit, taberna pignerata & merces, quæ in ea sunt pigneratas videri esse; sed hoc ideo, quia plerunque pretium tabernæ non respondet debitæ quantitati, ut puta, cum sit vilissimum ædificium, ut plane inter creditorem & debitorem actum videatur, ut in fidem creditæ pecuniæ non vilissima taberna, vilissimum ædificium pignori sit, sed merces, quæ in eo sunt ex voluntate contrahentium. Tabernæ nomine non locus significatur, sed merx, quæ in eo loco sita est.

Ad §. Pater filiæ.

Pater filiæ mancipia, quæ nubenti dedit, verbis fideicommissi præstari voluit partus susceptos, etsi matres ante testamentum mortuæ fuissent, ex causa fideicommissi præstandos respondi, nec aliud in uxore confirmatis donationibus pridem observatum est.

Ad hunc §. sciendum est, donationem a patre collatam in filium, quem habet in potestate, vel in filiam, quam æque habet in potestate, jure civili non valere, quia idem sibimet donasse videtur. Quandoquidem idem homo esse intelligitur pater & filiusfam. vinculum patriæ potestatis unam personam constituit. Concedit quidem pater filiofam. peculium quandoque, sed concessio peculii, donatio non est: nam & finitur morte patris. Favore tamen nuptiarum receptum est, ut si det pater filiæfamilias dotem, teneat datio, ut donatio, fiatque dos proprium patrimonium filiæ, nec finiatur, filiæve proprietate abscendat morte patris. Alias donatio facta inter patrem & filium filiamve famil. jure non valet, ac ne confirmatur quidem silentio solo & morte patris, *l. 2. §. ult. ff. pro her. l. 1. §. 1. inf. pro don.* Confirmari tamen potest alia ratione, ut puta, ratihabitione expressa vel tacita post emancipationem filii vel filiæ. Nam emancipato potest donare, ergo & ratam facere donationem, quam fecit ante, quum filius erat in familia & sacris paternis, *l. donationes, §. pater, de donat. l. sive emancipatis, C. eod. tit.* Item retento filio filiave in potestate, verum est donationem ei factam posse confirmari ultimo judicio patris, si specialiter eam confirmarit verbis legati, id est, directis, aut fideicommissi, *l. pen. inf. de collat. dot. l. qui concubinam in princ. & l. item legato in tit. seq. l. 2. C. Gregor. fam. ercisc.* Et ita accipiendum est, quod Paulus scribit 5. *Sent. tit.* 11. in hunc modum; *pater*, inquit, *si filiofamil. aliquid donaverit, & in ea voluntate perseverans decesserit*, id est, *declarans se in ea voluntate perstare: morte patris donatio convalescit*. His cognitis, facito patrem nubenti filiæf. donasse ancillas aliquas in ministerium, ut fit plerunque, *l. prospexit, ff. qui & a quibus man. lib. non fiant.* Eamque donationem in testamento confirmasse, per fideicommissum herede rogato, ut filiam sineret illas ancillas sibi habere & possidere; destinatio animi erga filiam ante fuit ea concessio ancillarum, in usum sive ministerium potius quam donatio, nunc vero etiam donatio non est, sed fideicommissum: confirmatio donationis inutilis facta verbis fideicommissi vel legati non est donatio, sed legatum vel fideicommissum, inter quæ multum interest. At re ita gesta, ut proposui; Quæritur, si ancillæ filiæ donatæ ante testamentum patris, quod confirmat donationem verbis fideicommissi vita decesserint, nunquid ex causa fideicommissi partus earum filiæ debeantur? Et respondet Papin. deberi, & ratio, quam non explicat, hæc est, quia ut ancilla precario rogata, id etiam agitur, ut partus sit precarius, si quem ediderit, *l. 10. inf. de precar.* ut ancilla empta & partus emptus intelligitur, *l. si quod ex Pamphila, hoc tit. l. non quodcunque §. Julianus, sup. tit. prox.* Ita etiam donata ancilla, quamvis in computationem donationis partus non veniat, cum scilicet quæritur de modo donationis, an excedat legem Cinciam, quæ modum imposuit donationibus *l. in ædib. §. ex rebus, & l. cum de modo, inf. de don.* Tamen ancilla donata id agitur, ut & partus donatione contineatur: ergo quasi confirmata verbis fideicommissi ancillarum donatione partus filiæ præstantur, partus filiæ omnes præstabuntur, qui ex ancillis donatis susceptæ fuerint: ancillæ autem non præstabuntur quia in rerum natura esse desierunt ante testamentum: & idem esset, si in rerum natura esse desiissent post testamentum vivo testatore. Imo & idem, si post mortem testatoris ante moram heredis *l. cum res, §. ult. sup. tit. prox.* Id vero quod ita respondit Papin. ad quæstionem propositam subjicit, etiam pridem observatum fuisse in don. inter vir. & ux. *Pridem*, id est, ante orationem Severi & Antonini, & SC. quod eam insequutum est, de quo multoties fit mentio potissimum in titulo illo, *de don. inter. vir. & ux.* Ex qua oratione sive Senatusconsulto donationes factæ inter maritos confirmantur morte sola & silentio donatoris, si modo non mutaverit voluntatem, si non ademerit res donatas. Nam ante eam orationem, morte sola non confirmabantur, sed necessaria erat morientis donatoris confirmatio, expresso genere legati aut fideicommissi, quo casu confirmatio porrigebatur quidem ad partus donatarum ancillarum, quia sunt portio donationis; sicut ancillarum dotalium partus dicuntur esse portio dotis, *l. cum post, §. ult. de jure dot.* Sed non porrigebatur etiam ea confirmatio ad omnes fructus rerum donatarum, quia pro parte donationis fructus non sunt, & quia jure legati aut fideicommissi ea donatio confirmabatur ex judicio speciali donatoris, & convalescebat, non jure donationis, *l. ex verbis, l. donationes, C. de don. inter vir. & ux.* & ideo non retrotrahebatur ad tempus, quo primum donatio facta fuit, ut fructus interim percepti ad donatarium pertinerent, sed valebat tantum ex die mortis testatoris, sicut legatum & fideicommissum. Et hoc quidem pridem obtinuit. At hodie post orationem Severi & Antonini morte donatoris tacite, vel specialiter confirmata donatione inter virum & uxorem per legatum aut fideicommissum, pro donatione habetur, non pro legato aut fideicommisso, quamvis dixerit se legare aut fideicommittere, & ideo retrotrahitur, nisi forte inutilis fuerit ob aliam causam, veluti ob causam omissæ insinuationis, ut Justinianus declarat in *d. l. donationes*, qui & ea lege primus idem servari voluit in donatione inter patrem & filium filiamvefamil. quod statuerat supradicta oratio in donatione inter virum & uxorem. Ex quo evidenter apparet, totum hoc responsum Papiniani pertinere ad jus antiquum, quod obtinuit in donationibus inter patrem & filiumfa. ante constitutionem Justiniani, & in donationibus inter maritos ante orationem supradictam, quæ est sincera interpretatio hujus responsi. Delendæ sunt omnes Glossæ Accursii, quibus fingit, patrem non donasse ancillas filiæ, sed dedisse in dotem: deinde legasse per fideicommissum, & ideo etiam ancillarum æstimationem filiæ deberi, quasi re aliena legata, quia ancillæ sunt in bonis mariti dotis causa. Primum non animadvertit esse desiisse in bonis mariti, quia vita functæ proponuntur ante testamentum: deinde etiam Papinian. non dicit, ancillas patrem dedisse in dotem, sed dedisse simpliciter, quod est, donasse. Comparatio rerum donatarum uxori, qua Papinianus utitur, demonstrat satis: comparat enim res donatas filiæ rebus donatis uxori, quod utraque donatio sit inutilis. Et ita quoque Dynus sentit, cujus & Bartolus ipse sensum ait esse satis bonum. Debuit dicere eum olim esse bonum & verum. Hoc tamen Dynus perperam adjecit; *mortuo patre per fideicommissum confirmata donatione ancillarum etiam fructus præteritos filiæ deberi, veluti mercedes operarum, retroacta donatione*, quia, ut dixi, non valet ut donatio,

tio, ſecundum jus de quo Papin. tractat, quod obtinuit ante Juſtinianum, ſed ut fideicommiſſum, ergo non retrotrahitur, *d. l. ex verbis*: & partuum alia eſt cauſa, quia & ii ut donati ſic per fideicommiſſum filiæ relicti intelliguntur. Præterea ſi ancillæ eſſent datæ in dotem, nec viventibus ancillis ea res indigeret confirmatione, nec utiliter per fideicommiſſum filiæ relinqueretur, quia res filiæ propria eſt, quamvis ſit in poteſtate, *l. 3. §. ergo, de minorib.* & rei propriæ inutile fideicommiſſum eſt, *l. proprias, C. de leg.* Dos, etiamſi in bonis ſit mariti conſtante matrimonio, ſi legum ſubtilitatem ſpectes, revera tamen & naturaliter permanet in dominio uxoris, *l. quamvis, ſup. de jur. dot. l. in reb. Cod. eodem tit.* Et iiſdem fere verbis, quibus *l. quamvis*, Boetius in Topica Cic. *Dos*, inquit, *licet matrimonio manente, in bonis ſit mariti, eſt tamen in jure uxoris: & poſt divortium velut res uxoria peti poteſt.* Papinian. etiam non dicit, ancillarum æſtimationem filiæ deberi, quod illi comminiſcuntur, imo cum hoc tantum dicit, partus filiæ eſſe præſtandos, qui matribus ſupervixerunt, ſatis negat, matrum nomine, quæ ante teſtamentum ſunt, quicquam peti poſſe. Brevius, ut dixi, erat alterum reſponſum, quod eſt in §. *hereditatem*.

Ad §. Hereditatem.

Hereditatem poſt mortem ſuam rogati reſtituere, nominum periculo, quæ per diviſionem obtigerunt inter coheredes interpoſitis delegationibus, non adſtringuntur: non magis quam prædiorum, cum permutatio rerum diſcernens communionem interveniet.

Sciendum eſt inter coheredes diviſionem prædiorum fieri mutuis permutationibus partium, ut *l. ſi filia, §. ſi pater, ſup. fam. erciſc.* Nominum autem, id eſt, æris alieni diviſionem inter coheredes fieri mutuis delegationibus interpoſitis, *l. tale pactum, §. poſt diviſionem, ff. de pact.* quod & hic Papinianus aperte demonſtrat, ut ecce, ſi mihi ſit coheres Titius, & ei prædium Tuſculanum diviſione obtigerit, mihi autem Sejanum, ego partem quam jure hereditario habeo in fundo Tuſculano, permutabo cum parte quam coheres habet in fundo Sejano, ut hac via habeam Sejanum totum, & ille etiam Tuſculanum totum. Vel ſi agatur de integro nomine Sempronii mihi attribuendo, & de nomine Mævii attribuendo coheredi in ſolidum; ego delegabo coheredi Mævium pro mea parte, & is viciſſim pro ſua parte mihi delegabit Sempronium: ſic nominum diviſio fit interpoſitis delegationibus prædiorum, interpoſitis permutationibus. Hoc cognito, finge: unus ex heredibus rogatus eſt hereditatem, id eſt, portionem ſuam extraneo non coheredi reſtituere, poſt mortem ſuam diviſione facta, quomodo eam fieri prædixi, ex nominibus attributis in ſolidum, vel prædiis adjudicatis in ſolidum quædam perierunt; Quæritur, cui perierint, an perierint fideicommiſſario? Sane pro parte hereditaria, quam heres fideicommiſſo oneratus in prædiis vel nominibus habuit, *l. mulier, §. ſed enim, ff. ad Treb.* At pro parte adjudicata vel attributa videntur heredi, qui oneratus eſt fideicommiſſo, deperiiſſe, quia pro ea parte illam ex permutatione habuit, quæ vicem emptionis obtinet, *l. 1. C. Comm. utriuſq. jud.* Verum, quia non tam voluntaria quam neceſſaria fuit ea nominum rerumque permutatio, ut ait lex *ſi pignori, D. fam. erciſc.* quippe cum fieret communionis dirimendæ cauſa, diviſionis cauſa, quæ ſocio etiam invito extorquetur: nemo enim invitus in communionem venit, invitus communione diſcedit, æquum eſt, ut nec pro ea parte periculo nominum vel rerum fideicommiſſario heres obſtringatur, ſcilicet pro dodrante, quem reſtituit, quod omnino congruit cum *l. 34. ſup. fam. erciſc.* quæ eſt ex hoc ipſo libro, & videtur eſſe conjungenda cum hoc reſponſo. Ipſi etiam coheredes invicem, licet permutationis, & quaſi emptionis genere, diviſionem bonorum fecerint, vel ex conventione, vel ex judicio teſtatoris, vel arbitrio judicis fam. erciſc. periculum & damnum fatale ſive fortuitum, detrimenta fatalia invicem non præſtant, *l. 21. in princ. de evict.* periculum tamen evictionis invicem præſtant, ut dixi in §. *evictu ſup.* at fideicommiſſario heres nec periculum evictionis præſtat, *l. evictione inf. ad SC. Treb.*

Ad §. Filia mea.

Filia mea præcipiat ſibique habeat, volo rem matris ſuæ: fructus, quos medio tempore pater percipiet, nec in ſeparato habuit, ſed abſumpſit, vel in ſuum patrimonium convertit, non videntur filiæ relicti.

Jure veteri ante edictum Conſtantini, quod eſt in *l. 1. C. de bon. maternis*, ut cetera omnia bona adventitia, ita etiam bona materna, per filium aut filiamf. patri adquirebantur pleno jure: Ex edicto Conſtantini, uſusfructus tantum eorum bonorum patri adquiritur, quod & generaliter Juſtin. admiſit in omnibus bonis adventitiis. Juri autem veteri conveniens eſt, quod proponitur in hoc §. patrem filiæ rem matris, id eſt, bona materna, quæ per filiam ad ſe pervenerant pleno jure, quaſi rem ſuam legaſſe per fideicommiſſum, quoniam dixit, *volo*, quod eſt fideicommiſſi verbum, & quæſtio vertitur in eo tantum, num etiam fideicommiſſo contineantur fructus, quos ex bonis maternis pater medio tempore percepit? Et reſpondet Papin. non contineri fideicommiſſo fructus, quos pater adſumpſit, vel quos in proprium patrimonium convertit, puta, ex fructibus prædio ſibi comparato, quoniam hi fructus in eadem cauſa non manſerunt; At fideicommiſſo contineri fructus, qui in eadem cauſa manſerunt integri, qui abſumpti non ſunt, qui in aliam ſpeciem verſi non ſunt, quos ſcilicet pater in ſeparato habuit, in condito, quos in horrea repoſuit, & habuit mortis tempore: hi cum hereditate materna filiæ reſtituendi ſunt jure fideicommiſſi; rectiſſime, quia & in fideicommiſſariam quamcunque hereditatis reſtitutionem veniunt fructus exſtantes, fructus in horrea reconditi, fructus inventi in hereditate, fructus maturi, *l. centurio, ſup. de vulg. ſubſt. l. 9. D. ad leg. Falci.* Idemque eſt non tantum in hereditate materna, ſed etiam in qualibet alia hereditate, quæ patri per filium aut filiamfam. quæſita, deinde filio vel filiæfam. a patre relicta fuerit. Et nihil eſt præterea in hoc §.

Ad §. Dulciſſimis.

Dulciſſimis fratribus meis, avunculis aut tuis quæcunque mihi ſuperſunt in Pamphilia, Lycia vel ubicunque, de maternis bonis concedi volo, de qua cum his controverſiam habeas. Omnia corpora maternæ hereditatis, quæ in eadem cauſa dominii manſerunt, ad voluntatem fideicommiſſi pertinent. Ex iiſdem igitur facultatibus percepta pecunia, & in corpus proprii patrimonii verſa, item jure diviſionis propriæ factæ non præſtabuntur, cum diſcordiis propinquorum ſedandis proſpexerit, quas materia communionis ſolet excitare.

Species hæc eſt: quædam mulier filium heredem inſtituit, & ab eo verbis fideicommiſſi fratribus ſuis avunculis ſcil. filii reliquit, quæcunque ſibi ſupereſſent de bonis maternis, adjecta cauſa, adjecto elogio, *ne quæ filio cum avunculis ſuis per cauſam eorum bonorum controverſia eſſet*, quibus verbis plane demonſtravit, ſe tantum fratribus bona materna reliquiſſe, quæ communiter cum iis poſſidebat pro indiviſo, non etiam, quæ poſſidebat pro diviſo vel jure proprio. Fac diviſiſſe eos inter ſe quædam ex bonis maternis, quædam indiviſa reliquiſſe; indiviſa in fideicommiſſum veniunt, non etiam ea, quæ jure diviſionis mulieris propria ſunt effecta. Rurſus fac mulierem percepta pecunia numerata ex bonis maternis, percepta pecunia communi, poſſeſſionem ſibi comparaſſe, eamque vertiſſe non in commune, ſed in corpus proprii patrimonii: res ex communi pecunia com-

comparata non est communis, sed emptoris propria, A *l.4.Cod.comm.utriusque jud.* Papin. hoc loco communia separat a propriis, ac rursus alia facit propria jure divisionis, alia propria jure emptionis, vel alio jure. Omnia, inquam, corpora maternæ hereditatis, quæ in eadem causa dominii manserunt, id est, quæ in promiscuo dominio sororis & fratrum fuerunt, quæ communia fuerunt inter matrem & avunculos, ad voluntatem fideicommissi pertinent, id est, fideicommisso continentur, quod reliquit fratribus. *Ex eisdem ante*, inquit, *facultatibus percepta pecunia, & in corpus proprii patrimonii versa*, puta, ex ea pecunia comparato prædio, itemque corpora divisionis jure, matris propria facta non præstabuntur ex causa fideicommissi. Denique ea tantum bona fideicommisso continentur, quæ si manerent communia inter filium & avunculos, controversias inter eos excitare possent, id est, bona, quæ B mater cum fratribus suis communia habuit, scilicet in iis bonis, quam partem habuit pro indiviso, eam fratribus suis reliquisse intelligitur, non tam ut eis quam ut filio consuleret suo, ne quam, sicut dixi, cum eis controversiam haberet: distinctio dominiorum sedat controversias, communio excitat immensas: idemque in *l.re communi, D.de servit.urb.præd.* Multo sane plures sunt lites inter consortes, quam inter dissortes: sed quia pauci sunt socii consortes, si conferantur cum immensa multitudine aliorum, qui separatim propria bona possident, ideo paucæ lites ex communione nasci videntur: verum, si inter omnes cives communio esset, & consortium omnium rerum, ut Socrates voluit introducere, sane inter eos multo plures essent lites, quam C nunc sunt, jure gentium distinctis rerum dominiis.

Ad §. Pater pluribus.

Pater pluribus filiis heredibus institutis, moriens & claves & annulum custodiæ causa majori natu filiæ tradidit, & libertum eidem filiæ, qui præsens erat, res quas sub cura sua habuit, adsignare jussit: commune filiorum negotium gestum intelligebatur, nec ob eam rem apud arbitrum divisionis præcipuam causam filiæ fore.

PAter, qui plures filios habebat & filias, eos heredes instituit, & filiæ majori natu tradidit cla- D ves & annulum signatorium custodiæ causa, & eidem filiæ libertum, qui præsens erat, jussit adsignare vestem, vel argentum, vel alias res quas sub cura sua libertus habuit. Adsignare est annulo obsignatas præbere adservandas. Quæritur, an videatur pater filiæ prælegasse quæcunque clausa, obserata, obsignata essent: quod possit quis tentare, sumpta conjectura ex traditione clavium & annuli: cur. n. tradidit, nisi ut ne quid ex iis rebus amitteret? Et eadem ratione, morituri, ei, quem sibi esse heredem volebant, solebant tradere annulos suos signatorios, nisi forte quem eo genere bona sua captantem, & coram hiantem deludere volebant vana spe hereditatis, tradito annulo signatorio, & interea tamen tabulis alio herede scripto, ut Valer.Maxim.ostendit ad finem 7.lib.Justinus sive Tro- E gus 12. quod jam moriens Alexander præclusa voce exemplum digito annulum Perdiccæ tradidisset, ex eo plerosque existimasse, & si non voce nuncupatum, judicio tamen Perdiccam heredem electum. Aut ut Cornelius Nepos & Diodorus Siculus scribunt, Perdiccæ regnum commendavit, quoad liberi Alexandri, vel quoniam ambigitur an liberos reliquerit, quoad Aridæus Alexandri frater ex alia matre in suam tutelam pervenisset. Zonaras in fine suæ historiæ: & Nicetas sub principium suæ, regni concessi σύνθημα esse κατὰ γνώμην τῦ πατρὸς. Argumentum esse voluntate patris accipere annulum signatorium: quod etiam confirmat *2. Machabæorum cap. 6.* Unde etiam dici posset filiæ patrem tradidisse claves & annulos in rem filiæ propriam, sive præcipuam, ut præcipuo quodam munere afficeret filiam, nec frustra eam elegisse, cui claves & annulos committeret, cuique juberet adsignari res a liberto administratas se vivo. Verum aliter respondet Papinianus, non videri scil. patrem filiæ majori natu claves & annulos tradidisse custodiæ causa, ut sibi soli haberet clausa omnia & obsignata, sed ut sibi & fratribus suis coheredibus ea servaret, & commune negotium gereret. Itaque in dividenda hereditate arbitrio judicis familiæ erciscundæ, nihil in eis rebus præcipuum habebit filia, sed ex æquo dividentur inter eam & fratres. Pater majori natu custodiam detulit tanquam prudentiori, non ut plus feret quam fratres ceteri. Est elegantissimum responsum.

Ad §. Cum imperfecta.

Cum imperfecta scriptura invenitur: ita demum verbum legati vel fideicommissi, quod præcedit vel sequitur, ad communionem adsumitur si dicto scriptum congruat.

EX hoc §. intelligimus, aliquando ex imperfecta scriptura deberi legatum aut fideicommissum, ut si dixerit testator: *Cajo fundum Tusculanum dari volo*: & si subjecerit *Mævio decem*, non repetitis superioribus verbis, *dari volo*, manca videtur esse oratio; itemque si scripserit in hunc modum: *Cajo fundum Tusculanum, Mævio decem dari volo*. Ex hac scriptura debetur fundus Tusculanus Cajo: verbum *volo*, quod præcedit aut sequitur, adsumitur ad communionem, id est, quod Grammatici dicunt repetitur ἀπὸ τῦ κοινῦ, ut in *l.10. sup. de pact. dot.* Hujus pactionis, ne se vivo petatur, neve constante matrimonio dos petatur, interpretatio sumitur repetitis his verbis, *se vivo* κατὰ κοινῦ, ut est in Basil. eodem loco: adsumptis prioribus verbis ad communionem, ut Papin. loquitur: verbum, inquit, quod præcedit vel sequitur ad communionem adsumitur: quo sermone significat ζεῦγμα, quod fit dupliciter, vel a præcedenti verbo, vel a sequenti verbo legati aut fideicommissi. Hoc tantum exigitur, ut dicto, id est, ei, quod dixisse testator intelligitur, nec scripsisse perfecte, scriptum congruat, id est, ut salva sit ratio recti sermonis, *l.unum ex familia, §.pen.sup.h.tit.* Conservanda est ratio recti sermonis, *l.Plautius, inf.de auro & arg. legat.* unde si ita scripserit exempli gratia; *L.Titio centum dari volo*, & subjiceret, *Cajus fundi Sejani*, nihil præterea, Cajo nihil debetur, quia in eo sermone est stribiligo, nec ulla congruentia est superior, nulla communio, quæ imperfectam orationem supplere possit. Res est satis aperta.

Ad §. Filius matrem.

Filius matrem heredem scripserat & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat: cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam heredem cogendam præstare fideicommissa respondi. Nam enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.

EX injusto vel irrito testamento nihil deberi certum est, nec legati, nec fideicommissi jure, etiamsi verbis fideicommissi relictum sit, nec testamenti, nec codicillorum jure: injustum, id est, minus solemne, aut irritum testamentum pro codicillis non habetur, nisi testamento sit adjecta clausula codicillaris, vel nisi heredes legitimi ad quos rediret hereditas ab intestato, rogati probentur: alioquin legitimi heredes, nihil eorum quæ in testamento inutiliter relicta sunt præstare tenentur, *l. 81. inf.h.t.l.fideicommissa 11.§.1.t.seq.l.ex ea scriptura, D.qui testam.fac.poss.l.1.sup.de jure cod.l.ex testamento, Cod. de codic.* Ab hac sententia excipiendus est casus, qui proponitur in hoc §. Casus hic est; Filius matrem injusto testamento heredem scripsit, eamque adhibita jurisjurandi obtestatione oneravit fideicommisso, vel hoc verbo, ὁρκῶ, *ut l.2.C.communia, de leg.* quod verbum Alciatus male

male divisit: est simplex verbum ἐνορκῶ id est, *adiuro te, ut des Titio fundum illum*, & dicitur, ἐνορκῶ, *ut* ἐνορκῶ, *liquido jure*, vel etiam his verbis, ut *l. 3. de jure fisci. Per Deum rogo te mater fundum illum L. Titio restituas*, vel ut in §. 1. *de fideicomm. heredit. Instit. Per salutem Principis rogo te mater rem illam L. Titio præstare*: quod perinde est ac si diceret: *Per Deum a quo pendet salus Principis*, *l. qui per salut. de jurejur.* Finge igitur, matrem cum jurisjurandi obtestatione rogatam fuisse fideicommissum præstare, & matrem filio heredem fuisse non ex testamento, quoniam erat injustum, sed ab intestato ex SC. Tertull. An præstabit fideicommissum de quo objurata est? Sic videtur optima ratione: *quia*, inquit, *enixæ voluntatis preces, omni nixu effusæ preces filii ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur*: Porrectæ videntur, id est, sive ex testamento, sive ab intestato mater filio succederet, ut omnimodo fideicommissum præstaret, valde vult, qui quid per jurisjurandi religionem, ut fiat, obsecrat, & obtestatur, ut in *Nov.48. Catull.*

Dum aliquid cupiens animus prægestit apisci,
Nil metuit jurare, &c.

Omnino igitur fideicommissum veluti etiam ab intestato relictum, a matre præstabitur. Et notandum est, matrem solam fideicommisso obligari, non etiam matre repudiante sequentes, qui succedunt in bona filii, quia rogati non sunt, *l. 1. §. ult. tit. seq.*

Ad §. Mando.

Mando filiæ meæ pro salute sollicitus ipsius, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat ita enim poterit sine periculo vivere, fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit, quod non de pecunia sua testari, sed obtentu consilii derogare juri, testamentum fieri prohibendo, voluit.

PAter duas filias heredes instituit, & de una filia ita cavit: *Mando filiæ meæ de salute ipsius sollicitus, ut quoad liberos tollat testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere*. Hæc sunt verba testatoris. Quæritur an his verbis portionem hereditatis filiæ, si ea filia sine liberis vita decederet, pater per fideicommissum reliquisse videtur sorori coheredi ejus. Mando est verbum fideicommissi, verbum precarium. Et respondet tamen Papinianus his verbis nihil pro fideicommisso significari, quia hæc verba: *sollicitus pro salute ipsius*, & illa, *ita enim poterit sine periculo vivere*, consulentis verba sunt, non fideicommittentis; consilium pro fideicommisso non habetur, quoniam qui consilium dat, de re sua pecuniave, non testatur, sed rem alienam quemadmodum geri expediat, monet & demonstrat: Fideicommissum autem est species decernendi de re pecuniave sua. Mando autem verbum est commune & consulentis & fideicommittentis, & procuratorem constituentis, *l. 2. §. ult. sup. mand.* Et consiliarium quidem verbum non obligat, *l. testatorem, §. 1. tit. seq. l. generaliter, §. si petitam, de fideicom. lib.* fideicommissarium verbum obligat & necessitatem imponit, ut in *l. prox. §. pater, sup.* Itemque id quo procurator constituitur, & contrahitur obligatio mandati ultro citroque. Consuluit autem filiæ pater in hac specie, ne testamentum faceret, antequam liberos suscepisset, metuens ne si extraneos filia palam heredes nuncuparet, hi filiæ non darent spatium tollendorum liberorum, vitæ ejus comparatis insidiis, & properata fatali necessitate. Et ideo subjicit pater; *ita enim poteris sine periculo vivere*. Sine periculo insidiarum scilicet, ut in §. *sin autem, Inst. de pup. subst.* Ita vero pater obtentu consilii prohibendo filiam testari, ut Papinianus ait, sane voluit derogare juri publico, quo cavetur unicuique libero homini & civi Romano, esse liberam testamenti factionem, in XII. *Tab.* & in *l. Falcidia*. Voluit, inquam, derogare juri publico, sed nihil egit, quia illud consilium non tenet filiam, nihil etiam ageret, si citra consilium

A juri publico & formæ antiquitus constitutæ derogare vellet, *l. nemo potest, sup. tit. prox. l. Cerdonem, ff. de oper. libert. l. 5. §. Julianus, de adm. tut. l. testandi, Cod. de testam. l. 1. §. proculdubio, Cod. de Lat. lib. toll.* Sed hoc ita intelligi velim, si directo heredem suum prohibeat facere testamentum, quem forte heredem scripsit ex asse, quo genere nihil agit: quia contra jus publicum libero homini nititur auferre jus faciendi testamenti: sed si hanc prohibitionem acceperit pro fideicommisso, valebit ut fideicommissaria voluntas & precaria, sicut in specie *l. qui filium, in princ. ad SC. Trebell.* Pater filium & filiam heredes instituit, & de filia ita cavit, ut proponitur illo loco; *mando tibi, ut quoad liberos susceperis testamentum non facias*, non sunt consiliaria verba illo loco, sed fideicommissaria. Et ita in ea specie decrevit Antoni- B nus Imperator, per fideicommissum supradictis verbis rogatam filiam videri, ut hereditatem fratri restitueret, quia per hoc quod prohibuit eam testari, videtur eam rogasse, ut fratrem coheredem suum faceret heredem. Quod etsi nemo jure rogari possit liber homo, ut illum faciat heredem, tamen ex SC. qui ita rogatus est, intelligitur esse rogatus de hereditate restituenda, exstatque sententia hujus SC. in *l. ex facto, ad Trebell. & l. filiusfam. §. ut quis, sup. tit. prox.* In hac igitur specie filia intelligitur esse rogata rem hereditariam restituere, si sine liberis, si illiberis decesserit, ut Tertullianus loquitur, restituere fratri coheredi suo, retenta scilicet Falcidia, de qua poterit testari.

Ad §. Rogo.

C *Rogo te filia bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit: videtur omnibus liberis, & si non æqualiter promeruerint fideicommissum relictum, quibus matris electione cessante, sufficiet, si non offenderint. Eos autem quos mater elegerit fore potiores si soli promeruissent, existimavi. Quod si neminem elegerit, eos solos non admitti, qui offenderunt.*

PAter filiam heredem institutam oneravit fideicommisso his verbis: *Rogo te filia mea, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit*. His verbis injecit conditionem fideicommisso, quæ non potest existere ante mortem filiæ, ut in specie *§. hereditatem & §. a filia, sup. in hac lege*. Quia liberum est filiæ, quamdiu vivit, eligere quem vel quos volet ex liberis suis de se be- D ne meritis, & quorum electionem fecerit etiam mutare, si ipsi mutaverint mores in deterius, & male meriti erga matrem esse cœperint. His, inquam, verbis omnibus, non parte eorum; *Liberis tuis quandoque bona tua distribuas, ut quisque de te meruerit*, ultimo scilicet fine vitæ tuæ: meritorum ratio habetur die ultimo, quod qui hodie est bene meritus, potest cras male mereri. Imo pessime, & sic homo videtur μετάβολον ζῶον. Et hæc est vis eorum verborum: nam verbum hoc *quandoque*, solum eandem vim non haberet: facito matrem rogatam quandoque hereditatem restituere, fideicommissum ab eo petetur, cum primum potuerit restituere, cum erit ei commodum: nec mors matris exspectabitur, *l. rogo, inf. quand. dies leg. ced.* Verum secus erit, si dixerit, *liberis tuis quandoque distribuas, ut quisque de te meruerit*. His etiam verbis, matri non permisit electionem ple- E nam, sed arbitrio boni viri, non permisit arbitrium plenum, sed boni viri, ut in *l. 11. §. si fid. tit. sequ.* Ideoque bene meriti liberi duntaxat ad fideicommissum invitantur, & ii quidem omnes simul, licet æqualia non sint omnium officia: ut e contrario male meriti repelluntur omnes, licet omnium non sit par offensa adversus matrem, quia illud ipsum offendere vel promereri semper idem est, licet offensa, aut merita sint disparia; male meriti sunt, qui offenderunt. Bene autem meriti dicuntur duobus modis, vel qui non offenderunt, ut in *l. 22. C. de inoffic. test. l. 20. inf. de man. test.* ubi Bartolus non ineleganter, *Meruisse eum, quem non apparet demeruisse*. Nam & eo sensu Ovid. dixit *demeruisse*: sed in Bartolo est corrupte scriptum *dememinisse*, vel *deminisse*, pro *demeruisse*, & pro,

meruis-

meruiſſe, cum lex agat de meritis: vel etiam bene meriti dicuntur & multo magis, qui promeruerunt benefaciendo. Et hi quidem & illi promiſcue vocantur ad fideicommiſſum, ſi neminem elegerit mater, non etiam male meriti: & in *l.cum quidam, ſup.h.tit.* dum ait. Si neminem elegeritis, a quo fideicommiſſum relictum eſt iis, quos dignos putaret, omnes admitti. Omnes dignos intelligere oportet, non indignos, ingratos, & male meritos. At ſi mater eligere velit, primum fruſtra elegerit male meritos: deinde, ex bene meritis, fruſtra etiam, ut opinor, prætulerit illos qui non offenderunt his, qui promeruerunt: At recte iis etiam illos commiſcuerit: fruſtra etiam ex iis, qui promeruerint, quoſdam delegerit, ceteros præterierit. Nam præteriti & omiſſi a matre ad fideicommiſſum invitantur: quæ eſt ſententia hujus reſponſi.

Ad §. Donationis.

Donationis prædiorum epiſtolam ignorante filio, mater in æde ſacra, verbis fideicommiſſi non ſubnixam, depoſuit, & literas tales ad æditunm miſit: Inſtrumentum voluntatis meæ poſt mortem meam filio meo tradi volo. Cum pluribus heredibus inteſtato diem ſuum obiiſſet, intelligi fideicommiſſum filio relictum, reſpondi: non enim quæri oportet cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigetur.

MAter ignoranti filio donavit prædia per epiſtolam, in qua nulla erant verba fideicommiſſi, quibus rogarentur heredes filio ea prædia præſtare, ſed ita erat ſimpliciter ſcriptum in epiſtola: *Fili mi ſcias me tibi donare illa prædia*. Eam epiſtolam ignorante filio depoſuit in æde ſacra, data epiſtola æditui ſervanda in æde ſacra: deinde ad æditum (*au Secretain*) cui ædis ſacræ cuſtodia credita eſt, miſit tales literas, *inſtrumentum voluntatis meæ, quod in æde ſacra depoſui, poſt mortem meam filio tradi volo*, quibus verbis oſtendit ſe nolle donationem prædiorum effectum habere, niſi poſt mortem ſuam. Ergo quaſi fideicommiſſum valere, non quaſi donationem inter vivos, vel cauſa mortis: nam & donatio inter vivos, vel cauſa mortis ignoranti non fit, *l. abſenti, infra de donat. l. inter mortis, infra de mort. cauſ. donat.* Fideicommiſſum etiam ignoranti relinquitur, & adquiritur, *§. ſurdo ſup.* cui eſt ſimilis, quod ibi prætermiſi, ſententia apud Paulum 4.*Sent.tit.* 1. Quod igitur ignoranti donamus poſt mortem noſtram, fideicommiſſum eſt, non donatio, ut in *l.miles, in principio, h.tit.* In qua huic ſimile reſponſum proponitur ex *lib.6.* & utroque oſtenditur, fideicommiſſum valere, etiamſi verba non dirigantur ad heredes, qui fideicommiſſo adſtringuntur, ſed ad eum ſolum, cui fideicommiſſum relinquitur, ut in ſpecie propoſita in epiſtola ad filium, depoſita apud æditum, æditus ex fideicommiſſo non tenetur, ſed ex depoſito, ut in *l. Publia, ſup. depoſ.* verum ex fideicommiſſo filio tenentur heredes inſtituti matris teſtamento, licet rogati non ſint, quia, ut ait: *non quæri oportet cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigetur*, id eſt, cui relinquatur legatum abſolute aut fideicommiſſum, ut Græci τελείως, ut in *l.3.§.ultim.de mun. & honorib. l.5. de teſtam.milit.l.5.Cod.de iis, quib.ut indig.* In quibus locis ſunt qui ſupplent, *ſupremis judiciis ſeu voluntatibus* inepte, cum dicatur abſolute: ſic igitur dicimus ex fideicommiſſo filio teneri heredes inſtitutos a matre. Nam omni adſeveratione confirmo, quod in quibuſdam legi, in contextu hujus §. ſic eſſe legendum, *cum pluribus heredibus inſtitutis diem ſuum obiiſſet*, inſtitutis ſcilicet teſtamento: nam ſi inteſtata mater diem ſuum obiiſſet, filius ejus heres eſſet ex SC. Orphitiano, nec conſiſteret fideicommiſſum prædiorum heredi a ſemetipſo relictum: at teſtamento mater heredes alios inſtituit, & filium præterivit, prædiis ei relictis per fideicommiſſum, quæ ſatis abundeque ſufficiunt ad quartam debitæ portionis, quæ excludit querelam inofficioſi teſtamenti, hoc ſcilicet jure, *l.Papinianus, §. quarta, de inoffic. teſtam.* hoc, inquam, jure: quoque titulo relicta ſit quarta. Neque huic reſponſo obiiciatur *l. donationes, §. pen. de donat.* ubi arca quædam in æde ſacra depoſita apud æditum ea lege, ut eam ſolus is, qui depoſuit, tollat, ut eam æditus ei ſoli tollere permittat, qui depoſuit, vel poſt mortem ejus L. Titio heredi ſeparato, ut ponit. Et recte reſpondet Papinian. qui eſt auctor illius l. non videri celebratam donationem, id eſt, non videri L. Titio donatam arcam, quæ depoſita eſt apud æditum ea lege, ut eam ſineret ſolum ſe tollere, vel poſt mortem ſuam L. Titio donatam fuiſſe arcam, ſicut hoc loco proponitur donata fuiſſe prædia filio per epiſtolam, nec proponitur inſtrumentum ullum donationis depoſitum in æde ſacra, quod L. Titio tradi oporteat. Itaque donationis jure, neque fideicommiſſi, neque ullo alio jure illa arca Lucio Titio debetur, cui exportare quidem licet eam arcam, ſed non ſibi eam habere, ſed reſtituere heredibus depoſitoris.

Ad §. Libertis.

Libertis prædium reliquit, ac petit ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent: ſi excepto uno ceteri partes ſuas vendiderint, qui non vendidit ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet. Eos enim ad fideicommiſſum videtur invitaſſe, qui judicio paruerunt, alioquin perabſurdum erit, vice mutua petitionem induci, ſcilicet, ut ab altero partem alienatam quis petat, cum partem ſuam alienando perdiderit, ſed hoc ita procedere poteſt, ſi pariter alienaverit. Ceterum prout quiſque prior alienaverit, partem poſterioribus non faciet, qui vero tardius vendidit, in ſuperiorum partibus feciſſe partem intelligitur: at ſi nemo vendiderit, & noviſſimus ſine liberis vita deceſſerit, fideicommiſſi petitio non ſupererit. Cum inter libertos ad prædii legatum liberta quoque fuiſſet admiſſa, quod patronus petit, ut de nomine familiæ non exiret, heredem libertæ filium partem prædii, quam mater accepit, retinere viſum eſt.

HUjus reſponſi quæſtio eſt ſatis difficilis: Finge: Patronus libertis ſuis primo, ſecundo, tertio, quarto, fundum legavit, & eos rogavit, ne fundum alienarent, his verbis: *Rogo vos, ne fundum quem vobis legavi abalienatis, ſed in familia & nomine veſtro retineatis*. Idem eſt nomen, eademque familia patroni & libertorum, ut docui *ſupra in §. fidei heredum*. Sed longe amplior eſt familia patroni, quia non tantum libertos continet, ſed etiam cognatos & alios quoſdam, de quibus dicemus in extremo hujus recitationis: verum ſatis habuit patronus cavere, ne fundus ille alienaretur extra familiam libertorum, ut in *l.filiusfam.§.Divi, ſup. tit.prox. l.pater, §.duobus, tit. ſeq.* ſi modo in eo §. habeas, ut habent Florentini, utique habuit Accurſ. ipſe, *de nomine meorum libertorum*, ſcilicet non *de nomine meo*. Denique conſulere libertis tantum ſuis patronus voluit, dum vetuit ne fundum legatum alienarent ex familia libertorum, quo genere intelligitur fideicommiſſum collibertis tantum reliquiſſe in hunc caſum, ſi quis eorum alienaret partem ſuam extero. Nam hæc verba: *ut fundum in familia libertorum retineant*, habent vim fideicommiſſi, quod confertur in libertos, qui partes ſuas non alienarunt extra familiam, iis ſcilicet debetur pars, quam eorum aliquis alienarit extra familiam: fac, excepto primo, ceteros partes ſuas extero vendidiſſe citra conſenſum primi: nam ſi primus conſenſerit venditioni, aut quod tantundem poteſt, ſi ſubſcripſerit, non poteſt partem eorum perſequi, vel conſequi jure fideicommiſſi, nec pretia, quæ acceperunt, *l. nihil, §. 1. ſup.tit.prox.l.pen.§.inſulam, infra h.t.l.quoties, 1. C.de fideicommiſſ.* Neque obſtat *l. ſi fundum per fideicommiſſum, in prin. ſup. tit. prox.* quam obiicit Accurſ. & quæ dicit: non ideo minus fideicommiſſum fundi deberi fideicommiſſario, quod heres eum fundum vende-

diderit fideicommiffario præfente, & adfignante inftrumentum venditionis fuo figillo, quia ea l. non loquitur de eo, qui confentit venditioni, fed qui præfens abeft ut teftis, vel ut fignator. Præfentia & figillum pro confenfu non habetur, ut in *l.Tit.§.Lucia, fup.hoc tit.l.Cajus, de pigner.act.* Et longe aliud eft fignare, aliud fubfcribere: nam fubfcriptio pro confenfu habetur, *l.fidejuffor, §.pen. fup.de pignor.l.Titius, §.ult.fup.quib.mod.pign.folv.* Plus eft fubfcribere quam fignare. Nam fubfcribere quid eft? fubfcribere non eft nomen nudum fuum fcribere fed & fcripto fignare, fignificare, cui rei, cuique negotio fubfcribat, ut *Novella* 126. Subfcriptio conftat duobus aut tribus verfibus. Quia vero, ut initio propolui, primus neque confenfit venditioni factæ collibertis, neque ipfe vendidit partem fuam, collibertorum partes quas vendiderunt exteris jure fideicommiffi perfequi, & eo nomine agere adverfus collibertos poteft: fideicommiffi perfecutio datur ei, vel eis, qui judicio defuncti peruerunt, id eft, qui non alienaverunt partes fuas exteris. Nam fi omnes partes fuas exteris vendiderunt, nulli competit repetitio fideicommiffi, ut *d.l.quoties & Nov.* 159. quia, ut eleganter docet Papin. alioquin abfurdum erit me tecum agere, quod partem tuam extero vendideris, cum & ipfe idem fecerim: abfurdum me tecum agere quod obfequium defuncto non præftiteris, quod nec ipfe præftiti: me id in te reprehendere, in quo mihi indulfi. Sed hoc ita procedere ait, fi omnes pariter uno eodemque tempore eum fundum extero vendiderint, hoc cafu confumitur fideicommiffum: fecus eft dicendum, fi diverfis temporibus feparatim partes quifque fuas vendiderit. Nam fi primus partem fuam prior extero vendiderit, ceteri qui nondum partes fuas vendiderunt, admittuntur ad petitionem fideicommiffi, id eft, ad partem alienatam a primo. Tum deinde, fi fecundus partem fuam extero vendiderit, tertius & quartus qui nondum partes fuas vendiderunt, admittuntur ad partem fecundi, non etiam primus, qui & ipfe etiam partem ante extero vendiderat, eoque genere ceciderat jure fideicommiffi. Et hoc eft, quod ait Papinianus, eum, qui prior vendidit, non facere partem pofterioribus, id eft, ejus perfonam non numerari in partibus faciendis fideicommiffi, five portionis fecundi, quam fcilic. poft primum fecundus extero vendidit: non venire igitur primum in partem portionis fecundi, fed integram partem fecundi pervenire ad tertium & quartum. Partem, inquam, fecundi, quam in fundo habuit jure legati, & poft primum vendidit extero, non etiam partem quam fecundus fecit ante tertio & quarto in parte primi, id eft, non trientem, quem fecundus tulit ex parte primi, & fimili modo, fimilique ratione poft primum & fecundum tertio quoque vendente partem fuam extraneo, folus quartus, qui nondum vendidit fuam jure fideicommiffi admittitur ad portionem, quam tertius in fundo habuit jure legati, & vendidit extero, non etiam ad partem, quam tertius, cum nondum vendidiffet fuam, fecit quarto in portione fecundi, vel fecundo & quarto in portione primi. Denique fic ftatuamus: collibertorum partes alienatas exteris: quas acceperunt ex caufa fideicommiffi, qui nondum partes fuas vendiderant, eas eos optimo jure retinere, etiamfi poftea partes fuas vendiderint. Optimo, inquam, jure retinere, & ut opinor etiam tranfmittere ad heredem extraneum: nam etiamfi quam partem emerunt a collibertis, eam tranfmittunt in extraneum heredem, *l.pater §.quindecim, tit.feq.* Quia teftator fuam quemque partem duntaxat vetuit extero vendere, quæ obvenit ei jure legati, non partem emptam a collibertis, quibus jure vendita eft, cum fit vendita in familia libertorum, & ftatim atque quis eorum partem fuam colliberto vendidit, defecit conditio fideicommiffi. Conditio autem femel defecta non refumitur, *l.pater, §.ult.fup.de condit. & demonftrat.* Ex his igitur apparet, quid fit quod ait Papinianus hoc loco: Eum, qui tardius vendidit partem fuam, ut puta, tertium, ut Gloffa ponit, recte, ei, qui non vendidit, id eft, quarto, facere partem in partibus fuperiorum, id eft, in partibus primi & fecundi: nec quam femel tulit partem ex eis partibus, etiamfi poftea vendat partem, quam in eo fundo habet jure legati, quartum ei adimere, & avocare poffe, fed partem tantum venditam.

Ad hæc quæro, quid fi & poftremus omnium quartus partem fuam æque extraneo vendiderit? quem cafum palam non attingit Papinianus, quia, ut arbitror, conftabat nulli fupereffe fideicommiffi petitionem, & rem pro eo haberi atque fi ab initio omnes pariter fundum extero vendidiffent, cum omnes figillatim extero vendiderunt. Noviffimi venditio erit confumptio fideicommiffi. Item quæro, quid fit dicendum, fi nemo partem fuam vendiderit, & noviffimus moriatur fine liberis, relicto herede extraneo? Hunc cafum attingit Papinianus, & ait etiam hoc cafu non fupereffe fideicommiffi petitionem, quia fcil. ex libertis fupremo moriente fine liberis, re tranfmiffa ad extraneos heredes, nullus fupereft ex familia libertorum. Ponendum igitur, partes collibertorum quod & ipfi deceffiffent fine liberis, perveniffe ad eum, qui noviffimus diem fuum obiit, alioquin liberi libertorum ad fideicommiffum vocarentur, noviffimo heredem relinquente extraneum. Nam prohibita alienatione extra familiam, cenfetur etiam prohibita inftitutio extranei heredis, *l.peto, §.ult.fup.hoc tit.l.8.§.ceterum, C.de fec.nup.* Item quæro, an etiam liberi libertorum ad fideicommiffum vocentur? Fac, inter eos libertos, quib. fundus legatus eft, effe libertam, quæ filium fufcepit, hic matri extraneus heres eft, quia patris non matris familiam fequitur: Quæro, inquam, an in parte fundi, quam mater accepit ut liberta, filius ejus, quamvis matri fit extraneus heres, præferatur aliis libertis, qui eandem familiam & idem nomen habent, quod ipfe tamen filius non habet? Et fubjicit Papinianus, filium libertæ præferri collibertis, quamvis non fit ex eadem familia, his verbis: *Cum inter libertos ad prædii legatum liberta quoque fuiffet admiffa; quod patronus petiit, ut de nomine familiæ non exiret, heredem libertæ filium partem prædii, quam mater accepit, retinere vifum eft.* Quæ verba nolo divelli a fuperioribus, nec ex illis confici alium §.quoniam ad eandem fpeciem pertinent, ut & Gloffa fenfit, quæ ad hæc verba: *de nomine familiæ*, fubaudit, *libertorum*; Videtur ergo hæc mens fuiffe teftatoris, ut liberti partes fuas conferrent fuis liberis quibufcunque, vel fuis, vel extraneis liberis, aut his deficientibus collibertis: quam interpretationem voluntatis etiam Papinianus introduxit in fpecie *l.cum acutiffimi, C.de fideic.* Alium heredem extraneum excluderent colliberti, fed non filium heredem extraneum. Denique collibertis præferuntur liberi legatariorum, etiamfi non fint ex eadem familia. Et ita demum videtur extitiffe conditio fideicommiffi, fi quis eorum libertorum, vel libertarum, quibus fundus legatus eft, non liberis fuis aut collibertis, fed aliis extraneis partes fuas reliquerunt. Familiæ nomen in hoc genere fideicommiffi aliquando latius accipitur. Nam & emancipati ad fideicommiffum vocantur licet mutarint familiam, *l.peto, §.ult. fup. hoc tit. l. filius familias, §.cum pater, fup. tit. prox.* Et is, qui fuit gener, vel nurus, quamvis hi omnes revera ex eadem familia non fint, quia plerumque ex opinione noftra nobis funt pro familiaribus: & Jurifconfulti eft fecundum judicium & opinionem noftram accipere, augere, & producere fignificationem verborum. Poftremo quæro, fi cum primus, fecundus, tertius partes fuas extero vendidiffent, & ita quæfita effet quarto fideicommiffi petitio, qui non vendidit partem fuam, & mox antequam peteret fideicommiffum, vita decefferit quartus fine liberis, relicto herede extraneo, an tranfmiferit in heredem extraneum petitionem fideicommiffi? Et definitur in *l. feq.§.pen.* qui fuo ordine latius explicabitur, eum tranfmififfe petitionem fideicommiffi, cujus dies eo vivo cefferat etiam ad extraneum heredem.

Ad §. Cum existimaret.

Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona perventura: codicillis ab eo factis pluribus fideicommissa reliquerat, jure successionis ad duos ejusdem gradus possessione devoluta: rationibus æquitatis & perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem relevandam respondi: sed libertates ab ea præstandas, quas intercidere damni causa durum videbatur.

SEquitur ut exponamus §. *cum existimaret*, in quo hæc proponitur species & quæstio: qui existimabat ab intestato jure cognationis bona sua omnia perventura ad consobrinam, ignorans se habere etiam patruum vel avunculum magnum, id est, matris suæ patruum vel avunculum, qui eodem gradu est quo consobrina, nempe quarto, & æque cognatus ac consobrina: codicillis factis ab intestato, pluribus fideicommissa & fideicommissarias libertates a sola consobrina reliquit, quod existimabat solam sibi successuram jure prætorio, sive jure cognationis: post mortem ejus non consobrina tantum, sed etiam avunculus magnus ab intestato pro partibus æquis ei successerunt, accepta bonorum possessione unde cognati: Quæritur, an ii, quibus fideicommissa in codicillis relicta sunt a consobrina, sola consobrina teneatur in solidum? Quod videtur, quia ea sola nominatim rogata est fideicommissa præstare, & ad eam solam scripti sunt codicilli. Et sane ipso jure ita est, eam solida fideicommissa præstare debere: & tamen Papinianus respondet æquitate subnixus aliter, nempe consobrinam onere fideicommissorum pro parte dimidia esse relevandam, quam ei abstulit concursus avunculi magni: hoc exigere rationem æquitatis, ne oneretur supra dimidiam, quæ dimidiam tantum accepit, quam etiam credibile est testatorem oneraturum non fuisse tot fideicommissis, si existimasset non ad eam solam omnia sua bona perventura: hoc etiam exigere ait exemplum edicti perpetui. Et credo Papinianum intelligere edictum prætoris de bonis libertorum, quo a liberto herede instituto extraneo, patrono prætertito, & patrono petente bon. poss. cont. tabul. liberti, & evincente dimidiam partem bonorum liberti, ut ante Justinianum obtinuit, heres scriptus pro parte dimidia, quam ei aufert patronus, relevatur præstatione legatorum & fideicommissorum, & pro ea tantum parte dimidia, quam sibi retinet, legatariis & fideicommissariis obstringitur salva Falcidia, quod patet ex *l. Plautius, de condit. & dem. l. 20. §. libertus, de bon. libert.* Et eodem exemplo, si filius exheredatus per querelam inofficiosi testamenti, vel filius præteritus per bonorum possessionem contra tabul. heredi scripto evicerit partem dimidiam, heres scriptus pro ea parte, quæ evicta est, præstatione legatorum & fideicommissorum exoneratur, *l. etsi contra, in fi. de vulg. l. 11. §. Imperator, inf. ad leg. Falcid.* At rursus quæri potest, an is cui partem aufert heredi scripto, pro ea parte legatariis, ac fideicommissariis teneatur? Et dicemus incunctanter, pro ea parte legata & fideicommissa intercidere, quia is, qui ad alteram partem venit, rogatus non est, & quia ad eam venit suo jure, non beneficio judiciove defuncti. Idque comprobat etiam *l. prox. in princ. sup. & l. cum duobus, C. de inoffic. testam.* Et male Accursius hoc loco, fideicommissa ab utroque præstari pro partibus hereditariis: quia certo certius est, fideicommissa intercidere pro parte ejus, qui propter cognationem suo jure cum muliere concurrit in successione intestati, quo nomine etiam Accursium reprehendit Paulus Castrensis. Nec obstat huic sententiæ, *lex militis, in prin. sup. de milit. test.* quæ merito potest objici, nec tamen objicitur, quoniam in ea lege is, qui partem hereditatis aufert heredi instituto ex asse, legata testamento relicta præstat pro parte sua quam evicit. Quod pugnare videtur cum superiore sententia. Sed ideo præstat legata pro parte sua, quia si inspiciatur diligenter species hujus legis, eam partem

A aufert ex judicio defuncti militis, qui post testamentum, factum in quo alium heredem scripserat ex asse; eum codicillis ad testamentum factis heredem scripsit ex semisse priori in testamento scripto adempto semisse, quo casu ambo præstant legata communiter. Quid enim justius est, quam ut judicium conservet & impleat, qui ex judicio defuncti ad hereditatem venit? In legibus autem supradictis, qui partem aufert heredi scripto, vel heredi aut successori legitimo, quem solum sibi heredem aut successorem fore defunctus arbitrabatur, suo jure venit, non ex judicio defuncti, & idcirco, nec judicio defuncti adimplendo obstringitur: hæc longe sunt diversa, jure suo, & judicio defuncti, *l. cum ab uno, sup. hoc tit. l. illud in princ. sup. de jure codicill. l. post emancipationem, tit. seq.* cujus quidem legis necessario nobis hoc loco sententia explican-
B da est, quoniam ea lex responso huic opponi solet. Cum filia suscepta post emancipationem patris existimaret patruum solum sibi heredem fore ab intestato jure agnationis, excluso avunculo, qui cognatus est, & ignoraret etiam patruum sibi cognatum esse, non agnatum, nimirum soluta agnatione per emancipationem patris, factis codicillis ab intestato patruum rogavit, ut partem dimidiam hereditatis avunculo restitueret, & amplius agros duos, & aliis quoque pluribus ab eodem patruo fideicommissa reliquit: utroque succedente ab intestato per bonorum possessionem unde cognati, patruo & avunculo, quoniam sunt cognati ejusdem gradus. Scævola in eadem *l. post emancipationem* ait, non consistere quidem fideicommissum hereditatis, quod avunculo relictum est, quia suo jure partem hereditatis obtinet ab inte-
C stato; consistere tamen fideicommissum agrorum pro parte patrui; fideicommissa quoque aliis a patruo relicta patruum debere in solidum præstare, nec relevari pro parte, quamvis præter opinionem defunctæ evicta sit ei pars, quod pugnat omnino cum iis, quæ ante dicta sunt de relevando herede pro parte onere legatorum aut fideicommissorum. At breviter respondendum est, id quod scribit Scævola ita se habere directo & summo jure, & ad jus civile sive jus summum spectare Scævolam, ut & Marcellum in simili specie in *l. pen. sup. de jur. codicill.* sed ut ad Marcellum in *d. l. penul.* ita ad Scævolam addendum est: imo duntaxat partem a patruo deberi, secundum rationem æquitatis, quam Papinianus spectat & notat in hoc responso & secundum exemplum prætorii edicti: & huic distinctioni in-
D ter jus civile & æquitatem prætoriam etiam Accursius acquiescit, & a nobis latius explicata est ad Africanum in *l. 15. de jure codicill.*

Non est omittendum, quod hoc loco Papinianus, cum dixisset consobrinam pro parte dimidia, quam ei fecit avunculus magnus, esse exonerandam præstatione fideicommissorum, subjicit, *libertates tamen ab ea esse præstandas*, libertates scilicet fideicommissarias: Nam directæ codicillis factis ab intestato jure non dantur: libertates igitur fideicommissarias a consobrina esse præstandas in solidum: nisi dixerunt, libertatibus quoque præstandis pro parte tantum consobrinam alligari, coheredem autem ejus non alligari pro sua parte, ut *d. l. illud, de jure codicill.* sic fiet ut libertates, quæ pro parte præstari non possunt, quæ individuam causam habent, *l. duobus, de*
E *liber. caus.* recidant in irritum, quod esset durum & iniquum. Durum, *inquit*, videbatur libertates intercidere causa damni, *id est*, ob causam damni, quod mulieri, a qua relictæ sunt adfert concursus heredis legitimi. Verum addendum est ad Papin. servum, qui petit a muliere fideicommissariam libertatem, debere ei offerre pretium, quo mulier redimat a coherede servi partem, deinde manumittat. Alioquin servus repellitur exceptione doli mali, vel officio judicis, *l. judicatæ, ff. de except. rei judic. l. qui gravi, & seq. de jure codicill.* Quod exposuimus etiam supra ad primum responsum proximæ l. Bivium datur mulieri ad consequendam partis æstimationem, exceptio doli mali, & officium judicis, sive prætoris fideicommissarii. Etiam non omittam, male Accursium edi-

ctum

ctum perpetuum, de quo hoc loco agitur, interpretari, ut edictum ſemper ubique generale, ut ſimili errore apud Cicer. 2. *de legib.* Diagoræ Thebani legem perpetuam. Adrianus Turnebus vir magnus, legem generalem interpretatus eſt. Poteſt idem eſſe perpetuum & generale, fateor: ſed non omne generale perpetuum eſt, nec contra omne perpetuum generale. Perpetuum dicitur tantum comparatione temporarii; generale comparatione ſpecialis vel ſingularis. Perpetuum autem prætoris edictum fecit lex Cornelia, de qua Dio 36: & Aſconius in oratione pro Cornelio, ex quo ſcilicet omnes prætores perpetuo idem jus dicerent: edictum enim antea erat annuum, & ipſius quoque prætoris imperium erat annuum, §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Et pro varietate prætorum varia quoque erant edicta, niſi ſi quod forte caput translatum per omnium edicta ambulabat. At lege Cornelia hodie prætores ex perpetuis & ſimilibus edictis jus dicunt, non ex annuis, quæ poſuerint ipſi ſuo arbitratu.

Ad §. Pater, qui filio.

Pater qui filio ſemiſſem dederat, & ſororibus ejus impuberibus quadrantes, quibus fratrem tutorem dedit, ita fuerat locutus, fili contentus eris pro tuo ſemiſſe aureis ducentis, & vos filiæ pro veſtris quadrantibus, centenis; Vice mutua liberis fideicommiſſum hereditatis reliquiſſe non videbatur, ſed æſtimationem, ut a parentibus frugi fieri ſolet, patrimonii ſui feciſſe, nec idcirco fratrem judicio tutelæ bonæ fidei rationes quandoque præſcriptione demonſtratæ quantitatis excluſum.

IN §. ſequenti, hæc proponitur ſpecies: Pater filium heredem ſcripſit ex ſemiſſe, & duas filias impuberes ex quadrantibus ſingulas, iiſdemque fratrem tutorem dedit. Deinde ita cavit: *fili contentus eris pro tuo ſemiſſe ducentis aureis & vos filiæ contentæ eritis pro veſtris quadrantibus ſingulæ centenis aureis.* Quæritur, an vice mutua, videatur liberis fideicommiſſum hereditatis reliquiſſe, puta ut frater ſororibus ſemiſſem reſtitueret, & viciſſim ſorores fratri alterum ſemiſſem, id eſt, duos quadrantes? Et reſpondet Papinian. in hac ſpecie, nihil de mutuo fideicommiſſo ſignificari, cujus nec ulla utilitas eſſet. Imo quod ridiculum eſſet, ut ait *l. ſi fundus, infr. ad l. Falcid.* ſi quantum frater daret ſororibus, tantum ferret ab eis, & vice verſa. Verum ea cautione eove ſermone per poſt adſcriptas filiis ſuis partes hereditarias dicimus, patrem feciſſe videri patrimonii ſui æſtimationem, idque totum æſtimaſſe quadringentis aureis, quod & plerumque, ut ait, parentes frugi, id eſt, boni patresf. facere ſolent quibus vires ſui patrimonii in numeratu ſunt & in comperto. Quia tamen falli poſſunt, ideo nihil ea æſtimatio officit veritati, ſi revera pluris ſit patrimonium, quam id æſtimaverit, aut ſi minoris ſit, ut *l.* 15. §. *ult. ſup. ad l. Falc. l. ſi fundum*, §. *ſi libertus, ſup. tit. prox. l.* 1. *C. arb. tu.* Et ideo, ſi in hac ſpecie ſorores a fratre tutelæ judicio exigent rationem pluſquam ducentorum aureorum, non poterit frater ſe tueri exceptione quantitatis demonſtratæ a patre, quia in quantitate ineunda falli potuit pater, ſed ex bona fide ſororibus ratio reddenda erit: & maxime notandum ex hoc loco, tutelæ judicio contineri tutelæ adminiſtratæ rationes bonæ fidei, id eſt, revocatæ rationes ad veritatem, ut ſcilicet reddantur finita tutela, & bonam fidem & veritatem idem eſſe.

Ad §. Titio fratri.

Titio fratri ſuo Mævius herereditatem Seji, a quo heres inſtitutus erat, poſt mortem ſuam reſtituere rogatus, eodem Titio herede ſcripto, petit, ut moriens Titius tam ſuam quam Seji hereditatem Sempronio reſtitueret, cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommiſſi debitam quantitatem Titius percepiſſet, æris alieni loco non eſſe deducendum fideicommiſſum reſpondi, quoniam ratione compenſationis percepiſſe debitum videbatur. Plane ſi ea lege Mævius Titium heredem inſtituat, ne fideicommiſſum ex teſtamento Seji retineat, Falcidiam compenſationi ſufficere ſed iniquitatem occurrere. Prudentius autem fecerit, ſi ex teſtamento fratris hereditatem repudiaverit, & inteſtati poſſeſſionem acceperit, nec videbitur dolo feciſſe, cum fraudem excluſerit.

IN §. Titio hæc proponitur ſpecies: Sejus Mævium heredem inſtituit & oneravit fideicommiſſo his verbis: Rogo te, Mævi; ut poſt mortem tuam hereditatem meam ad Titium fratrem tuum pervenire facias: Mævius eundem Titium fratrem ſuum heredem inſtituit & rogavit, ut moriens ipſe Titius tam ſuam, id eſt, ut ipſius Mævii, quam Seji hereditatem Sempronio reſtitueret. Quod attinet ad Mævii hereditatem, utilis inſtitutio, utile fideicommiſſum eſt: quantum vero attinet ad Seji hereditatem, etiam pro quadrante, quam ex Sejana hereditate Mævius retinere potuit jure Falcidiæ, utilis inſtitutio, utile fideicommiſſum eſt. At pro dodrante Sejanæ hereditatis, quem Mævius moriens cœpit debere Titio fratri ſuo, inutilis inſtitutio eſt, quia creditor debitori fruſta legat & relinquit, quod ab eo creditor ex alio teſtamento petere poteſt, *l. unum ex familia 69. in pr. ſup. hoc tit. l. ſi debitor. inf. de lib. leg.* Et conſequenter, inutile eſt fideicommiſſum, quia a creditore fruſtra alii relinquitur, quod ei creditori debetur, *l.* 3. *ſi rem, tit. ſeq.* Debetur autem ei, nempe Titio dodrans Sejanæ hereditatis ex teſtamento Seji jure fideicommiſſi a Mævio relicti, quem ſibi Sejus heredem fecerat. Et ideo in ſpecie propoſita, in ponenda ratione legis Falcidiæ, primum deducit Titius dodrantem hereditatis Sejanæ tanquam æs alienum, quod ſibi Mævius ex teſtamento Seji debebat. Nam hoc eſt certiſſimum, antequam ineatur ratio legatorum & fideicommiſſorum & legis Falcidiæ deduci debere omne æs alienum defuncti. Sic igitur deducit Titius fideicommiſſum ſibi debitum ex teſtamento Seji uſque ad dodrantem, deinde ex reliquis bonis Mævii omnibus detrahet Falcidiam, & reſiduum reſtituet Sempronio, *l.* 6. & 8. *C. ad l. Falcid.* Ab hac definitione, quæ certiſſima eſt, excipiuntur in hoc §. duo caſus, quibus etiam, quod attinet ad totam hereditatem Sejanam, utilis inſtitutio, utile fideicommiſſum eſt. Unus caſus hic eſt. Si poſt mortem Mævii fructus a Titio dum vixit medio tempore percepti ex bonis Mævii, efficiant pretium dodrantis Sejanæ hereditatis, qui ei debetur ex teſtamento Seji. Nam hoc caſu fructus cum debito compenſatur, & ratione compenſationis Titius fideicommiſſum, quod ei debebatur ex teſtamento Seji, percepiſſe intelligitur, ut in *l.* 15. §. *quod avus, ff. ad l. Falcid.* Et hoc eſt, quod ait in hoc §. *cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommiſſi debitam quantitatem Titius percepiſſet; æris alieni loco non eſſe deducendum fideicommiſſum reſpondi, &c.* Hoc igitur caſu Sempronio poſt mortem ſuam Titius hereſve ejus, qui ad vicem Titii propius accedit, reſtituet utramque hereditatem Mævianam & Sejanam, deducta Falcidia, niſi & fructus medio tempore percepti Falcidiam etiam repleant, & debitum Seji, & debitum ſcilicet & Falcidiam, quia fructus medio tempore perceptos ante diem reſtituendæ hereditatis placet imputari in Falcidiam, *l. in fideicommiſſariam, ff. ad S. C. Treb.* Et eo modo reſtituere tenetur integram Mævianam & Sejanam hereditatem. Alter caſus, quo etiam, quantum attinet ad hereditatem Sejanam; utilis inſtitutio, utile fideicommiſſum eſt, qui proponitur in hoc §. illo loco: *Plane ſi ea lege Mævius Titium heredem inſtituat*, hoc eſt, ſi Mævius Titium fratrem ſuum heredem inſtituerit ea lege, ne in ponenda ratione legis Falcidiæ deduceret fideicommiſſum ei debitum ex teſtamento Seji, æris alieni loco; ſed compenſaret cum Falcidia quam retineret ex utriſque bonis Mævii & Seji, dodrantem vero utrorumque bonorum Sempronio reſtitueret. Nam ſervanda eſt ea lex & voluntas Mævii, idque obtinebit & conſequutur Sempronius apud arbitrum legis Falcidiæ, non remedio cautionis Mutianæ, ut Rogerius voluit: non

remedio propriæ cautionis, de implendo modo, ut Accurs. voluit, quia neque modus, neque conditio ulla injicitur institutioni, quum ab instituto testator petit, ne debitum deducat, sed compenset cum Falcidia. Verum id Sempronius consequetur, ut ait *l.* 12. *inf. ad l. Falcid.* remedio exceptionis doli mali, quam opponet Sempronius Titio, fideicommissum debitum ex testamento Seji contra voluntatem Mævii deducere & reputare volenti, videlicet si tantum Titius habeat in Falcidia, quantum est in quantitate fideicommissi debiti Titio ex testamento Seji. Et idem comparat *l. is cum fideicommissum, ff. ad l. Falcid. & l. Lucius, §. maritus, in fin. ff. ad S. C. Trebel.* Duo sunt casus, quos exposui. Priore casu fideicommissum Titio debitum ex testamento Seji, compensatur non cum Falcidia, sed cum fructibus medio tempore perceptis ex æquitate. Posteriore casu compensatur cum Falcidia ex judicio defuncti, ex lege quam defunctus dixit, & utroque casu compensatio fit, Vel hoc, cum l. Falcidia, non quantacunque sit Falcidia minima vel maxima, Vel illo casu cum fructibus. Non quanticumque sint fructus, ut Accurs. voluit, sed compensatio fiet pro modo concurrentis quantitatis, quod est pari pecunia, *l.* 15. *§. quod avus*. Nam si quid amplius sit in debito, quam in fructibus, vel in Falcidia, sane id dodranti detrahitur, tanquam æs alienum, *d. l.* 15. *§. cum fideicomm.* Verum hoc posteriore casu Papin. ait, iniquitatem & fraudem aliquam occurrere; & errorem in hoc negotio: *sed*, inquit, *iniquitatem occurrere*, sic legendum, quam postea vocat fraudem, *erat*, inquit, *hic dolus aliquis, iniquitas aliqua*, quod sic demonstrat, quia etsi testator, qui fideicommissum debitum jubet compensari cum Falcidia, palam non prohibeat Falcidiam, quod etiam non potuit ante Justin. Novel. *l. nemo, sup. tit. prox. l.* 15. *§.* 1. *inf. ad l. Falci.* tamen quodammodo fraudem fecit legi Falcidiæ, eamque re ipsa labefactavit, atque convulsit. Nam si verbi gratia, plus non sit in Falcidia quam in debito, Titius jure Falcidiæ nihil habere videbitur, quandoquidem quod Falcidiæ ratione deducit, id jam ei debebatur ex testamento Seji, nec desiderat deberi. Quamobrem occurrente fraude & iniquitate ejusmodi, Papinian. Titio prudens consilium dat, ut repudiato testamento Mævii fratris sui, qui superstites nullos liberos reliquit, ab intestato ejus hereditatem possideat: atque ita se expediat insidiis paratis a Mævio. Poterit autem omisso testamento fratris hereditatem ab intestato amplecti ex hac causa, impune & citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti*, quoniam in illud edictum is tantum incidit, qui dolo malo in fraudem legatariorum vel fideicommissariorum omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem: nam hoc Titius non facit dolo malo in fraudem aliorum, sed fraudis sibi structæ vitandæ potius, & injuriæ a se propellendæ causa, ob quam, plane licet omittere testamentum quasi suspectum & insidiosum, & venire ab intestato, ut *l.* 42. *de adq. heredi. l.* 6. *§. si patronus, si quis omissa causa testam. hered. ab intest. adier.* Et ita est explicandus hic §.

Ad §. a te Peto.

A te peto marite, si quid liberum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis sive meis propinquis, aut etiam libertis nostris; non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni respondi.

Uxor a marito herede instituto prædia quædam legavit per fideicommissum, his verbis: *Rogo te, ut illa prædia liberis tuis reliquas, si quos liberos habueris tempore mortis, vel si liberos non habueris, ut ea relinquas tuis vel meis propinquis, vel libertis nostris.* Quæritur, an possit maritus ex iis quos uxor demonstravit, quos volet eligere, quibus prædia relinquat? Et eleganter respondet Papinianus, nullam electionem esse datam marito, sed in fideicommisso prædiorum factam esse substitutionem.

A Constat ut heredibus, ita legatariis & fideicommissariis substitui posse, *l. ut heredibus, sup. tit. prox.* & liberis substitutos propinquos mariti, & propinquis mariti substitutos propinquos uxoris, propinquis uxoris substitutos communes libertos ordinem scripturæ factum substitutioni, id est, substitutioni impositum esse ordinem scripturæ, qui sequendus sit. Idque apparet ex primo gradu substitutionis, quia dixit, *si liberos non habueris*, quare & sequentes gradus eodem modo accipiendi sunt. Ergo ordinem scripturæ sequamur, sic sane, nisi cum refragatur voluntas defuncti, ut in *§. fidei tuæ, sup.*

Ad §. Ultimum.

Vicos civitati relictos, qui proprios fines habebant, ex
B *causa fideicommissi non ideo minus deberi placuit, quod testator fines eorum significaturum, & certaminis formam, quam celebrari singulis annis voluit alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præventus non fecit.*

Testator civitati vicos quosdam legavit per fideicommissum: & mox deinde alia scriptura dixit, se significaturum fines eorum vicorum & certaminis formam, quam celebrari in eis vicis quotannis vellet, nec tamen usquam significavit postea morte præventus. Quæritur, an ideo minus debeatur fideicommissum prædiorum? Et ait, non ideo minus deberi, quia fuit omni ex parte perfectum: & pollicitatio illa, *se significaturum fines & genus certaminis, quod ibi quotannis vellet celebrari*, pro supervacua est. Quod supervacuum
C est, non vitiat legatum aut fideicommissum: quæ abundant non vitiant scripturam. Et ita explicato hoc responso incongrue plane videbuntur ei oppositæ leges, quæ opponuntur in Glossa, quas mitto, quia nihil habent commune cum hoc responso. Non est omittendum hoc responsum Papiniani celebrari, & in testimonium vocari ab Imperatore in *l. pen. de inst. & subst.* trahique ejus rationem ad hanc speciem: *Ille mihi heres esto secundum conditiones infra scriptas*, nullas conditiones infra scripsit, non ideo minus erit heres. Nam utique pure heres institutus videbitur, quia pollicitatio illa conditionum supervacua est, ergo inanis. Vicos autem legatos civitati, rusticos intelligit, ut in *tit. C. lib.* 11. *ut nemo ad suum patr. suscipiat vicos vel rusticanos eorum*. Vici constant ex villis diversorum hominum,
D quod plerunque sint castello domini insignes, etiam castella vocantur. Pagorum appellatio latius patet, ut cum Cæsar Helvetiam ait, fuisse divisam in quatuor pagos, *en quatre pays, contrèes*, ut etiam Plinius dixit Pagum Gesorianum, *le pays de Grisons*. Pagus, *pays, contrèe*, ut hodie constat, & in testamento Caroli Magni, Pagus Turonicus, Pagus Niversensis, Pagus Cabilonensis; *Chalons*; & in vita Gelasii, Pagus Lemovicus *Limosin*, Absolvi legem pulcherrimam, quam qui tenet, multa præclara & singularia tenet.

Ad L. X. de Ann. Legat.

Sejo amico fidelissimo, si voluerit, sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo filiorum meorum intervenire,
E *annuos senos aureos, & habitationem, qua utitur, præstari volo, non ideo minus annua Sejo pro parte hereditariæ viventis filiæ deberi placuit, quod ex tribus filiis Titia, duo aliis heredibus institutis vita decesserunt; cum tam labor, quam pecunia divisionem reciperent.*

Primi responsi species hæc est: Titia duos filios puberes, & filiam quoque puberem unam heredes instituit ex æquis partibus, & Sejo negotiorum suorum procuratori, si vellet etiam eodem modo post mortem suam filiorum suorum negotia procurare, & eorum rebus intervenire, legavit per fideicommissum senos aureos annuos, & habitationem, qua gratuito utebatur viva Titia, quæ habitatio alioquin finiretur morte Titiæ, si

non legaretur, ſi eadem non eſſet heredum voluntas, ut habitatione frueretur, *l. Lucius, ff.de don.* Poſt mortem Titiæ duo filii vita deceſſerunt, extraneis heredibus inſtitutis, ſorore ſuperſtite, cujus duntaxat negotia Sejus adminiſtrabat. Nam filiorum negotia translata ſunt ad heredes extraneos: Quæritur, an Sejo debeantur ſeni aurei annui? Et reſpondet Papinianus, ei non deberi annuam illam præſtationem ſenum aureorum, niſi pro parte hereditaria filiæ, cujus ſolus negotia gerit, id eſt, binos aureos tantum ei deberi. *Quia, ut labor*, inquit, *ita pecunia diviſionem & deminutionem recipit.*

Minuitur labor Seii mortuis filiis, & eorum partibus translatis ad heredes extraneos, ergo minuenda eſt annua præſtatio, quæ Sejo relicta eſt penſandi laboris cauſa. Operæ numero dividuntur, *l.libertus, qui poſt.inf. de oper. libert.* Tres autem olim erant Seii operæ, quæ tribus filiis præſtabantur, hodie una tantum eſt opera, quæ filiæ ſuperſtiti præſtatur: ergo & qui olim erant ter bini aurei, hodie erunt bini tantum, quæ eſt ſententia hujus reſponſi elegantiſſima. Recte ponit Papinianus, filios inſtituiſſe extraneos heredes. Nam ſi ſororem heredem inſtituiſſet, neque minueretur labor Seii, neque annua præſtatio: quod & hic Bartolus obſervavit recte: quod ſi omnes filii ſuperſtites eſſent, nec tamen vellent uti opera Seii in negotiis ſuis, proculdubio Sejo per quem non ſtat quo minus eorum negotia gerat, deberetur præſtatio annua, niſi filii haberent juſtam cauſam improbandæ operæ Seii *l.Mævia, inf.hoc tit.* Quid enim ſi fraudulenter Sejus negotia gerat? annua præſtatio ei relicta eſt fidei remunerandæ gratia, non ſi fides ejus deficeret & collaberetur, quod & Titia demonſtravit, cum in legando ita dixit, ut proponitur hoc loco, *Sejo amico fideliſſimo*. Huic autem reſponſo Papiniani unum tantum eſt, quod probabiliter opponi poſſit, quod ſumitur ex *l.annua, in prin.inf.hoc tit.l.Cajo, §.1.l.Stichus, §.ult. de ali.leg.l.1.C. de leg.* In omnibus his legibus eadem fere ſpecies proponitur: Annua alimenta legata ſunt Titio, ſi moraretur cum matre aut filio & herede defuncti, vel quoad moraretur cum eo & cum ea. Conditioni paruit L. Titius, habitavit cum filio, vel matre defuncti, deinde mortuus eſt filius, vel mater ſuperſtite L. Titio, an poſt mortem filii vel matris annua L. Titio debentur? Et conſtat inter omnes deberi, quia veriſimile eſt, teſtatorem ſenſiſſe de perpetua præſtatione, quamdiu viveret L. Titius. Cur & in ſpecie propoſita non interpretemur annuam præſtationem Sejo perpetuo relictam, & integram eam Sejo deberi etiam poſt mortem filiorum? Rationem expediet *l.illis libertis, ff.de cond. & demonſt.* quoniam evidens eſt, Titiam propter filiorum utilitatem annua Sejo legaſſe, ut negotiis eorum interveniret, quibus in alios translatis & finitis in perſona filiorum, morte eorum, nulla amplius supereſt cauſa percipiendi legati. Nam etſi legatarium propter filii aut matris utilitatem appareat, cum filio aut filia morari voluiſſe in ſpecie ſupradictarum legum, quæ huic opponuntur ut ſcilicet legatarius eſſet in actu vel obſequio, vel miniſterio filii aut matris defuncti, hoc caſu morte filii, vel matris finiretur annua præſtatio; ſed in dubio ei, cui annua alimenta legantur, ſi moretur, vel quo admoretur cum filio vel matre defuncti, eo genere videtur relicta habitatio certa in uſum ejus, ut apud illum ſcil. vel illam moretur apud aliquem ex heredibus teſtatoris. Illud non eſt prætermittendum, quid ſit dicendum in ſpecie propoſita de habitatione Sejo relicta: Nam de annuis reſcribit tantum Papinianus ea deberi pro parte duntaxat hereditaria viventis filiæ: de habitatione nihil reſcribit, quæ etiam relicta fuit Sejo, ut negotiis filiorum interveniret? credo, habitatio eſt individua, ut rectiſſime ſentit Accurſ. in *l. penult. §. ſi uſuſfr. infr.ad leg. Falcid.* nec pro parte præſtari poteſt: non poſſum domum, aut cœnaculum aut membrum pro parte habitare; pro parte non habitare, facta ſunt individua: pecunia eſt dividua. Quamobrem annua quidem pecuniæ præſtatio dividetur mortuis duobus filiis, ſed non præſtatio habitationis.

Ad §. Medico.

Medico Sempronio, quæ viva præſtabam dari volo, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.

MEdico mulier legavit per fideicommiſſum, quæ viva ei præſtabat: non præſtabat autem ei certam erogationem annuam, puta, tot aureos, vel tot culleos vini, vel tot pondo argenti, ſed modo hac, modo illa re: & modo largius, modo parcius quotannis medicum munerabatur. Quæritur, ex cauſa fideicommiſſi ſupradicti, quid ei debeatur. Reſpondet nihil deberi: quia incertum eſt fideicommiſſum, & incerta liberalitatis voluntas. Et nota fideicommiſſum liberalitatem appellari, ut in *l.cum non facile, ff.ſi quis, pluſq.per l.Falcid.* Legatum aut fideicommiſſum rei incertæ inutile eſt, *l.cum poſt, §.gener, ſup.de jur.dot.* Paulus 3.*Sent.tit.de legatis. Legatum niſi certæ rei ſit, nullius eſt momenti*, & ita ſalarium incertæ pollicitationis dicitur non deberi, *l.qui mutuam, §. ſalarium, mand.* nec votum incertæ pecuniæ, apud Titum Livium 31.

Ad §. Uxori.

Uxori præter id quod a me vivo annui nomine accipiebat, aureos centum dari volo, annuum videtur, & ſemel centum aureos reliquiſſe.

UXori per fideicommiſſum legavit, præter id quod vivus annui nomine ei præſtabat, centum aureos. Quæritur, utrum ſemel tantum, an quotannis centum aurei præſtandi ſint? Et reſpondet, ſemel tantum eſſe præſtandos, quia nihil pro centenis aureis ſignificavit, ſed tantum dixit, *ut præter annua, quæ vivus uxori præſtabat*, quæ etiam vult ei præſtari poſt mortem, eo amplius ei præſtentur centum aurei, non annui quidem, quoniam hoc non dixit, ſed ut ſemel tantum inferantur, annua tamen deberi poſt mortem ejus, quæ præſtitit vivus. Nam cum dixit, *præter*, comprehendit etiam fideicommiſſo annuum, quod vivus præſtabat, & *præter* ſignificat ultra, ut apud Sueton. in Aug. *Prætterquam Decembri menſe, quo ſcilicet conſtabat frequentatos fuiſſe ludos Saturnaliorum luſibus aliis, feſtis, profeſtiſque diebus*: & l.1. *in fine ſup. de pigner. act.* qui æs pro auro pignori dedit, tenetur contraria actione pigneratitia præter ſtellionatum, quam fecit. Et ſtellionatus crimine tenetur, & contraria pigneratitia, nec ea vox ſemper exceptionem facit.

Ad §. Ultimum.

Liberis dari volo, quæ viva præſtabam, & habitatio præſtabitur, ſumptus jumentorum non debebitur, quem actori domina præſtare ſolita fuit utilitatis ſuæ cauſa. Ideo nec ſumptum medicamentorum medicus libertus recte petet, quem ut patronam ejuſque familiam curaret, acceptabat.

LIbertis reliquit, quæ viva præſtabat: etiam habitatio, quam præſtabat, eis debetur, ut in *l. Sempronio, tit. ſeq.* ut & cetera, quæ eis præſtabat annua in uſum ſcilicet, & utilitatem eorum. Nam fideicommiſſo etiam non continentur ea, quæ libertis præſtabat utilitatis ſuæ cauſa, veluti ſumptus iumentorum, quos liberto actori præſtabat excurrenti ad negotia ſua: vel ſumptus medicamentorum, quos liberto Medico præſtabat, ut ſe familiamque ſuam curaret. Medicus olim ipſemet conficiebat medicamenta, non, ut fit hodie, ab alio confici imperabat. Quamobrem recte Paulus 3. Sentent. tit. *de leg.inſtrumento medico legato, legato cedere omnem apparatum conficiendorum medicamentorum.*

Ad Leg. XXV. de Uſu & uſufructu leg.

Qui fructus prædiorum uxori reliquit, poſt mortem ejus prædia cum reditibus ad heredes ſuos redire voluit: imperitia lapſus nullum fideicommiſſum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reverti dedit. Etenim reditus futuri non præteriti temporis demonſtrati videbantur.

UXori legavit fructus ſive uſumfr. prædiorum, & verbis fideicommiſſi declaravit ſe velle, ut poſt mortem uxoris fructuariæ, prædia cum fructibus redirent ad heredes ſuos, quod utique fieret ipſo jure, etiam ſi hoc non dixiſſet, quia morte fructuariæ finitur uſusfructus, & revertitur ad proprietarium ſuum, ſive conſolidatur, id eſt, ſolida proprietas heredum fit. Et ait, tale fideicommiſſum nullum eſſe, propter illam rationem quam attigi, quia heredes mortua fructuaria ſuo jure prædia & fructus habituri ſunt. Inutiliter mihi relinquitur, quod meo jure habiturus ſum, citra ſpeciem legati, *l. cum pater, §. curatoris, ſup. de leg. 2. l. poſt emancipationem, de leg.* 3. Senſit utique teſtator hoc loco de fructibus futuris poſt mortem fructuariæ, ut redirent ad heredes, non de fructibus præteritis, quos fructuaria percepiſſet: ſed, ut ait, juris imperitia lapſus teſtator ita legavit fruſtra & inutiliter quod & citra legatum ad heredes perveniret. Et hæc eſt ſententia hujus legis.

Ad L. Uxori meæ IX. de Dote præleg.

Uxori meæ fundum Cornelianum, & quæ nuptura obtulit æſtimata in ſpeciebus reſtitui volo. Reſpondit non æſtimatum prædium in dotem datum, exceptum non videri, ſed univerſa dote prælegata rerum æſtimatarum pretium non relictum; verum ipſas res, quales invenirentur.

UXor marito in dotem dedit fundum Cornelianum inæſtimatum, & alias pleraſque res æſtimatas. Fundus inæſtimatus proprie dicitur dotalis, *l. unica, §. in fundo, C. de rei uxor. act.* quia licet ſit in bonis mariti dotis cauſa conſtante matrimonio, tamen ſoluto matrimonio plerumque is ipſe fundus mulieri reddi debet, nec interim a marito alienari poteſt. Alia eſt conditio fundi, vel alterius rei æſtimatæ, quoniam ſi fundus æſtimatus ſit, vel quæ alia res in dotem oblata, ſoluto matrimonio liberatur maritus, ſi malit mulieri ſolvere æſtimationem, non rem ipſam, *l. 11. §. de jur. dot.* Et fundum æſtimatum maritus alienare poteſt, quia pro emptore habetur: & lex Julia de fundo dotali, de inæſtimato loquitur, non de æſtimato. Hoc cognito finge, maritum, qui ab uxore in dotem fundum Cornelianum acceperat inæſtimatum, & alias pleraſque res æſtimatas, mandaſſe heredibus ſuis, ut poſt mortem ſuam eas res æſtimatas mulieri reſtituerent in ſpeciebus ipſis, ac ſi initio inæſtimatæ fuiſſent. Quæritur, an etiam is ipſe fundus, qui inæſtimatus eſt mulieri reddi debeat: an vero ſatis ſit, ejus fundi æſtimationem mulieri ſolvi, quod poſſet quis tentare, quoniam qui jubet æſtimatas tantum res in ſpeciebus ipſis reſtitui, non quidem adjecta illa taxatione tantum, ſed qui de æſtimatis tantum rebus loquitur, ut mulieri reſtituantur in ſpeciebus ipſis, poteſt videri aliud ſenſiſſe de fundo inæſtimato, ut non in ſpecie ipſa reſtituatur, ſed liberum ſit heredibus offerre fundi pretium. At Papinia. aliud judicium eſt, qui & fundum ipſum inæſtimatum vult mulieri reſtitui, non pretium, quaſi noluerit teſtator mutare jus & conditionem fundi inæſtimati, ſed fundi tantum æſtimati, vel aliarum rerum æſtimatarum. Itaque univerſa dos mulieri reſtituenda eſt in ſpeciebus ipſis, tales quales fuerint tempore ſoluti matrimonii, *quales invenirentur*, inquit: quibus verbis ſignificat, & deteriores factas recte reſtitui, ut *d. l. 11. in pr. & l. 12. de jure dot.* Potuit enim maritus conſtante matrimonio eas res uſu deterere. Et hæc eſt ſententia hujus reſponſi.

Ad Legem III. de Inſtruct. & inſtrum. leg.

Fundum inſtructum libertis patronus teſtamento legavit, poſtea codicillis petit, ut morientes partes ſuas fundi ſuperſtitibus reſtituerent, nec inſtructi mentionem habuit: talem in cauſam fideicommiſſi deductam videri placuit, qualis fuerat legatus, ſed medii temporis augmenta fœtuum, & partuum, item detrimenta fatalium fideicommiſſo contineri.

LEgavit patronus libertis ſuis fundum inſtructum, & verbis fideicommiſſi petiit ab eis, ut morientes partes ſuas fundi ſuperſtitibus reſtituerent, id eſt, in eo fundo eos invicem precario ſubſtituit: & dixit, partes ſuas fundi, non partes ſuas fundi inſtructi. Sed quod dixi in legando, ſe libertis legare fundum inſtructum, id in fideicommiſſo ad communionem adſumitur, & repetitum intelligitur, ut in *l. cum pater, §. cum imperfecta, ſup. de leg. 2.* ut ſcilicet morientes liberti partes ſuas fundi inſtructi, uti legatus eſt, ſuperſtitibus reſtituant. Itaque qualis fundus legatus eſt, talis etiam in fideicommiſſum deductus eſſe intelligitur. Logicum eſt quod Bartolus dixit hoc loco, & iiſdem fere verbis uſurpat Valerius in epiſt. ad Ruffinum. ne ducat uxorem, quæ exſtat inter opera D. Hieronymi: Logicum eſt, inquam, talia eſſe ſubjecta qualia præmiſerint prædicata: ut in propoſito, tale erit fideicommiſſum, quale fuit legatum: fuit legatum fundi inſtructi: & fideicommiſſum igitur erit fundi inſtructi. Et ſubjicit Papinianus quod eſt ſatis difficile, *fideicommiſſo hujuſmodi contineri augmenta fœtuum & partuum, & detrimenta fatalium*, quæ verba non intelligens Martinus, tentabat ut Accurſ. notat, addita negatione hoc loco legere *fideicommiſſo non contineri*, perperam, quia etſi inſtrumento non contineantur pecora fundi, quæ ſcilicet in fundo paterfam. habuit, ut ex eis pecoribus, ut ex grege pecorum fructus caperet, vel negotiaretur venditis fœtibus pecorum, *l. de grege hoc tit.* continentur tamen inſtructo, *l. 2. C. de verbor. ſignif.* Et hic proponitur legatus inſtructus fundus: patet latius inſtructi nomen, quam inſtrumenti legatum. Ergo inſtructo continentur etiam fœtus pecorum fundi, qui ſubmiſſi gregem retinent, & retentant, *l. deducta, §. hereditatem, ff. ad Trebell. l. 11. §. ſi ſervi de jur. dot.* Addit Paulus, *3. Sentent. tit. de leg.* etiam inſtructo contineri pecora, quæ patrifamil. inſtruendarum epularum gratia in fundo comparata ſunt. Ergo & fœtus eorum, quibus latius inſtruuntur epulæ patrifamil. qua Pauli ſententia ductus valde probo, quod omnes libri veteres habent Varronis 2. de re ruſtica, *eum, qui parat pecus, ſcire debere in grege, quot feminas habeat, quot parere poſſunt, quot arietes, quot utriuſque generis ſoboles, quot epulæ ſint alienandæ*: quæ poſtrema verba nullum non vexant, ſed intelligere oportet, quot epulæ inſtruendæ ſint hominibus diſtrahendæ. Nam & epula ſingulariter antiquos potuiſſe Feſtus ſcribit. Conſtat etiam inſtructo contineri mancipia, quæ in fundo habuit paterfam. ſui cultus & miniſterii cauſa, & uxores & natos, ut ait *l. quæſitum, §. contubernales, h. tit.* uxores & infantes, *§. uxores quoque, in eadem, l. quæſitu.* Vulgari ſermone infantes accipiens pro natis, ut D. Hieronymus in Geneſim ait, ſua ætate Romæ omnes filios vocatos infantes, ut ſcilicet in idiotiſmo noſtro, *enfant*. Denique partus ancillarum, quæ in fundo inſtructo ſunt, partus, nati, infantes & ipſi inſtructo continentur. Et huc valde pertinet lex penult. *infr. hoc tit.* quæ oſtendit etiam medio tempore agnata, a teſtamento facto ſcilicet in diem mortis teſtatoris inſtructo cedere. Quid vocat *agnata*? niſi fœtus & partus. Ergo recte etiam Papinianus ait hoc loco, *medii temporis*, a die ſcilicet mortis teſtatoris in diem fideicommiſſi cedentem, *augmenta fœtuum & partuum fideicommiſſo contineri*. Et addit, *ut augmenta, ita etiam detrimenta fatalium*, quæ alii vocant damna fatalia, quæ ex improviſo contingunt, nec evitari poſſunt, fideicommiſſo contineri. Quid hoc eſt? augmenta ſcilicet augere inſtructi lega-

legatum: detrimenta fatalia minuere? puta, ſi ſuo facto deperierint pecora, vel mancipia, vel fœtus aut partus, inſtructum recipere augmentum & deminutionem. Et ita hoc primum reſponſum explicatum eſt. Sequitur aliud. A

Ad §. Minor.

Minor viginti annis instructa prædia conſobrinæ ſuæ dari voluit, & quoſdam ſervos prædiorum vivus manumiſit. Non idcirco ſervi manumiſſi præſtabuntur, quod ad libertatem pervenire non poſſunt. Idem juris eſt, cum ex quavis alia cauſa libertas non competit.

Minor viginti annis, cui per l. Æliam Sentiam non licet ſervum manumittere nec inter vivos, niſi B vindicta, cauſa probata apud conſilium prætoris vel præſidis, nec teſtamento, conſobrinæ ſuæ legavit inſtructa prædia quædam. In inſtructo iſtorum prædiorum erant ſervi, quos vivus poſt teſtamentum manumiſit inutiliter, libertas ſervis non competit. Vel finge, manumiſit eos utiliter causa probata conſilio, ſed extrinſecus ſupervenit alia cauſa, quæ libertati impedimento eſt, veluti quæſtio adulterii, ut in *l. cum filius, §. ſervus, ſup. de leg. 2.* Quæritur, an ii ſervi, qui a teſtatore non jure, aut fruſtra manumiſſi ſunt, inſtructo prædiorum cedant? Et reſpondet Papinian. non cedere: recte, quia deſtinatione teſtatoris inſtructo exempti ſunt, etiamſi ea deſtinatio ad effectum perducta non fuerit, ut in *l. 19. §. ultim. inf. de pec. leg.* Et hoc quoque modo inſtructi legatum vel fideicommiſſum deminutionem C recipit. Nec obſtant tres leges, quas Accurſ. in medium profert, tanquam huic reſponſo contrarias, *l. ſervum filii, §. ſi idem, de leg. 1. l. ſi ſervus legatus, §. ſi ſervus, eodem tit. l. qui teſtamento, de leg. 2. l. cum ita, §. ult. de opt. leg.* In iis omnibus oſtenditur, eodem ſervo legato, & manumiſſo inutiliter non perimi legatum ſervi. Diſtinctio aliqua adhibenda eſt, ut hæ leges cum hoc reſponſo in concordiam adducantur. An adhibebimus hanc diſtinctionem, qua utitur. Gloſſa in *d. l. qui teſtamento.* Aut antiquius eſt legatum ſervi manumiſſione, ut in hoc reſponſo, & tunc manumiſſio, quamvis ſit inutilis, argumentum eſt adempti aut deminuti legati; aut manumiſſio inutilis, cujuſve conditio defecit poſtea, nihil refert antiquior eſt legato, & utile legatum eſt. Sed hanc diſtinctionem refellit *d. l. ſervum filii §. ſi idem*: quæ legatum anti- D quius facit manumiſſione, & tamen ſtatuit utile eſſe legatum? An igitur, ita diſtinguemus ut Accurſ. hoc loco. Aut ſpecialiter ſervum legavit, & legatum utile eſt, etiam ſervo manumiſſo, modo ſit manumiſſio inutilis, alioqui legato præponderat manumiſſio. Aut generaliter ſervum legavit, ac manumiſit inutiliter, & legatum inutile eſt. Hanc diſtinctionem etiam refellit *d. l. cum ita, §. ultim.* quæ ſervo legato generaliter & manumiſſo ſub conditione, deficiente conditione libertatis ait: etiam in eo ſervo legatum conſiſtere, & eligi eum ſervum poſſe ab eo, cui homo generaliter legatus eſt. An igitur potior erit hæc ultima Accurſ. diſtinctio? Aut eodem teſtamento legavit ſervum, & inutiliter manumiſit eadem ſcriptura, eodem tempore, & quaſi momento, non videtur tam cito a legato recenti, quod fecit juncta ſcriptura penitus E receſſiſſe, ſed ita demum, ſi libertas ſervo competere poſſit. Aut teſtamento ſervum legavit & manumiſit inter vivos, ut in hoc reſponſo, & hoc plane videtur feciſſe conſulta opera, legati adimendi aut minuendi gratia. Multum intereſt duobus inſtrumentis quid fiat, diverſiſque temporibus, an inſtrumento uno, tempore uno, *l. quingenta, ſup. de probat.* conjuncta *l. plane, §. ſed ſi non corpus, ſup. de leg. 1.* Et hæc probabilior diſtinctio eſt. Sequitur *l. 9. de alim. & cib. leg.*

Ad L. IX. de Alim. leg.

Alio herede inſtituto, ita ſcripſi: a te peto Gai Sei, quicquid ex hereditate mea redegeris, illis alumnis meis des, ſingulis denos aureos eandemque ſummam penes te eſſe volo, cujus ex incremento eos alere, te volo, reliquum reſtitues Numerio conliberto noſtro. Reſpondi quamvis diſtrahere bona, Gajus Sejus alio ſcripto herede non poſſit, tamen eum alumnis relictam pecuniam, ut ſervet ac reſtituat intra Falcidiam recte petiturum, quod de ſuperfluo probari non poteſt.

IN *l. 9. de alim. legat.* proponitur teſtator L. Titium heredem inſtituiſſe; deinde C. Sejum, quem neque heredem inſtituerat, nec ei quidquam legaverat, feciſſe diſpenſatorem ſive curatorem & executorem certa in re, de qua mox dicemus, ſupremæ voluntatis ſuæ. Idem etiam dicitur miniſter, ἐπίτροπος, & ὑπουργός in Baſilicis, ut memini me dicere lib. 7. ad *l. 8. hoc tit.* λειτουργός. Cujus pars etiam eſt de executore ſupremæ voluntatis, & apud Diogenem Laertium in teſtamento Theophraſti & Stratonis ἐπιμεληταί τῶν, &c. Et hoc cauſam dedit Bartolo in hac præcipue l. ſuopte ingenio multa quærendi, excogitandi, adinveniendi de executoribus ſupremarum voluntatum, cujus traditiones pleraque hac de re in mores abierunt, licet nulla certa lege ſubnixæ ſint, ſed ingenio tantum illius hominis, quoniam de executoribus teſtamentorum pauca legibus prodita ſunt, quæ ſola decrevi etiam paucis explicare. Et leges nihil fere dant executoribus ſupremarum voluntatum, mores dant hodie nimium.

Cum igitur in hac lege proponatur teſtator Cajum Sejum elegiſſe executorem ſuæ voluntatis, videamus, qua in re eum elegerit & fecerit executorem. Nimirum petiit ab eo, ut auctioni ſive venditioni bonorum ſuorum intereſſet, vel præeſſet, & quidquid pecuniarum ex ea venditione redigeret Cajus Sejus, ex eo in primis reſervaret, & ſeponeret alumnis teſtatoris ſingulis denos aureos, non annuos, quod perperam additur in quibuſdam codicibus, ſed ſingulis ſemel duntaxat attribuendos, eamque ſummam, puta, triginta aureorum, ſi erant tres alumni, teſtator Cajum Sejum penes ſe habere voluit, & ex ejus ſummæ incremento alumnos alere & tueri, ſuperfluum autem incrementi Numerio reſtituere colliberto. Incrementum vocat uſuram ſupradictæ ſummæ triginta aureorum. Uſura eſt incrementum ſortis, πλεονασμός, ut dixerunt 70. *Levit.* 25. Reliquum autem quod redactum eſt ex venditione rerum hereditariarum, ſane voluit teſtator L. Titium heredem inſtitutum ſuo jure ſibi habere: hæc eſt teſtatoris ſuprema voluntas. Et primum quidem conſtat Cajum Sejum, non poſſe facere auctionem bonorum, quia heres non eſt, hoc munus eſt heredis, non diſpenſatoris vel executoris. Et hoc Papinianus ponit pro certo atque confeſſo. Sed quæritur, an Cajus Sejus ab herede petere poſſit alumnis relictam pecuniam, ut eam ſecundum voluntatem teſtatoris alumnis ſervet & reſtituat, alendo eos ex uſuris ejus pecuniæ ſalva heredi Falcidia, ſi locum habeat: nam ex relicto alimentorum Falcidiam detrahi conſtat, *l. hereditatem, & l. Divi, ff. ad l. Falcid.* Et hic locus aperte probat, id eſſe veriſſimum, dum ait, *intra Falcidiam*, id eſt, ſalva heredi Falcidia, relictam pecuniam alumnis eis a Cajo Sejo eſſe ſervandam intra Falcidiam, id eſt, citra Falcidiam, quæ heredi ſalva eſſe debet, ut in Gloſſa *intra*, id eſt, *citra*: ſicut retro *citra* pro *intra*, ſæpiſſime apud Cornelium Tacitum legitur. Quæſtioni autem propoſitæ Papinian. ita reſpondet: Cajum Sejum ab herede poſſe petere pecuniam deſtinatam alimentis alumnorum teſtatoris, quod favorem alimentorum extorſiſſe apparet ex eo, quod Papinian. ſubjicit, *C. Sejum non habere etiam petitionem ſuperflui uſurarum ejus pecuniæ, quod Numerio relictum eſt.* Quia extra cauſam alimentorum alumnis præſtandorum, vel extra quam aliam piam cauſam, ut probat *l. nulli, C. de epiſ. & cler.* nudo executori in heredem nulla eſt actio; nam & cauſa alimentorum, piis cauſis adnumeratur, maxime ſi pauperibus relinquantur alimenta, *l. nulla, hoc tit. & Novell. 131.* illo loco, εἰς πτωχῶν τροφὰς, &c. In alimenta, inquit, pauperum & in alias pias

pias causas, neque quidquam amplius de nudo executore supremæ voluntatis legibus proditum est præter id, quod jam habuimus *sup.* in *l.*8.

Ad §. Eum quoque.

Eum quoque libertum inter eos, quibus cibaria, item vestiarium patrona, quæ viva præstabat, reliquit, recte fideicommissum petiturum existimavi, qui annuos viginti aureos & menstruum frumentum, atque vinum acceptavit.

HUic priori responso Papinian. subjicit aliud, quod ad longe aliam speciem pertinet quam superius, & vulgo confunditur male cum superiore. Patrona per fideicommissum reliquit libertis suis cibaria & vestiaria, quæ viva præstabat. Inter libertos est unus, cui viva præstabat annuos 20. aureos, & menstruum frumentum atque vinum. Quæritur, an huic etiam liberto ex superiore fideicommisso debeantur 20. aurei annui & frumentum vinumque menstruum quod viva ei præstabat? Posset dici non deberi, quia non hæc libertis reliquit per fideicommissum, sed cibatum & vestitum, cibaria & vestiaria. Et tamen Papinianus ait, Eum libertum ex causa fideicommissi ferre id omne, quod acceptavit a viva, id est, annuos aureos 20. & menstruum frumenti, vinique certum modum, certam erogationem, quam viva faciebat: & falsam demonstrationem non officere fideicommisso, quod omnino congruit cum *l.Titia*, *§.ultim.sup. de ann.leg.* vulgo non intelligunt quæ sit vis, aut qua in re consistat vis hujus responsi. Acceptare, quo verbo utitur, est verbum proprium præstationum annuarum, ut in *l.Sejo*, *§. ult.de ann.leg.l.qui nominibus*, *§.ult.D.de admi.tut.l.tale §. post divisionem*, *sup.de pact.*

Ad L. XXIV. de Liberat. leg.

Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit; itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit, quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit, ideoque repeti potest.

TEstator heredem rogavit, ut debitorem suum, id est, debitorem heredis proprium, non debitorem testatoris liberaret; debitor ante apertas tabulas testamenti, cum ignoraret sibi liberationem legatam, ignoraret id etiam heres, heredi bona fide solvit. Quæritur, an postea cognita voluntate testatoris, debitor soluti condictionem habeat tanquam indebiti? Et respondet non habere, quia de eo tantum cogitasse testator videtur, quod in obligatione mansisset, non quod esse desiisset solutioni citra dolum heredis: ut hic ponitur dolo caruisse heres, qui ignorabat tenorem testamenti, clausis tabulis testamenti, necdum apertis. Nam si dolus heredis interveniat, ut si post apertas tabulas cognita voluntate testatoris, quod sibi debitor debuit, qui ignorat voluntatem testatoris, exegerit, propter dolum heredis, qui fraudem fecit voluntati testatoris, & distulit aditionem, ut exigeret debitorem contra voluntatem defuncti, hoc casu debitori condictio indebiti competit: differentiam igitur facit inter scientem & ignorantem voluntatem defuncti, quia in illo dolus est, in hoc nullus dolus est, & tamen in *l.si quis*, *§.1. sup. de leg.*1. dicitur indistincte, heredem servum proprium a se legatum si manumiserit, legatario teneri, sive scierit, inquam, sive ignoraverit a se legatum. Ne dicas, ut Glossa ibi, heredem servum manumisisse post aditam hereditatem: idem erit, si manumiserit ante aditam hereditatem: & verius est, sic esse definiendam rem omnem, facto heredis legatum perimi non posse, veluti manumisso servo legato, sive scierit, sive ignoraverit esse legatum: & in specie hujus l. etiam facto heredis non perimi legatum liberationis, sed facto debitoris solventis, si ignorans solverit ignoranti, legatum perimitur, non etiam si ignorans solverit scienti.

Ad L.XXIV. de Adim. leg.

Legatum sub conditione datum, cum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personæ cohæreat. Nam si quis uxori, sublatis liberis legaverit, repetita conditio non videbitur, quæ fuit in persona mulieris necessaria.

IN principio legis 24. ostenditur, legatum relictum sub conditione, si adimatur & transferatur in alium, translatum videri sub conditione, nisi, inquit, prioris legatarii personæ conditio cohæreat, ut quo exemplo utitur, si uxori legatum sit sub conditione, si liberos susceperit, etiam si legatum illud translatum sit in aliam mulierem, non intelligitur repetita esse eadem conditio, si & alia mulier liberos susciperet, quia ea conditio cohærebat personæ uxoris, quasi maxime necessaria in persona uxoris ex *l.Papia*, ut beneficio liberorum caperet legatum, cujus ex *l.Papia* alioquin incapax est ex testamento mariti. Quamobrem & ea conditio frequenter adscribitur legato uxori relicto, *l. 9. & 25. & 60. inf. de cond. demonstr.* In persona alterius mulieris, quæ erat capax, nec indigebat beneficio liberorum, non fuit ea conditio necessaria: ideoque nec repetita intelligitur. Et cum hac sententia Papinian. congruit omnino *l.Cajum*, *in pr.sup.de adim.leg.& l.*94. *inf.de cond.& demonstr.* Verum obstat huic sententia *l. sub conditione*, *sup.de heredib.instit.* quæ ait, conditionem adscriptam heredi instituto, non videri repetitam in substituto, in quem videtur transferri hereditas: an aliud est in hereditate, aliud in legato? Minime vero, sed hoc ideo ita est proditum in *d. l. sub conditione*: quia in substitutum non transfertur hereditas. Alioquin transfertur cum omni suo onere, cum omni causa sua, sed ei datur directo: & idem dicerem in substituto legatarii. Noli igitur separare hereditatem a legato, sed separa substitutum legatarii aut heredis instituti ab eo, in quem transfertur hereditas mutata voluntate, eodem testamento, vel alio, aut legato, vel fideicommisso.

Ad §. Pater.

Pater hortos instructos filiæ legavit, postea quædam ex mancipiis hortorum uxori donavit, sive donationes confirmavit, sive non confirmavit, posterior voluntas filiæ legato potior erit. Sed & si non valeat donatio, tamen minuisse filiæ legatum pater intelligitur.

PRoponit, testatorem hortos instructos filiæ legasse, postea servum, qui erat in instructo vel instrumento hortorum, donasse uxori inter vivos, etiamsi donatio non sit confirmata ultimo judicio donatoris, id est, etiamsi inutilis sit, deminutum intelligitur esse legatum hortorum instructorum, etiam donatio inutilis, sicut manumissio inter vivos minuit legatum. Et posterior voluntas, id est, donatio collata in uxorem, legato filiæ est potior, id est, legato filiæ servus donatus eximitur, licet donatio effectum non habuerit. Et conjungi omnino debet hic locus cum *l. 3. §.ultim. supr.de instr.leg.* & observa testatorem ex instructo hortorum uxori donasse alio instrumento, nempe inter vivos, & in eo servo legatum esse inutile, licet donatio inutilis sit: secus esset dicendum, si eodem testamento donasset eodem instrumento, ut *l.ultim. §.ultim.de aur.& arg.leg.* Proponitur, quædam legasse cuidam universa ornamenta sua. Deinde eodem testamento jussisse ornamenta quædam sua insumi in funus & condi, forte sarcophago, & huic voluntati non paruisse heredes,

quod

quod potuerunt impune, non conſumpſiſſe ea ornamenta, an debentur ei, cui univerſa ſunt ornamenta legata, an cedunt lucro heredum? Et dicitur: in eis ornamentis, quæ conſumi juſſerat legatum conſiſtere. Quod eadem ſcriptura non penitus minuiſſe videtur, ſed ita demum ſi ornamenta conſumerentur, quod confirmat diſtinctionem a nobis heri approbatam. De donatione autem inter virum & uxorem confirmata teſtamento ſunt repetenda, quæ dixi in *l.54. de donat. inter vir. & uxor. & l. cum pater, §. pater filiæ, de leg. 2.* A

Ad L. XVI. de His, quib. ut ind.

Cum tabulis ſecundis pater impuberi filio fratris filios coheredibus datis ſubſtituiſſet, ac ſubſtituti fratris filii B *poſt mortem pueri matrem ejus partus ſubjecti ream poſtulaſſent, ut hereditatem patrui legitimam obtinerent: victis auferendam eſſe partem hereditatis ex cauſa ſubſtitutionis, reſpondi, quia ex teſtamento ſententiam ſecundum ſe dictam non haberent.*

INitio hujus legis hæc proponitur ſpecies. Pater filio impuberi, quem habet in poteſtate heredi inſtituto ſubſtituit ex parte in ſecundum caſum, quæ ſubſtitutio pupillaris appellatur, id eſt, pupillare teſtamentum, ſubſtituit ex parte filios fratris, qui impuberi ſunt fratres patrueles, & alios quoſdam. Poſt mortem patris, mortuo etiam filio intra pubertatem, filii fratris teſtatoris, matrem pupilli ream fecerunt ſuppoſiti partus, ita ſcilicet vindicantes ſibi totam hereditatem patrui ab inteſtato, qui non ac- C cuſata matre pupilli ſuppoſiti partus ex teſtamento pupilli, id eſt, ex ſubſtitutione pupillari tuliſſent tantum partem, tanquam ſubſtituti in partem duntaxat. Nam ſi ſubſtituti fuiſſent in aſſem, jure ſubſtitutionis laturis aſſem, omnino nihil potuiſſet accuſatio ſuppoſiti partus, ſed ideo eam inſtituerunt, ut irritum facerent teſtamentum pupillare, & ab inteſtato patrui totam hereditatem obtinerent. Et ſane ſi in ea accuſatione obtinuiſſent, proculdubio totam patrui hereditatem ab inteſtato vindicaſſent & excluſiſſent coheredes ſibi adjectos in teſtamento pupillari. At ſi non obtinuerunt in accuſatione ſuppoſiti partus, qui hac via captabant aſſem, & partis delatæ ex ſubſtitutione pupillari damnum facient, quia ſubſtitutione ſunt indigni, qui eam oppugnaverunt, negando eos, D quibus facta eſt ſubſtitutio, quæ non poteſt fieri niſi liberis in poteſtate conſtitutis, *l.2. de vulg. & pupill. ſubſt.* Negando, inquam, eos eſſe liberos defuncti, quod utique negant, qui dicunt matrem ſuppoſuiſſe partum, *l.1. §. ultim. de Carbon. edic.* denique, qui captabant totum, & partem amittunt, quam alioqui obtinuiſſent. Sic ſæpe falluntur aucupes & venatores, dum nimiam prædam affectant, quibus etiam Poetæ ſolent comparare captatores alienorum teſtamentorum. Et eſt vera vox illa vulgo jactitata:

Qui duos lepores inſequitur, is neutrum capit.

Pars autem hereditatis pupillaris, quæ aufertur filiis fratris tanquam indignis, proculdubio cedit in fiſcum *l.9. in fin. hoc tit.* Quæ ut indignis auferuntur, proprio nomine vocantur *ereptitia*, quod a fiſco ea eri- E piantur plerumque exceptis duobus, vel tribus caſibus.

Ad §. Quoniam ſtuprum.

Quoniam ſtuprum in ea contrahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur, ejus qui concubinam habuit, quod teſtamento relictum eſt, actio non denegabitur, idque in teſtamento Coccei Caſſiani clariſſimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes noſtri judicaverunt, cujus filiam, quam alumnam teſtamento Caſſianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quæſitam apparuit.

QUidam Senator Pop. Rom. Rufinam ingenuam mulierem pleno honore dilexit, id eſt, uxorem legitimam habuit: honore iſto pleno ſecernitur uxor a concubina, *l. item legato, §. pen. ſup. de leg. 3. l. donationes ſup. de don. l.13. C. de poſtlim. rev. ab hoſt. l.8. C. de ope. libert.* neque.n. concubina, ſi alterius, quam patroni ſit concubina, matrisfa. id eſt, uxoris legitimæ honeſtatem, habet quamvis jure licito habeatur in *l. probrum, de rit. nupt.* Et hoc maxime concubina diſtat ab uxore dignitate, ſeu honeſtate. *Honore pleno*: Itaque concubina non eſt uxor, ſed uxorem imitatur, ut ait Julianus in Nov. 17. Concubinatus non eſt matrimonium, ſed imitatio matrimonii aut ſemimatrimonii, nec tamen eſt illicita. Imo legitima conjunctio, quod noſtri ignorant quomodo fiat, quia non ſunt in uſu concubinæ hodie, niſi in montanis quibuſdam regionibus. Ergo & matrimonium & concubinatus, utraque legitima conjunctio eſt, *l. in concubinatu, in fin. de concub.* Cum concubina ſtuprum non committitur, etiamſi is, qui eam habet, non ſit ejus patronus. Patronus dicitur honeſtius libertam habere concubinam, quam matremfam. id eſt, uxorem juſtam, *l.1. §.1. ſup. de concub.* Sed tamen & non patronum dicimus habere poſſe concubinam impune, nec cum ea ſtuprum committere. Et hoc eſt quod ait §. hujus initio, *ſtuprum in ea non contrahi, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur.* Quæ ſe patroni concubinam eſſe patitur, hoc eſt certum, quia honeſtius a patrono habetur ut concubina, quam ut materfam. Sed & in ea ſtuprum committi non placet, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur: *non patroni*, id eſt, *exteri* nomine infinito, ut fit ſæpe, vice nominis uſurpato. Senator igitur Pop. Rom. ut initio poſui, Rufinam in matrimonio habuit, & poſt mortem Rufinæ, filiam ejus, id eſt, privignam ſuam in concubinatum adſumpſit, in matrimonium non potuiſſet, non eſt vitrico connubium cum privigna: nec ſoluta adfinitate morte uxoris, quod Inſtitutiones docent: & ſæpe fit, ut cum qua non eſt juſtum matrimonium, ſit tamen juſtus concubinatus, quod non eodem honore habeatur concubina, quo juſta uxor, non eodem numero, ut in *l.1. §. qui autem, & §. ultim. & l. ult. ſup. de concubin.* Contra, videtur in hac ſpecie Senatori cum privigna non fuiſſe juſtum concubinatum, quia fuit ingenua, nata nimirum ex Rufina ingenua muliere, *l. quod ex liberta, C. de oper. libert.* legend. *quod ex libera.* Cum ingenua autem muliere nec juſtus concubinatus eſt, *d. l. in concubinatu, ſup. de concub.* ut & Vopiſcus refert, Aurelianum Imperatorem concubinas ingenuas habere vetuiſſe. At ita reſpondet, imo & in concubinatu haberi poſſe ingenuam, quæ vulgo corpore quæſtum fecerit, *d. l. in concubinatu*. Et in hac quoque ſpecie, ut Papinianus ait, *apparuit ſupradictam privignam, vulgo quæſitum, ſive quæſtum*, ut habent Florentini propius vero, ſed deficiente verbo *feciſſe*, quod ſupplendum eſt, *apparuit*, inquam, *ſupradictam privignam, vulgo quæſtum feciſſe*, ut in extremo hujus reſponſi eſſe legendum, jampridem oſtendi. Jure ergo Senator eam habuit in concubinatu, & conſequenter jure eam ut concubinam Senator teſtamento ex parte heredem inſtituit ſub appellatione alumnæ, adiecta coherede nepte ejuſdem Senatoris. Juſtæ enim concubinæ plus habent hac in re, quam habuerint juſtæ uxores. Ante Juſtinianum, uxores non habebant, niſi beneficio liberorum ſolidi capacitatem ex teſtamento mariti, concubinæ habebant. Cum concubina igitur eſt teſtamenti factio, ut hic locus aperte demonſtrat, & ſolidi capacitatem habet concubina, ut dixi, & habuit ante Nov. Juſt. *de natur. lib.* Cum concubina eſt teſtamenti factio, quia ſtuprum cum ea non contrahitur: cum ſtupro cognita virgine vel vidua non eſt teſtamenti factio, nec ſi militare teſtamentum ſit, ſed quod ei relinquitur, fiſcus occupat, *l. muliere, ſup. hoc tit. l. miles ita, §. mulier, de milit. teſtam.* Et hæc eſt ſententia hujus 2. reſponſ. quam Papin. confirmat ex decreto Severi & Antonini, quos ſolet optimos maximos Principes appellare.

Ad §. Ultimum.

Cum heredis nomen, mutata voluntate paterfam. incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adjudicatum fuisset; eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem D. Marco placuit, & ideo cum suo onere fiscum succedere.

TEstator qui plures heredes scripserat, inciso lino, quo junctæ erant tabulæ testamenti: hoc est incisis tabulis, ut ait, mutata voluntate, unius heredis nomen delevit. Quo facto, quia eum judicavit indignum sua hereditate, fiscus in ejus portionem successit, & successit cum onere legatorum ab eo herede relictorum & fideicommissorum & libertatum, ut D. Marcus decrevit, cujus etiam decreti fit mentio in *l. cum quidam, h. tit.* Et forma decreti exponitur in *l.pen.de iis, quæ in testam. delent.* Cum onere, inquam, legatorum, quia legatariorum nomina etiam testator non delevit. Legatarii retinuerunt voluntatem, is solus heres non retinuit voluntatem, cujus nomen inductum & deletum est. Et generaliter tandem obtinuit ex omnibus causis caduca fieri cum onere, *l.quidam, §.quoties, de leg.1.l.in facto, §.ult.de condit.& demonst.l.3.§.cum ex causa, l.dicitur, inf.de jure fisci l.2.§.ultim.si quis aliq. test.prohib.l. cum fisco, de Senatusc.Syllan.* Maxime autem observandum est in specie hoc loco proposita, testatorem unius tantum heredis nomen induxisse & delevisse, non omnium heredum testamento scriptorum, ex quo evidenter apparet noluisse eum mori intestatum, ut in *l.2.sup.de iis, quæ in testam.del.* Nam si voluisse intestati exitum facere: non unius, sed omnium heredum nomina circumscripsisset: at sane si omnium heredum nomina circumscripserit, voluntatis quæstio est: utrum voluerit intestatus decedere, quod si voluisse eum probaverint legitimi heredes, qui veniunt ab intestato, scriptis hereditatem auferent excluso fisco, nec hoc casu legata, aut fideicommissa debebuntur: quia probarunt eum mori voluisse intestatum, & legata etiam ab intestato fuisse relicta non proponitur, *l. ultim.sup.de iis, quæ in test. delent. l.1.§.pen. inf. si tab. testam. null. ext.* Paulus 4. *Sent.tit.de intestator. successionibus*: ut est legendum, *in collatione legis Dei cum jure civili populi Rom.* cujus auctorem facio Licinium Rufinum, ubi referuntur maxime ad hanc rem apposita hæc Pauli verba: *Intestati sunt & qui linum, ut intestati decederent, abruperunt.* Et rursus quæstio est voluntatis, cum omnia heredum nomina delevit, an heredes scriptos judicaverit esse indignos sua hereditate, quod in dubio præsumitur, nisi aliud probent legitimi heredes, ut supra diximus, & fiscus in locum heredum scriptorum succedit cum onere legatorum. In dubio adsumitur beniguior sententia, ne intercidant legata aut fideicommissa, quæ interciderent, si in dubio res intelligeretur deducta ad causam intestati, *l.pen.sup.de iis, quæ in test.delentur.*

Ad Leg. XCIII. de Condit. & demonstration.

Mater filio suo coheredes sine ulla conditione filias ipsius dedit, ac petiit, ut filias suas emanciparet, ita ut curatores a prætore acciperent: filii videri fidei commisisse placuit, ut eas sui juris constitutas, ad hereditatem aviæ pervenire pateretur, nec ad rem pertinere, si portionem filiarum jure substitutionis quæsisset.

CUm in superiori lege ex Ulpiano propositum esset, fideicommissum, quo heres vel legatarius rogatur filios suos emancipare, jure quidem directo ratum non esse, quia scilicet patria potestas inæstimabilis res est, ut *l.filiafamil. §. secundum, de leg.1.* sed agnito legato, vel hereditate extra ordinem, id est, auctoritate Principis compelli eum posse, ut filios emancipet, ne circumveniatur voluntas testantis, quam utique circumvenit, qui agnoscit legatum & hereditatem, & id tamen, cujus contemplatione legatum vel hereditas relicta est, implere detrectat prolato in eam rem rescripto quodam Divi Severi; nunc in hac lege ex Papin. ejusdem rescripti species & sententia proponitur, quæ talis est. Mater filium suum, & filias ipsius, ut in hac lege, vel filios ipsius, ut in lege superiori, sed nihil refert, id est, neptes, vel nepotes suos heredes instituit omnes pure, nec nepotum, vel neptium institutioni adjecit conditionem emancipationis: si a patre emanciparentur, sed omnes pure heredes instituit, & eos invicem substituit vulgari modo, scilicet in primum casum verbis directis; deinde filium rogavit, ut eos nepotes neptesve emanciparet, ita ut emancipati curatores a prætore acciperent, qui erant minores 25. annis; nec rogavit etiam filium, ut eis restitueret portiones hereditarias eis in testamento ante adscriptas, & filio per eos easve adquisitas jure patriæ potestatis, vel jure substitutionis vulgaris. Nam quod maxime notandum est, in electione & arbitrio est patris substituti, filiis suis, quos habet in potestate, utrum malit ex eorum persona adquirere hereditatem jure patriæ potestatis, jubendo eos adire hereditatem, an non jubendo, ex sua persona eam adquirere jure substitutionis vulgaris, quæ vice mutua facta proponitur: Et in hanc rem est valde singularis *l.Julianus in fine, sup.si quis omissa causa testamenti*: & tamen, ut Papinianus ait, filius rogatus emancipare filios ipsius coheredes ei datos, tacite rogatus videtur post emancipationem iisdem filiis restituere portiones eorum, sive eas quæsierit jure potestatis, sive jure substitutionis. Quo enim emancipatio, nisi ut eis restituat portiones eorum? Quo rogatur eos emancipare, nisi ut mox eis restituat portiones eorum sibi adquisitas quoquo jure? cum in ejus arbitrio fuerit, hoc vel illo jure eas adquirere. Itaque & portiones eorum post emancipationem restituere debet sine mora, alioquin ex mora præstabit fructus & usuras, ut in superiori lege. Et hæc est sententia hujus responsi, congruens omnino cum rescripto Severi, quod proponitur in superiori lege, & aliud ex alio lumen fœneratur, congruens etiam omnino cum *l. quamvis, Cod. de fideicommiss.*

Ad. L. CI. de Condit. & demonst.

Pater Severinam Proculam Ælio Philippo cognato nuptiis testamento designavit; eidem filiæ prædium, si Ælio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliquit, quod si non nupsisset, idem prædium Philippo dari voluit, nondum viripotens puella diem suum objit, respondi, cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat, Ælio Philippo fideicommissum ita datum videri, si ei Procula defuncti filia nubere noluisset, quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri.

AGgredimur *l.101.de condit.& demonst.* quæ continet quinque responsa: tribus primis hoc agitur, ut tribus exemplis propositis ostendat, in conditionibus, quæ testamentis adscribuntur, voluntatem potius testatorum spectari, quam verba. Primum exemplum tale est: pater filiæ impuberi, quam testamento nuptiis Philippo destinavit, filiæ, inquam, impuberi destinatæ Philippo, cum nubilis esset ætatis, prædium legavit per fideicommissum sub conditione, *si Philippo nupsisset, & sub contraria conditione, si Philippo non nupsisset*, idem prædium Philippo legavit; post mortem patris filia Philippo non nupsit, quia & ipsa mox mortem obiit impubes, nec dum facta viripotens, sive viripatiens, ut esse dicendum quosdam existimare Festus refert, credo, quia viripotens dicitur, de mare valido apud Plautum in Persa. Certum autem est filiam legatum in heredem suum non transmisisse, quia pendente conditione vita decessit. At quæritur, an legatum Philippo debeatur? Si verba spectas conditionis, debetur; quia verum est, filiam ei non nupsisse; sed si voluntatem testatoris spectas, ita demum Phi-

Philippo datum videtur legatum, si filia cum nubilis esset & viripotens, ei nubere noluisset. Cum ergo nondum facta viripotens, vita decesserit, non intelligitur extitisse conditio legati, Philippo relicti, & consequenter legatum Philippo non debetur. In conditionibus defuncti voluntas scripto potior est, & primum locum obtinet, & regit conditiones, *l. in conditionibus, sup. hoc tit.* Quod in fideicommissis plerunque servatur, ut in eis plus valeat voluntas, quam scriptum aut nuncupatum, quod est, *l. cum virum, C. de fideicom. l. pen. sup. de leg.* 1. In directis hereditatibus, & legatis sane olim potius sequebantur scripta & formulis inhærebant, ut patet ex *l. commodissime, de lib. & post. l. si alii, sup. de usuf. leg. l. ille aut ille*; §. 1. *sup. de leg.* 3. At meo judicio ex sententia Justiniani, voluntas dominatur in omnibus, ut ait *l. cum quæstio, in fine, C. de legat.* ubi, in omnibus, id est, non tantum in fideicommissis aut conditionibus, sed etiam in hereditatibus & legatis, ut declarat idem Papin. in quæstione 1. hujus legis, nec ineleganter cum alia de re agitur, quam de directa scriptura sive oratione, puta, quid rerum provincialium appellatione testator intellexerit, *l. ex facto proponebatur, §. rerum, sup. de hered. instit.* totum, inquam, facit voluntas defuncti. Nam quid senserit, spectandum. Male autem quidam notant in specie proposita; in fideicommisso prædii filiæ substitutum fuisse Philippum vulgariter. Nam si Philippus filiæ substitutus esset, in utrumque casum admitteretur, sive nollet ei filia nubere, sive non posset per ætatem, ut fit substitutione heredum vulgari, *l. 3. C. de hered. instit.* Qui tamen Philippus negatur admitti ad fideicommissum hoc loco in posteriorem casum, videlicet filia mortua, antequam nubere posset. Multum distat substitutus ab eo, in quem transfertur legatum aut fideicommissum, quod memini me attingere in *l. 24. in pr. de adim. leg.* Qui substituit, non mutat voluntatem collatam in priorem: qui transfert mutat voluntatem, substitutioni non inest ademptio, translationi inest, *l. 5. sup. de adim. leg.* Et in specie proposita, in defectum conditionis filiæ ademptum legatum, & in Philippum translatum intelligitur, sed quia non defecit conditio adscripta filiæ, cum decesserit priusquam implere conditionem posset, nec igitur in Philippi persona legati translatio locum habet: & Baldus immerito pudorem & silentium injecit Ticini, quod Paulus Castrensis refert cuidam Doctori jactanti, se in materia ultimarum voluntatum, de omni re, quæ in quæstionem vocaretur ex tempore respondere posse, cum quæsisset ab eo, quo loco juris nostri proponeretur casus, quo substitutio vulgaris in legatis complecteretur unum tantum casum, *si prior legatarius nollet*, non etiam alterum casum, *si non posset*, & obmutescenti ostenderet hanc legem quasi id proponeret, in qua tamen, ut patefeci, nulla substitutio fuit. Impostura jactantiam elusit.

Ad §. Ita.

Ita fideicommisso dato, volo restituas, si sine liberis decedas, conditi deficit ex voluntate, vel uno filio superstite relicto.

SEquitur aliud exemplum in §. 1. quo demonstratur in conditionibus interpretandis voluntatem potius testatoris considerari, quam verba: fideicommisso dato ab herede sub conditione, si heres sine liberis decederet, si heres unum tantum filium reliquerit superstitem, si verba spectas, extitit conditio fideicommissi, quia non reliquit liberos, sed liberum tantum, ut sæpe Justin. loquitur, & nonnunquam Quintilianus, *Liberi & parentis is est affectus in cæco.* At si voluntatem spectas, conditio fideicommissi defecit, quia vel uno filio superstite, verisimile est testatorem noluisse fideicommisso locum esse, ut *l. ex facto §. si quis, inf. ad Treb. l. 6. §. pen. C. eod. tit. l. 4. C. quando dies leg. ced.* Et sub plurativo numero, si sine liberis, testatorem etiam singularem comprehendisse, quod & usus loquendi admittit, *l. non est sine liberis, de verb. signific.* Divus August. 16. de civitate Dei. *In Latinæ,* inquit, *linguæ consuetudine liberi dicuntur filii, etiamsi non sint uno amplius.* Et ab hac igitur defuncti voluntate, verba prorsus abhorrent.

Ad §. Conditionum.

Conditionum verba, quæ testamento præscribuntur, pro voluntate considerantur: & ideo cum tutores testamento dati, quoniam interea puer adoleverat, id egerint, ut curatores ipsi constituerentur, conditio fideicommissi talis præscripta; si tutelam in annum 18. gesserint, defecisse non videbitur.

TErtium exemplum, quo etiam ostenditur, in conditionibus voluntatem testatoris spectari, non verba, proponitur in §. *conditionum*. Testator filio suo impuberi tutores dedit, & legatum eis reliquit sub hac conditione, *si tutelam filii gessissent in annum octavum decimum*; qui est finis plenæ pubertatis, tutores dati tutelam non gesserunt in eum annum, quia nec potuissent. Finitur enim tutela pubertate incipiente, quæ in mare incipit ab annis 14. completis, in femina 12. sed filio pubere facto id egerunt & curarunt tutores, ut ipsi curatores eidem filio constituerentur & confirmarentur. Inviti non coguntur, cujus tutelam gesserunt, finita ea curam suscipere, §. *qui tutelam, Inst. de excus. tut.* sed sua sponte eam susceperunt, ut in *l. Cajus, de excus. tut. l. 13. §. ult. de tut. & rat. distr. l. 2. §. quæri, de susp. tut. l. cum hereditas, de admin. tut.* Idque fecerunt tutores conditionis fideicommissi sive legati sibi relicti fidei remunerandæ gratia, implendæ gratia: neque tamen eam impleverunt, si verba spectas, quia non tutelam, sed curam gesserunt: At si mentem spectas, testatoris conditionem implevisse intelliguntur. Testatoris, inquam, qui abusus est tutelæ nomine, ut vulgus, & nonnulli alii auctores, id producendo ultra pubertatem inchoatam, usque ad plenam atque perfectam: plena pubertas incipit in mare ab annis 18. in femina a 14. *l. adrogato, §. 1. sup. de adopt. l. Mela, sup. de alim. leg.*

Ad §. Socrus.

Socrus nurui fideicommissum ita reliquerat, si cum filio meo in matrimonio perseveraverit: divortio sine culpa viri post mortem socrus facto, defecisse conditionem respondi: nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori cœperit nupta vel maritus, & ideo nec Mutianam cautionem locum habere; quia morte viri conditio possit existere.

IN §. *pen. hujus l.* proponitur hæc species: socrus nurui fideicommissum reliquit sub hac conditione; *si cum filio meo in matrimonio perseveraveris*, vel, *nurui tot lego, si cum filio meo in matrimonio perseveraverit*. Quæ conditio vi ipsa in non faciendo consistit, ac si dixisset, *si non diverteris a filio meo*. Post mortem socrus, si culpa viri divortium fiat, conditio pro impleta habetur, & fideicommissi petitio mulieri competit, *l. 5. ff. quand. dies leg. ced.* At si divortium fiat sine culpa viri, conditio fideicommissi defecisse intelligitur. Extitisse autem conditionem dicere non possumus ante mortem mulieris vel mariti, quamdiu dissidio sive divortio solvi matrimonium potest. Extitit conditio moriente muliere in matrimonio, quia ut dixi, τῇ δυνάμει, *vel ipsa*, in non faciendo consistit, ut in *l. si ita legatum, inf. hoc tit. l. ult. inf. quando dies leg.* Et ideo in heredem mulieris, qua moriente conditio extitit, fideicommissi persecutio transmittitur. Existit etiam conditio moriente marito in matrimonio, & uxori superstiti fideicommissi persecutio competit. Denique impleri ea conditio potest, non tantum morte mulieris, sed etiam morte viri. Quia igitur morte alterius, quam mulieris, cui fideicommissum relictum est, puta, morte mariti conditio fideicommissi impleri potest, ex eo recte colligit Papin. in hoc §. *pen.* non admitti

mulierem ad petitionem fideicommissi oblata cautione Mutiana, qua promittat, se in matrimonio perseveraturam, quia cautio Mutjana in his tantum conditionibus locum habet, quæ non nisi morte legatarii solius, vel fideicommissarii expleri possunt, non etiam in his conditionibus, quæ expleri possunt, non mortuo tantum legatario, sed etiam vivo, *l. avia, §. Titio, l. cum tale, §. 1. l. Titio fundus, l. hoc genus, h. tit. l. servo invito, §. si testator. ff. ad Treb.* Dices forte in hac specie ominosum esse & infaustum expectare mortem mariti, & ideo mulieri petenti fideicommissum oblata cautione Mutiana non posse objici rem luctuosam & ominosam, conditionem impleri posse ea viva mortuo marito, ut in *l. cum tale, in princ.* Nec sane hoc mulieri objici posse, offerenti cautionem Mutianam, quod morte mariti possit impleri conditio, nisi ab ipso testatore satis evidenter in casum mortis mariti fideicommissum esset collatum, ut fideicommissum, quo de agitur in hoc §. relictum sub hac conditione; *si cum marito in matrimonio perseveraveris*, quod quid aliud est, quam si sola mors eos disjunxerit? Satis igitur manifesto contulit fideicommissum in mortem alterutrius. Denique videtur mulieri & post mortem mariti fideicommissum relinqui, ut in *l. hoc genus, hoc tit.* Proinde mors mariti expectanda est, quod mulierculæ ominosum quidem est, sed testator ita cavit, quod si non cavisset, aut si præsumeretur non cavisse, sane hunc casum, hancve rem abominaretur, ut in *d. l. cum tale*. Glossæ sunt valde suaves, in hac re interpretanda.

Ad §. Ultimum.

Fideicommissa menstrua & annua sub ea conditione liberto relicta, quamdiu res patroni filia gesserit: etsi præstari necesse est filia prohibente res suas administrari: tamen voluntatem filia mutante conditionem resumunt: quoniam plura sunt.

IN §. ultimo hujus legis sequitur hæc species: Patronus liberto reliquit fideicommissa menstrua & annua, quandiu filiæ patroni negotiis interveniret, vel quod idem est, si filiæ suæ negotiis interveniret: filia in rebus suis non vult uti opera liberti, nec habet justam causam improbandæ operæ liberti; hoc casu constat liberto menstrua & annua deberi, quia per eum non stat, quo minus conditionem impleat, *l. Mevia, sup. de ann. leg.* At quæritur si postea filia mutata voluntate velit libertum accedere ad sua negotia, & is recuset, quod semel ab ea reprobatus libertus fuerit, an ei menstrua & annua debeantur? Et respondet, non deberi, quasi conditione defecta: conditio enim eadem sæpius resumitur & repetitur, quia plura sunt legata menstrua & annua, *l. 10. 11. & 12. D. quando dies leg. ced. l. 4. & l. 11. sup. de ann. leg.* Quamobrem plurali numero Papin. dixit fideicommissa, non fideicommissum, & ideo quocunque anno libertus conditioni non obtemperaverit, filia volente uti ejus opera, ei menstrua, & annua non præstabuntur. Eadem conditio plurium legatorum sæpius resumitur, unius autem legati conditio semel defecta, vel impleta non amplius resumitur, *l. quidam, & l. rogo, D. de fideic. libert. l. 3. §. Stichus, de statulib. l. ult. C. de condition. insert.* in illo loco *quod semel repudiatum est ab eo, in cujus persona conditio impleri debuit, redintegrari minime concedimus*; id est, conditio semel impleta non resumitur, quia unum fuit legatum, non plura.

Ad L. V. ad L. Falcid.

Verbis legati, vel fideicommissi non necessarie civitati relinquitur, quod ex causa pollicitationis præstari necesse est. Itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum duntaxat Falcidia minuetur. Quare nec fideicommitti legatarii poterit. Quod si dies aut conditio legatum fecerit, non utilitatis æstimatio, sed totum petetur quod datum est, nec si vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritum quod semel competit.

AD *l. 5. ad leg. Falcid.* notandum est, ex pollicitatione nuda, quam quis ultro facit & irrogatus privato cuidam neminem teneri: imo nec Imperatori, *l. ultim. sup. qui test. fac. poss.* at civitati teneri, Reipublicæ, municipio Rom. etiamsi nuda pollicitatio fuerit, quæ habeat justam causam; sed etsi causam non habeat si modo cœperit facere, quod pollicitus est, quod cœperit facere Reip. causa, id perficere tenetur, *l. 1. & 3. D. de pollicit.* Ex quo sequitur, eum, qui civitati, quid præstare necesse habet ex causa pollicitationis, id est, qui civitati obligatus est (obligatio est necessitas) *non necessarie*, ut Papinian. id est, eum frustra civitati legare, aut per fideicommissum relinquere, quod ei debet. Quod verum est, etiamsi civitati debeat ex alia causa; vel privato, non civitati. Et ideo legatum Falcidiæ non subjici. Dico nihil referre civitati debeat, an privato, quia jus commune hoc est, debitorem creditori frustra legare id, quod ei debet, *l. si debitor, l. legavi, §. ultim. de liber. leg.* Et ideo legatum Falcidiæ non subjici, quia inutile est legatum: & creditorem cui debitor legavit quod ei debuit, si quid ejus fideicommissum sit, fideicommisso non teneri, quia nihil capere ex testamento videtur. Et hoc quidem ita procedit, si plus non sit in legato, quam in debito, quia nulla utilitas legati futura est, *l. Mævius, sup. de leg. 2.* Nam si plus sit in legato, quam in debito, constat non esse inutile legatum, & Falcidiam pati, si ea locum habeat. Plus autem in legato potest esse, vel summa, vel tempore, aut conditione. Inter quæ est nonnulla differentia. Nam si plus fuerit summa, ut si debitor, qui centum creditori debuerit, legaverit centum quinquaginta, in superfluo tantum, id est, in 50. legatum consistit, ita ut superfluum tantum petatur actione ex testamento, reliqua centum actione creditæ pecuniæ. Itemque ut superfluum tantum minuatur lege Falcidia interveniente. Et ut pro modo tantum superflui fidei committi legatarii possit, fideicommisso onerari legatarius possit. Quod si tempore plus fuerit, ut si debitor, quod debet in diem vel sub conditione, pure legaverit, non tantum commodum repræsentationis, vel ejus æstimatio, quod etiam interusurium vocamus, & Græci ἐμπαρρισιασμόν: non tantum inquam commodum repræsentationis, sed etiam tota pecunia jure legati ex testamento peti potest, quia tota repræsentatur. Et in hoc consentiunt Paulus in *l. debitor, sup. de leg. 2.* & Papin. hoc loco, dum ait, non utilitatis æstimationem, id est, non tantum interusurii æstimationem, sed totum peti quod datum est actione ex testamento. Falcidia autem detrahitur tantum ex commodo repræsentationis, ex interusurio, *l. 5. §. si quis creditori, hoc tit.* Et pro modo quoque interusurii tantum fideicommisso legatarius onerari potest, *l. 7. §. ult. de leg. 3. l. 2. inf. de dote præleg.*

Addit autem Pap. hoc loco, in hoc casu, cum in legato plus est tempore, quam in debito, totius pecuniæ legatum utile esse, etiamsi vivo testatore dies pecuniæ, quæ legata est pure venerit, aut conditio extiterit, quod est, si debitum factum fuerit purum, non ideo minus legatum esse utile, quia semel ab initio fuit utile, nec fit irritum, quod semel constitit, ut Papinianus ait, cujus sententia ex hoc loco etiam relata est in instit. *§. ex contrario, de legat.* Et hac in re Papinianus dissentit a Paulo omnino; nam Paul. in *d. l. debitor*, existimat irritum & inutile esse legatum, quod in eam causam recidit, a qua incipere non poterat, ut incipere non poterat legatum debitæ pecuniæ, si pure relinqueretur pecunia, quæ pure debebatur: ergo & si quæ debebatur in diem vel sub conditione legata sit pure, vivo postea testatore debito puro effecto: die veniente, aut conditione impleta, quia in eam causam recidit, a qua incipere non poterat; existimat Paulus, inutile esse legatum. Sed ejus propositio est admodum infirma: nam nunquam constitit inter Jurisconsultos, an irrita fierent ea, aut non fierent, quæ ab initio utilia fuerunt, si in eum casum recidant, a quo incipere

& con-

& confiftere initio non poterant, ut patet ex *l.2.§.ex iis*, *l. exiftimo*, *l.pen.inf.de verb.obligat.*

Dico autem, utile effe legatum in cafu propofito ex Papin. fententia, etiamfi poft factum teftamentum vivo teftatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, ut fc. recte petatur actione ex teftamento, non etiam ut Falcidiam admittat. Ne hoc dicamus, quia nullum ei jam ineft commodum medii temporis, nullum emolumentum pecuniarium, *l. fi creditori, in fine, de legat.1.* Et eadem ratione, nec ut fideicommitti legatarii poffit, *l.3.§.fi rem, de leg.3.* Et ita recte Paulus Caftrenfis. Novus quidam interpres hujus tituli aliter, & peffime, quia inconfiderate fcripfit, Falcidiam admitti & fideicommiffum, quum vivo teftatore dies venerit, aut conditio extiterit.

Ad L. LVII. ad Senatufc. Treb.

Heredes mei quicquid ad eos ex hereditate bonifve meis pervenerit, id omne poft mortem fuam reftituant patriæ meæ Coloniæ Beneventanorum: nihil de fructibus pendente conditione perceptis petitum videri conftitit.

IN Lege LVII. *ad Senatufconf. Trebel.* tria funt refponfa. In primo teftator heredes rogavit, ut quidquid ad eos ex hereditate bonifve fuis perveniffet, id omne poft mortem eorum reftituerent patriæ fuæ Coloniæ Beneventanorum, quam legimus in libro veteri de coloniis popul. Rom. deduxiffe Claudium Neronem Cæfarem. Ita vero fideicommiffo relicto, & per fideicommiffum civitate fubftituta heredibus: Quæritur, an fructus medio tempore ab heredibus percepti fideicommiffo contineantur, quod poffet tentari, quia dixit generaliter, *quidquid ex hereditate bonifve meis, id omne*: Aliud tamen Papiniano videtur, & recte, ut in *l.quod his verbis, fup.de leg.3.* Quia non de fructibus reftituendis fenfit teftator, quos heredes fibi habere voluit, fed de eo tantum quod hereditatis effet: fructus autem non hereditati, fed rebus ipfis accepto feruntur, *l.in fideicommiffariam, fup. hoc tit.* verum quod non eft omittendum fructus medio tempore percepti, id eft, pendente conditione fideicommiffi heredi imputantur in Falcidiam *d.l.in fideicommiffariam, l. deducta, §. ante diem, ff. hoc tit.* Et ideo hi fructus Falcidiam fubmovent, fi tantum fit in eis, quos heres percepit pendente conditione fideicommiffi, quantum in Falcidia, quia jure hereditario percepti funt, *l. mulier §. fi heres hoc tit.* Et pertritum illud eft, in Falcidiam imputari quæcunque jure hereditario capiuntur. Excipiuntur tantum ab hac definitione filii a patre rogati reftituere hereditatem fub conditione aliqua, qui fructus medii temporis perceptos non imputant in Falcidiam, licet hoc pater jufferit, fed eos fibi retinent fupra Falcidiam: Quod eft beneficium Zenonis Imperatoris datum filiis in *l.jubemus, C. eod. tit.* & eo jure utimur. Proponitur autem hoc loco fideicommiffum relictum civitati Beneventanorum, quia fic evenerat, verum nihil refert civitati, an privato relictum fit. Et huic refponfo nihil obftat *l.Ballifta, hoc tit.* Quæ, ut jam pridem docuit Obfervatio 4. non eft de hereditate reftituenda ex fideicommiffo, fed ex cautione conventionali, quam conftat recidere incrementum fructuum ex mente contrahentium a die interpofitæ cautionis, & ita vero in *l.pater, §.pen.de leg.3.* Si teftator jubeat filios prædia confervare fucceffioni fuæ, fi & ea de re jubeat invicem fibi cavere, non eft fideicommiffum, fed contractus, obligatio. Contractus recipit incrementum fructuum: fideicommiffum non recipit incrementum fructuum perceptorum pendente conditione. Sequitur aliud refponfum in §. *cum ita*.

Ad §. Cum ita.

Cum ita fuerat fcriptum: fidei filiorum meorum committo, ut fi quis eorum fine liberis prior diem fuum obierit, par-

A *tem fuum fuperftiti fratri reftituat: quod fi uterque fine liberis diem fuum objerit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo: defuncto altero, fuperftite filio, noviffimo autem fine liberis: neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur: fed cum in fideicommiffis voluntatem fpectari conveniat, abfurdum effe refpondi, ceffante prima fubftitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit avus, fi noviffimus frater quoque portionem fufcepiffet.*

PAter duos filios, primum & fecundum rogavit, ut fi quis eorum fine liberis prior diem fuum obiret, partem fuam fuperftiti fratri reftitueret; quod fi uterque fine liberis diem fuum obiret, ut partes fuas five hereditatem totam nepti reftituerent. Primus diem fuum obiit,
B uno filio fuperftite relicto, ac proinde in ejus parte fideicommiffi conditio defecit, ut fup. habuimus, in *l. pater, §. 1. de condit. & demonftr.* Denique quafi defecta conditione ceffat, ut ait, fubftitutio facta primo, id eft, fubftitutio fideicommiffaria, fubftitutio precaria, fideicommiffum reftituendæ partis, poft fecundus obiit fine liberis, quæritur, an fubftitutio locum habeat, ut ex ea portio fecundi pertineat ad neptem? Si verba fubftitutionis fpectes, fubftitutio locum non habet, quia uterque filius non deceffit fine liberis, fed noviffimus tantum, & neptis ita fubftituta eft, *fi uterque fine liberis vita decederet*. At fi voluntatem fpectes, quæ etiam in fideicommiffis potiffimum intuenda eft, *l. cum virum, C. de fideicom.* videtur teftator ad neptem voluiffe partem pertinere, cum & ad eam totam hereditatem pertinere voluerit: fi in partem
C primi fecundus ex fideicommiffo fuccederet, primo defuncto fine liberis: quod cum non evenerit, fed primo fucceſſerit filius fuus, deinde fecundo moriente fine liberis, æquum eft, aut verifimile eft, voluiffe teftatorem, hoc cafu eam venire in partem fecundi, quam illo cafu volunt venire in totum: Concludit igitur Papinian. neptem in portionem fecundi fubftitutionis jure admitti, & excludere filium fratris, qui jure legitimo contendebat fe patrui heredem effe. Et hæc eft fpecies, & definitio hujus §. fane peritiffima, & tamen vexatur mirum & miferum in modum ab interpretibus propter *l. pen. C.de impub.& aliis fubftit.* Quæ videtur cum hoc refponfo pugnare ex diametro: dum fcilicet illi non poffunt implere, quod profitentur in tradenda differentia, quæ eft inter fpeciem hoc loco propofitam, & fpeciem *d. l. pen.*
D neque enim utroque loco eadem fpecies, nec quæftio vertitur eadem, ut non mirum fi nec fit utriufque definitio eadem, fed adverfa. In leg. pen. ut eam paucis enarrem, proponitur, patrem duobus filiis impuberib. heredib. inftitutis, primo, & fecundo ita fubftituiffe verbis directis, *fi uterque impubes deceſſerit, Luc. Titius heres efto*, quæ dicitur fubftitutio pupillaris, & primo decedente intra pubertatem, fuperftite altero, in ejus partem fratrem fuperftitem jure legitimo ab inteftato fuccedere, non L. Titium jure fubftitutionis, quia nondum deceffit uterque impubes, & qui ita fubftituit, *fi uterque impubes deceſſerit*, fane voluit inter fratres confervare jus legitimarum hereditatum, ut in *l. qui duos, de vulg. & pupil. fubftit.* quæ eft fententia leg. penult. In ea quidem l. fuit fubftitutio directa, in hoc §. precaria. Sed hæc differen-
E tia nihil pertinet ad rem: hæc juris differentia, differentiam non facit ullam, nihil etiam pertinet ad rem, fi dicas, ut Gloffa, conditionem precariæ fubftitutionis in hoc §. extitiffe in perfona fratris fupremi morientis, quia deceffit fine liberis, in *l. pen.* in perfona fupremi morientis defeciffe fubftitutionem pupillarem, quia adoleverat. Subftitutio pupillaris finitur adolefcentia five pubertate, quod idem eft, quia, inquit, adoleverat, quod tametfi lex non dicat, facile concedo, quia nihil intereft, adoleverit, an non adoleverit: nam etfi non adoleverit in partem fratris defuncti impuberis, frater etiam impubes ab inteftato vocabitur excluſo fubftituto, quia pater, ut dixi, qui eis ita fubftituit, *fi uterque impubes deceſſerit*, voluit inter fratres confervare jus legitimarum hereditatum.

Vera

Vera & liquida ratio differentiæ in eo conſiſtit, quod in ſpecie legis penult. ſubſtitutus venit contra verba, *ſi uterque*, & contra voluntatem etiam teſtatoris, *qui cogitavit*, ut ait lex, *primo decedente fratrem ſuum in ejus portionem ſuccedere*, id eſt, qui inter fratres voluit conſervare jura legitimarum hereditatum, & idcirco ſubſtitutus excluditur, cui neque ſcriptum, neque voluntas patrocinatur. In ſpecie autem hujus §. ſubſtitutus venit quidem contra eadem verba, *ſi uterque*, ſed non venit etiam contra voluntatem teſtatoris, qui cum totam hereditatem adſcripſerit ſubſtituto vel nepti ſubſtitutæ, utroque filio decedente ſine liberis, non videtur ei denegaſſe partem, noviſſimo tantum decedente ſine liberis, & idcirco patrocinante voluntate ſubſtitutum admitti. Nihil eſt evidentius.

Ad §. Ultimum.

Peto a te uxor cariſſima, uti cum morieris hereditatem meam reſtituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis vel cui volueris, vel cognatis meis, ſi cui voles excepta cognatione mea. Inter filios reſpondi, ſubſtitutionem fideicommiſſi factam videri, circa nepotes autem (&) ceteros cognatos, facultatem eligendi datam, ex ceteris autem cognatis, ſi nepotes ſupereſſent, non recte mulierem acturam propter gradus fideicommiſſi præſcriptos: deficiente vero gradu nepotum, ex cognatis, quam velit perſonam eligi poſſe.

RESponſum ultimum eſt ad aliquid ſimile ei, quod habuimus in *l. cum pater*, §. *pen. de leg.* 2. Maritus uxorem heredem inſtitutam rogavit, ut cum moreretur, hereditatem reſtitueret filiis ſuis, vel uni eorum, vel nepotibus ſuis, id eſt, teſtatoris, vel cui vellet nepotum, vel cognatis ſuis, ſi cui vellet ex tota cognatione teſtatoris. Circa filios primum non videtur matri teſtator dediſſe electionem, quia non adjecit, cui vellet, ſimpliciter dixit, *vel uni eorum*, quomodo filios ad fideicommiſſum vocaſſe videtur, vel unum eorum qui ſupereſſent, vel qui ſupereſſet moriente matre, ut in *l. ſi fundum ſub conditione*, §. *his verbis*, *de leg.* 1. Circa nepotes autem & cognatos teſtatoris manifeſtum eſt, mulieri electionem datam, ut cui vellet ex nepotibus, vel cui vellet ex cognatis reſtitueret hereditatem. Sed animadvertendum eſt ordinem ſcripturæ factum ſubſtitutioni precariæ, ut in *d. l. cum pater*, §. *pen.* nempe ut filiis deficientibus, moriente uxore hereditas reſtituatur nepotibus, quos elegerit, & deficientibus nepotibus, cognatis, quos elegerit, qui duo ſunt gradus ſubſtitutionis precariæ diligenter obſervandi.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

In Lib. IX. Reſponſorum ÆMILII PAPINIANI, Anno 1579.

Ad L. XXXI, de Minorib.

Si mulier poſteaquam heres extitit, propter ætatem abſtinendi cauſa in integrum reſtituta fuerit, ſervos hereditarios ex fideicommiſſo ab ea recte manumiſſos, retinere libertatem reſpondi, nec erunt cogendi viginti aureos pro libertate retinenda dependere, quam jure optimo conſecuti videntur. Nam & ſi quidam ex creditoribus pecuniam ſuam ante reſtitutionem ab ea recuperaſſent, ceterorum querela contra eos, qui acceperunt ut pecunia communicetur, non admittetur.

EXordium facio a *l.* 31. *de minor.* Totus hic liber eſt de fideicommiſſis. Et non de fideicommiſſis tantum rerum ſingularum, ſed etiam de fideicommiſſariis hereditatibus, & de fideicommiſſariis libertatibus. Hæc lex præcipue eſt de fideicommiſſ. libert. cujus hæc eſt ſpecies. Mulier minor 25.

A annis teſtamento heres inſtituta, in quo ab ea verbis fideicommiſſariis ſervis hereditariis libertates relictæ erant, ex teſtamento hereditatem adivit, ut in eo præſcriptum erat, ex cauſa fideicommiſſi ſervis præſtitit libertatem, poſt beneficio ætatis a prætore in integrum reſtituta eſt, ut ſe abſtineret hereditate quam adiverat inconſulte, forte quod ab initio ei videbatur eſſe magna & luculenta hereditas, poſteà apparuit eſſe exigua, nec ſufficiens æri alieno. Quæritur, an ſervi ab ea ex fideicommiſſo recte manumiſſi, poſt ejus abſtentionem retineant libertatem, vel an pro retinenda libertate pretium ſui, id eſt, ſinguli 20. aureos inferre debeant iis, quorum intereſt, puta iis ad quos bona redeunt, herede teſtamentario abſtinente ſe. Dubitationis cauſa hæc eſt, quia non debetur libertas ex teſtamento, ex quo nullus heres exſiſtit, *l. 1. C. de fideicom. libert.*

B Et nullus videtur ex teſtamento heres extitiſſe, quandoquidem qui in eo ſcriptus eſt, ſe abſtinuit bonis, quia prætor pro herede non habet eum, qui ſe abſtinuit bonis, vel hereditate, *l. 6. §. ult. & l. pen. §. pen. de bon. libertor. l. 2. §. ſi bonorum, inf. ad Senatuſconſ. Tertul.* Hæc eſt dubitationis cauſa. Verum, quia jure civili heres manet, qui ſemel ex teſtamento adiit hereditatem, licet poſtea abſtinuerit ſe per reſtitutionem in integrum, heres, inquam, manet, ſine re tamen, heres nomine, non re, *l. cum quaſi §. ſed etſi ſuus, ff. de fideic. libert.* Et quia verum eſt, ex cauſa fideicommiſſi poſt aditam hereditatem, antequam heres abſtinendi cauſa reſtitutus eſſet in integrum, recte ab eo herede ſervis præſtitas eſſe libertates, ideo & hi quoque liberi manent: ut ille heres manet, ita & ab illo manumiſſi ſervi liberi ma-

C nent, imo nec pro retinenda libertate iis neceſſe eſt pretium ſui, id eſt, 20. aureos inferre bonis, ut hoc loco reſpondit Papinianus: quia, inquit, libertatem optimo jure conſecuti ſunt: optimum ſcil. fideicommiſſi jus eſt, ſicut Ulpianus *lib. ſing. regularum tit. de legat.* ſcribit, optimum eſſe jus legati per damnationem, cui etiam in omnibus fere juris noſtri articulis jus fideicommiſſi adſimilatur. Optimum autem jus legati per damnationem Ulpianus dixit, quod ſumme notandum eſt, per comparationem, non ſimpliciter, quod quæ res per damnationem legari poſſunt, ut res alienæ, non poſſunt etiam legari alio genere legati, veluti per vindicationem aut præceptionem, aut ſinendi modum, aut ſimili modo. Qua ratione etiam jus fideicommiſſi optimum dici poteſt, quia ut Ulpianus ait *quæ per damnationem legari poſſunt, &*

D *per fideicommiſſum relinqui poſſunt.* Verum in hac lege Papinianus, jus fideicommiſſi non dixit eſſe jus optimum, per comparationem, ſed ſimpliciter: non quod non ſit etiam optimum jus cujuſcunque legati, ſed quod jus fideicommiſſi æque ut optimum jus, atque jus cujuſcunque legati, quodque jus fideicommiſſariæ libertatis, de qua agit, idem omnino ſit, atque jus directæ. Directa autem libertas teſtamento relicta ſervo competit ſtatim ab adita hereditate ſine facto vel opera heredis, & retinetur: porro etiam poſtea herede abſtinente ſe, nec pro abſtinente ſe ejus ſervo, vel heredi quidquam cuiquam dependere neceſſe eſt, *l. in integrum, ſup. hoc tit.* quam l. eſſe accipiendam de directa libertate, non, ut Gloſſa voluit, de fideicommiſſaria, illa verba demonſtrant: *Qui ad libertatem aditione heredis pervenerunt*, quia ad directam tan-

E tum ſervi perveniunt aditione hereditatis, ad fideicommiſſariam non aditione heredis ſtatim, ſed præſtatione demum, & manumiſſione ab herede facta. Verum fideicommiſſaria libertas quam heres ſervo præſtitit, a ſervo retinetur, etiam herede poſtea abſtinente ſe, nec neceſſe eſt ejus retinendæ vel conſervandæ cauſa ſervo vel heredi quidquam dependere, vel refundere iis, ad quos ea res pertinet: optimum jus ſeipſo contentum eſt, nec quidquam quærit, aut deſiderat amplius quo melius fiat. Denique optimum jus dixit Ulpianus ſup. dicto loco comparative, hoc vero loco Papin. ſimpliciter ſive θετικῶς, ut & Imperator in *l. 1. C. de uſur.* ex ſtipulatione uſuras optimo jure deberi, non quod magis ex ſtipulatione quam officio judicis, vel ex nudo pacto

ſuis

ſuis caſibus optimo jure debeantur, ſed ſimpliciter, quod ex ſtipulatione optimo jure debeantur, atque ita æquitatem M. Tull. in *Partitionibus* modo ſpectari ſimpliciter, modo ex comparatione, in quibus cauſis, quid ſit æquius, melius, æquiſſimumve quæri ſolet. Et ex iis, quidem planum fit huic loco omnino non convenire, etiam *d.l.*1.*C.de uſuris*: diſtinctionem quam affinxit Accurſius inter jus bonum, melius, & optimum; omne jus ſi ſimpliciter ſequamur, optimum jus eſt. Male etiam idem Accurſ. in ſpecie propoſita ſervos ex cauſa fideicommiſſi manumiſſos ab herede poſt aditam, nec dum beneficio abſtentionis derelictam hereditatem, libertos non eſſe heredis qui manumiſit, ſed libertos eſſe orcinos ex *l.cum quaſi*, *§. quærendum*, *ſup. de fideicomm.libert.* Quia is §. de eo ſervo non loquitur, quem heres manumiſit, antequam ſe abſtineret hereditate, ſed de eo quem nunquam heres manumiſit, qui ex conſtitutionibus Principum, ſi ei fuerit relicta fideicommiſſaria libertas, ipſo jure poſt abſtentionem heredis ad libertatem perducitur, perinde atque ſi directo ex teſtamento libertatem conſequutus eſſet, & conſequenter libertus fit orcinus, non libertus manumiſſoris: quia nullius eſt libertus orcinus, nullius eſt libertus, ut eleganter ait *l.*4. *in p.inf.de bon.libert.* nimirum, quia quem ademit orcus, nullus eſt. At in ſpecie propoſita, ſervi certum manumiſſorem habent, nempe heredem ipſum, qui eos manumiſit poſt aditam hereditatem, antequam ſe abſtineret. Proinde certum & juſtum patronum habent, qui utique etiam poſt abſtentionem, ut heres jure civili manet, quemadmodum ante diximus, & patronus etiam manet, nec amittit libertum quem quæſivit ſemel juſta manumiſſione, quia nec & videtur locupletior factus; locupletior enim non eſt factus, qui libertum adquiſivit, *l.nemo prædo*, *§.*1.*de regul.jur.* Sed de Accurſ. Gloſſis ſatis. Illud potius adnotemus, quod de pretio ſervorum Papinianus ſcribit hoc loco, ſingulos ſervos non eſſe cogendos pro libertate retinenda, quam optimo jure conſequuti ſunt, inferre viginti aureos: quoniam hoc erat legitimum & vulgare pretium cujuſcunque ſervi, *l. cum ex falſis inf.de manum. teſtam. l.Papin. §.ult. & l. ſeq. de inoffic. teſtam. l.ſi fundum*, *§.ſi libertus*, *de leg.*1. *l.*2. *C. de fideicom. libert.l.*4. *C.de ſerv. fug.* Quamobrem vectigal viceſimæ, quod pro ſervo manumiſſo ex l. Manlia, ærario inferebatur, ut Livius ſcribit 7. & Arrianus 2. in Epictetum: recte dixeris conſtitiſſe uno aureo tantum. Quod autem *l.ult.C.de cond. inſtit. & l.ſi quis argentum*, *C.de donat.* ſervus æſtimatur quindecim aureis tantum, ea vero mediocris non juſta æſtimatio eſt; mediocritas conficitur ex dodrante, & juſtitia minor eſt quadrante tantum, quam rationem & in legatorum mediocritate, & conſtituendo modo, legem Falcidiam ſequi conſtat. Etiam illud notandum eſt, quod a ſimili reſponſum ſuum hoc loco confirmat. Papin. de conſervanda libertate recte & optimo jure manumiſſi. In ſpecie propoſita, Fac eundem heredem, priuſquam ſe abſtineret hereditate, quibuſdam creditoribus hereditariis pecunias debitas ex hereditate bona fide ſolviſſe? Recte ſolvit: ergo etſi poſtea abſtinuerit ſe iis, quæ de libertatibus reſpondi ſupra, conſequens eſt, ut ſolutam pecuniam creditores ſibi habeant, & retineant in ſolidum, nec eam communicent ceteris creditoribus hereditariis, qui ſibi non vigilarunt. Eleganter Scævola in *l. pupillus*, *in fin.quæ in fraud.credit.* jus civile vigilantibus ſcriptum eſſe: At additur in Baſil. ἀλλ' οὐχὶ τοῖς βαρέως κοιμωμένοις, χάλκεον ὕπνον κοιμωμένοις. Non iis qui altum dormiunt, quod confirmat *l. ſumma*, *§.* 1. *ff. de pecul. & l.*2. *C. de ann. except.* Præcepta vivendi ſapientes dant, quibus cives utantur, non quæ negligant. Et rurſus eleganter *l.*6.*§.*1.*inf.de reb.auct. jud. poſſid.* alterius creditoris negligentiam vel cupiditatem ei, qui diligens fuit, id eſt, qui ſibi vigilavit, qui ſuum exigere antevertit, nocere non debere, & *l.ult.C.depoſ.* induſtriam deſidiæ pœnas ſolvere non debere. Poſtremo quod erit breviſſimum, excutiamus ea, quæ huic reſponſo objici ſolent.

A Sunt autem duo potiſſimum, unum eſt de legatis, quæ heres poſt aditam hereditatem ex teſtamento ſolvit, quæ, ſi poſtea heres ſe bonis abſtineat, tentant quidam revocari & eripi legatariis, ab iis ad quos bona pertinent, ex *l.*5.*inf. de cond. indeb.* Perperam: eadem enim eſt ratio non rovocandarum libertatum, quas ſervi jure optimo conſecuti ſunt, & non revocandorum legatorum, quæ jure optimo percepta ſunt. At *d.l.*5. ſecundum anteriores ex quibus pendet, ut in ea recte ſupplent Accurſius, Baldus, & Albericus, de legatis indebitis, quæ per errorem heres ſolvit, accipienda eſt, non de iis, quæ optimo jure debebantur. Alterum autem eſt, quod objiciunt de libertatibus præſtitis ex teſtamento, quod poſtea falſum, vel injuſtum vel inofficioſum pronuntiatum eſt, quæ non revocantur quidem, ſed ut eas ma-
B numiſſi retineant, coguntur inferre pretium ſui, id eſt, viginti aureos, *l.cum ex falſis*, *ff.de man.teſt. l.Papin.§. ult.de inoff.teſtam.* At hæc lex nihil vult inferri. Sed & id quoque ita procedit, quia pronuntiato teſtamento falſo vel injuſto, vel etiam inofficioſo, quo genere damnatur teſtamentum, tanquam furioſi voluntas nulla eſt, *l. Titia*, *de inoff.teſtam.l.nec fideicommiſſa*, *de leg.*3. & ex poſt facto apparuit, indebitas fuiſſe libertates, quas heres præſtitit, quaſi relictas in teſtamento furioſi, vel in teſtamento falſo aut injuſto: In propoſita autem ſpecie verum fuit teſtamentum & juſtum, & ſani hominis ultima voluntas, ex quo præſtitæ ſunt libertates debitæ optimo jure poſt aditam hereditatem, quamobrem etiam retinentur, nulla re nullove pretio illato bonis, quæ herede abſtinente ſe ad fiſcum vel
C ad bonorum poſſeſſorem ab inteſtato tranſeunt.

Ad L.LVIII. de cond. indeb.

Servo manumiſſo fideicommiſſum ita reliquit, ſi ad libertatem ex teſtamento pervenerit, poſt acceptam ſine judice pecuniam, ingenuus pronuntiatus eſt; indebiti fideicommiſſi repetitio erit,

HOc reſponſum eſt de fideicommiſſo pecuniario cujus ſpecies eſt hujuſmodi. Teſtator ſervo ſuo libertatem dedit verbis directis, verbis civilibus, eidemque fideicommiſſum pecuniarium reliquit ſub hac conditione, *ſi ad libertatem ex teſtamento ſuo pervenerit*, id eſt, ſi
D liber fieret, non alia ex cauſa quam ex cauſa teſtamenti. Et teſtamento autem liber fieri dicitur ſemper in jure, vel teſtamento manumitti, non is, cui fideicommiſſaria libertas relinquitur, quoniam hic non manumittitur teſtamento, neque libertatem capit ex teſtamento, ſed is tantum, cui directa libertas datur, *§. pen. Inſtit. de ſing.reb.per fideicom.* directa, inquam, libertas dari videtur, non cum ab alio ſervum manumitti rogat, ſed cum velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult. Is autem ſervus quo de agitur qui liber ex teſtamento ab herede fideicommiſſum pecuniarium accepit ultro herede ſolvente fideicommiſſum ſine judice, vel ut eſt in *Baſi.* ἔξωθεν δικαστηρίου, citra *judicium*, citra ſententiam judicis, citra condemnationem. Poſtea apparuit eum hominem non eſſe ex teſtamento liberum, quia alio agente adverſus
E eum præjudiciali actione, & dicente ſe ejus eſſe patronum, ipſe ingenuus pronuntiatus eſt: jure, an injuria, nihil refert. Res judicata ſemper pro veritate habetur, *l. ingenuum*, *ſup.de ſtat.hom.* qui ingenuus pronuntiatus eſt, pro ingenuo habetur omnino, id eſt, pro eo habetur, ac ſi revera ingenuus natus eſſet. Ingenuus naſcitur: libertinus fit manumiſſione, *l.ingenui*, *C.de ingen.man.* deinde apparuit eum, de quo agitur a natalibus fuiſſe liberum, non ex manumiſſione teſtamentaria quum ingenuus pronuntiatus eſt, & conſequenter apparuit defeciſſe conditionem fideicommiſſi pecuniarii, quod ei teſtamento relictum eſt. Denique indebitam fuiſſe pecuniam ei per fideicommiſſum relictam ſub conditione, *ſi ad libertatem ex teſtamento perveniret*, & perperam ſolviſſe heredem, qui eam pecuniam ſolvit,

Qua

Qua de causa concludit in hac l. Papinianus, heredi competere condictionem indebiti, sed hoc ita, si ultro heres sine judice fideicommissum solvit, nam si ex causa judicati id solvit, cessat condictio indebiti, licet natura indebitum fuerit, *l. 1. C. eod. tit. l. 2. C. de comp. l. cum putarem, sup. fam. ercisc. l. si fidejussor, §. in omnibus, ff. mand.* Quibus omnibus locis ostenditur, solutum ex causa judicati, etiamsi jure naturali indebitum sit, condici non posse, propter auctoritatem rei judicatæ, & quia res judicata, etsi naturalem obligationem non pariat, sicut nec naturalem obligationem extinguit vel expungit, *l. Julianus, hoc tit. l. procurator, §. 1. ff. rem rat. hab.* tamen civilem obligationem parit, cum actionem & exceptionem pariat, & actionem, quæ nulla exceptione infringi potest. Accedit etiam alia ratio ex jure veteri. Prior scilicet & antiquior ratio, quia solutum ex ea causa, quæ per inficiationem crescit in lite, condici non potest, *l. 4. C. eod. tit.* Et causa judicati olim inficiatione crescebat in duplum auctore Paulo, 1. *Senten. tit. quemad. act. per inf. dup. Quædam,* inquit, *actiones si a reo inficientur, duplantur, veluti judicati.* Et addit deinde alias, *ut legis Aquiliæ actionem, & actionem legati per damnationem, & actionem ex empto, actionem, de falso modo agri, quem venditor dixit, & actionem etiam depositi,* quoniam illo loco pro *depensi*, quod nihil est, legendum *depositi*. Nam alio loco idem Paulus auctor est ex causa depositi *l. XII. Tab.* in inficiatorem esse dupli actionem, ex edicto prætoris simpli duntaxat: ergo inter eas actiones, quæ inficiatione crescunt in duplum, numeratur actio judicati, quod & M. Tullius confirmat in oratione pro Flacco: *Frater meus,* inquit, *pro sua prudentia decrevit, ut si judicatum negaret, in duplum iret.* Atque ideo secundum superiorem regulam merito dicimus: solutum ex causa judicati jure condictionis repeti non posse, tametsi natura indebitum sit. Qua de causa, hoc loco, & in *d. l. procurator, §. 1. rem. rat. hab.* proponitur solutio facta sine judice, & ideo heredi competit soluti fideicommissi, cujus conditio defecerat, repetitio jure condictionis. Deficit autem conditio in hac specie, quia ei ut liberto scilicet orcino, ut directo manumisso ex ipso testamento fideicommissum relictum est, postea apparuit reddito præjudicio non libertinum eum, sed ingenuum fuisse, quo casu constat ex Senatusconsulto vel Senatusconsulti justa interpretatione, legata ei ut liberto relicta heredi esse restituenda, *l. 1. C. de ingen. manum.* & hæc est sincera hujus responsi interpretatio. Male Accursius ponit servum non eodem testamento, quo fideicommissum accepit pecuniarium, fuisse manumissum, non ab eodem testatore, sed ab alio. Quod si ita res se haberet, Papinianus non omisisset, & cum omiserit, nihil vaticinemur, nihil fingamus, sed simpliciter ponamus eodem testamento, ut Papinianus ponit, servum directo manumissum, fideicommissumque ei relictum sub conditione, *si eo testamento ad libertatem perveniret*: denique eodem testamento ab eodem, servo proprio & libertatem datam & relictum fideicommissum conditionale. Absurdius est quod idem Accursius cum Papinian. ait, illum fuisse ingenuum pronuntiatum, id sic accipit, quasi judex pronuntiaverit, eum fuisse manumissum alio testamento, non eodem quo fideicommissum accepit: manumissio libertinum facit, non ingenuum facit tantum origo, si quis nascatur ex matre ingenua, vel libertina, connubio non interveniente, aut ex patre ingenuo vel libertino, connubio interveniente, *l. ingenuam, C. de ingen. manumiss. l. quod ex liberta, C. de oper. libert.* vel etiam ingenuum facit sententia judicis, ut ante diximus, vel beneficium Principis, puta, restitutio natalium, non in quibus quis natus est, sed in quibus omnes homines fuerunt nondum naturali, neque civili jure descripto, nondum discreta libertate a servitute, quum eadem erat conditio omnium hominum idemque jus, *l. Imperialis, C. de nupt.* Manumissio autem ante Justinianum, nunquam quemquam ingenuum fecit, ergo inepte ingenuum pro manumisso accipit in alio testamento, scilicet, quam quo relictum est fidei-

A commissum. Postremo quod idem Accurs. Papiniano objicit; hanc conditionem impositam ingenuo homini, id est, qui postea ingenuus pronuntiatus est, videlicet fideicommisso pecuniario relicto sub conditione, *si ex eo testamento: in quo etiam liber esse jussus est, ad libertatem pervenerit*: hanc, inquam, conditionem esse impossibilem, quia liber & ingenuus amplius liber fieri non potest. Conditionem autem impossibilem in legatis & fideicommissis, quod est notissimum, pro non scripta haberi: & fideicommissum igitur in hac specie deberi quasi purum, ac proinde solutum, postea repeti non posse. Conditionem impossibilem ipso jure impletam videri, *l. 4. §. ult. inf. de condit. inst.* conjuncta *l. Mutiana, §. ult. inf. de cond. & demonstr.* Ea, inquam, objectio Accursii huic loco accommodari nullo modo potest,
B quia nullam speciem aut figuram impossibilis conditionis habet hæc conditio, quæ servo testamento manumisso adscribitur, *si libertatem in testamento obtinuerit*: impossibilis conditio est, quam statim ex ipsa figura verborum & specie prima sentimus, intelligimus, per rerum naturam existere non posse, veluti, *si cœlum digito tetigeris: si plantis summa sydera contigeris*, apud Propertium: *si mare ebiberis*, §. *si impossibilis de inut. stipul.* Cujusmodi non est hæc conditio, *si ad libertatem ex testamento pervenerit*, qui scilicet testamento manumissus erat, licet postea per errorem aut sordes judicis ingenuus pronuntiatus sit: ergo impossibilis hæc constitutio non est: nec amplius est insistendum in ea objectione Accursii, a qua tamen is se expedire non potest.
C

Ad L. III. de Probat.

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro majore heres scribitur, probatio mutatæ voluntatis ei debet incumbere, qui convenitur, cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita heredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Lex est de tacito fideicommisso, quo verbo significatur fraus, ut nomine tacite pecuniæ creditæ, quæ ideo creditur tacite, quod non possit jure palam
D credi puta ei cui adnumeratur, est quod in fraudem legum ei, qui capere non potest, ei qui testamenti factionem non habet, qui intestabilis est, tacite testator reliquit, secreto ad se vocato herede & rogato incapaci fideicommissum restituere, heredeque dante fidem, tam testatori, quam fideicommissario, plerumque cautione interposita, se ita facturum contra leges ut testator jussit. Id vero tacitum fideicommissum constat redigi in fiscum ex Senatusconsulto Plautiano, nec apud heredem remanere, qui fraudis particeps est, deberi ei cui relictum est, quem leges incapacem fecerunt. Hoc cognito: finge: Testator primo testamento duos heredes scripsit ex æquis partibus, Cajum & Titium, & a Titio tacitum fideicommissum reliquit incapaci electa fide ejus heredis, eoque
E herede fidem accommodante. Deinde idem testator mutato testamento primo, secundum fecit, quo primum rumpitur, ut constat: & in secundo eundem Titium, a quo primo tacitum fideicommissum reliquerat, heredem scripsit ex eadem parte, veluti ex semisse, vel ex majori parte, veluti ex besse, aut etiam ex asse, neque in secundo testamento eum tacite quidquam rogavit, neque in eo repetiit tacitum fideicommissum, quod reliquerat primo jam rupto per secundum. Hinc quæritur, an fideicommissum, quod proponitur relictum primo testamento incapaci in fraudem legum, pertineat ad fiscum? Videtur non pertinere, quia primum testamentum, in quo relictum est fideicommissum, in irritum recidit: ergo & tacitum fidei-

com-

commiſſum non eſt repetitum in ſecundo teſtamento. Denique non intelligitur eſſe relictum, & tamen Papinianus reſpondet, fideicommiſſum pertinere ad fiſcum, hac ratione elegantiſſima, quia præſumitur teſtator, qui mutavit teſtamentum, nec mutavit tamen heredem, *ſecreti ab eo ſuſcepti*, ut ait, id eſt, tacitæ fidei interpoſitæ cauſa, ut fraudi ſuæ majorem nubem objiceret mutaſſe teſtamentum, & ut fideicommiſſum mutatum eſſe intelligeretur, quod tamen omnino præſtari volebat, ſeque heres caverat omnino præſtiturum. Denique quum mutatur teſtamentum nec heres mutatur, erat in eo fraus magna quædam. Et hoc eſt quod ait, *cum ſecreti ſuſcepti ratio*, id eſt, tacita fides, *plerumque dominis rerum*, id eſt, teſtatoribus, *perſuadeat eos ita heredes*, quorum fidem ſcilicet tacitam elegerunt, ut Græci interpretantur eleganter, *οἷς ἅπαξ τὰς ἀπορρήτους ἡμῶν ἐθαῤῥήσαμεν γνώμας*, *quibus ſemel ſecretam voluntatem noſtram commiſimus*. Et ait, pleruuque hoc facere teſtatores: ex eo quod plerunque fit, ducuntur præſumptiones ut in *l.9.h.tit.* Ait ſimiliter, quia plerunque tam heredibus noſtris quam nobiſmetipſis cavemus, ergo præſumimur ſemper caviſſe etiam heredibus noſtris: quia igitur præſumptio a fiſco facit, recte ait, eo nomine a fiſco heredem conveniri poſſe & condemnari, ut fideicommiſſum reſtituat, niſi ſcilicet heres probet teſtatorem mutata voluntate, nec fideicommiſſum incapaci illud præſtari voluiſſe, præſumptio quæ facit a fiſco, transfert onus probandi in heredem, ut in *l. generaliter*, *§. ſi petitum*; *in fine D. de fideicom. libert.* heredis eſt probare mutatam eſſe voluntatem teſtatoris in fideicommiſſo, quam mutatam dicit, ut in *l.22.h.tit.l. fideicommiſſa*, *§. ſi rem*, *de leg.* 3. Et congruit omnino cum hoc reſponſo *l. Statius*, *D. de jure fiſci*: quam tamen Accurſius hoc loco huic reſponſo adverſam facit, quod dicat in fine, ex cautione præſtita incapaci, ab herede, qui tacitam fidem accommodavit fideicommiſſum præſtari debere. Sed nihil eſt quod tam facile expediri poſſit: non enim vult fideicommiſſum præſtari incapaci ex cautione ſive ſtipulatione, ſed fiſco; quia fiſcus ſuccedit in locum incapacis; & quod non poteſt incapax capere, capit ipſe fiſcus jure ſuo & occupat, ne cedat lucro heredis, qui fraudi participavit; & hæc eſt ſententia hujus reſponſi.

Ad L. LI. LXIII. de Leg. 1.

Domus hereditarias exuſtas, & heredis nummis extructas, ex cauſa fideicommiſſi poſt mortem heredis reſtituendas, viri boni arbitratu ſumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis, reſpondi.

HOdie explicabimus *l.58.& 61. de leg.* 1. quia invicem nexæ & colligatæ ſunt, & pertinent proprie ad fideicommiſſa rerum ſingularum. Sunt enim ambæ de ædibus hereditariis per fideicommiſſum relictis, herede rogato eas reſtituere poſt mortem ſuam, quod fideicommiſſum conſtat eſſe conditionale, *leg.61. infr. de leg.* 1. *leg.4. infr. quando dies leg. ced.* Et ſi forte eas ædes poſt mortem teſtatoris ſine culpa heredis incendium conſumpſerit; & heres ſuis ſumptibus eas reſtituerit, conſtat ædes poſt mortem heredis fideicommiſſario, ſi heredi ſupervixit eſſe præſtandas, quia reſtauratæ ædes, eædem ædes eſſe intelliguntur, *l. ſervitutes*, *§. ſi ſublatum*, *ſup. de ſervit. urb. præd. l. Paulus*, *§. domus*, *& l. ult. ſup. de pignor.* Eædem, inquam, eſſe intelliguntur, vel ratione ſoli, quod idem ſemper manſit, nec abſumptum eſt, quia ſolum maxima eſt pars ædium, *l. qui res*, *§. ultim. inf. de ſolut.* verum poſt mortem heredis ædes petenti fideicommiſſario, ab herede heredis ſcilicet; obſtabit exceptio doli mali, niſi refundat ſumptus, quos heres fecit in reſtaurationem ædium igne conſumptarum, quos idem ſumptus, eleganter Papinian. ait hoc loco æſtimari boni viri arbitratu ex bono & æquo, & examinatis, inquit,

A *ætatibus ædificiorum*, id eſt, *quantitatibus ſive modulis* pro *ætatibus*, quod eſt rectiſſimum: habent, *quantitatibus*, codices quidam, in quibus ſcil. Gloſſa ſubjicit locum vocabuli huic rei proprie accomodati, quo uſus eſt Papinian. Nam ut Græci *ἡλικίαν* ſumunt non tantum *ἀπὸ τοῦ χρόνου*, ſed etiam *ἀπὸ τοῦ μεγέθους καὶ μήκους*; ut Grammatici docent: Ita proculdubio Latini *ætatem* accipiunt etiam pro quantitate, menſura, magnitudine corporis cujuſque. Hoc ergo vult Papinian. ſumptum factorum in reſtituendis ædibus rationem haberi pro modo, ſive menſura ædificiorum, quæ reſtaurata ſunt, qualiter ſcil. ſe ædificia habent, qualive materia conſtructa ſint: nec enim unquam quantitas ſola ſpectatur ſine qualitate, & iis ſumptibus ab herede retentis ſive deductis, nova ædificia fideicommiſſario præſtari debent. Denique hoc

B loco, ætatem ædificiorum accipio pro ætate ſtatuque præſenti, non pro ea ætate, eove ſtatu, quo in futurum hæc ædificia duratura ſunt, Nam in jure, præſentia rerum pretia ſpectamus, non quæ fuerunt olim, ut *l. 3. §. Divi*, *de jure fiſci*, *l.2. Cod. de pat. qui fil. diſtrax.* Et multo minus ea pretia; quæ futura ſunt ſpectamus; ſi non ſpectamus præterita: præterita enim ſunt certa; futura incerta, & ut nos ipſi cenſemur ex ætate præſenti non futura, *l. 3. inf. de cenſibus*. Ita & domicilia noſtra, reſve noſtræ omnes. Merito igitur ætatem ædificiorum accipio, non pro perpetuitate, ſed pro quantitate, & quod Vitruvius ait, lib. 2. cap. 8: cujus ſcriptura ſatis eſt explicatu difficilis, Cum parietum communium, qui facti ſunt ex molli cæmento, arbitri ſumuntur, ut ſcilicet qui eos fecit a vicino impenſas communi dividundo

C judicio, pro parte conſequatur, in *l. ſi ædibus*, *inf. de dam. inf.* arbitros non æſtimare eos parietes quanti facti ſunt, ſed ex pretio locationis ſingulorum præteritorum annorum deducere octogeſimas, & ita ex reliqua ſumma partem reddi jubere pro iis parietibus, ſententiamque pronuntiare; eos parietes non poſſe pluſquam 80. annos durare: parietes, inquam, cæmentitios; lateritios enim parietes tanti ſemper æſtimari, quanti facti ſunt olim nulla facta deductione. Quod, inquam, Vitruvius ita ſcribit, huic legi & interpretationi noſtræ nullo modo adverſatur: nec enim lex noſtra dicit, duntaxat ſumptuum rationem haberi ad amuſſim æſtimatis quantitatibus ædificiorum, ſed etiam boni viri arbitratu, *viri*, inquit, *boni arbitratu*, *ſumptum rationibus deductis*: quæ verba *boni viri arbitratu*, ſane multa comprehen-

D dunt multaque requirunt, puta, ut deducto veterum ædificiorum pretio, deducto ruderum pretio, id tantum quo amplius reſtitutio ædificiorum conſtat, æſtimetur. Et ut etiam in æſtimatione ineunda, deducatur rudus redivivum, quod ex veteribus ædificiis in nova conjectum eſt, ut in *l. emptor*, *§. ultim. ſup. de dam. infect.* Item quod Vitruvius ait, ut pro qualitate ſtructuræ ſumptus, vel pluris, vel minoris æſtimentur, & lateritia quidem ſtructura, quæ modo ſtat ad perpendiculum, nec excurrit extra coria: (corium in ſtructuris eſt *λίθων συνεχὴς ἐπιβολή*, Vitruvio.) Cubilia, coagmenta ſua, tanti ſemper æſtimetur, quanti olim facta eſt nullo deducto, ſin autem cæmentitia ſit ſtructura, in æſtimatione facienda ſumptuum, non quanti opus faciendum locatum eſt, æſtimetur. Hic eſt Vitruvii ſenſus. Sed ſi anno

E primo, quo ſumpti ſunt arbitri communi dividundo, ineatur ſumptus æſtimatio, deducatur ſumptus pars octogeſima: ſi anno ſecundo, duæ octogeſimæ: ſi anno tertio, tres: ſi quarto, quatuor: & ſic deinceps, quoad perventum ſit ad annum octuageſimum, quo ſtructura cæmentitia nullo eſt in pretio. Et hæc etiam, quæ ille auctor prodidit in ſpecie propoſita, eſſe ſpectanda non nego, quis enim ſanus & ſiccus id negaret, etiam qualitatem ædificiorum ſpectandam eſſe, ſed id dico ſignificare Papinianum his verbis, *boni viri arbitratu*: quæ latiſſime manant, non illis, *& ædificiorum ætatibus examinatis*, quæ verba non reſpiciunt ad genus ſtructuræ, non ad perpetuitatem aut vetuſtatem ædificiorum, ſed ad quantitatem ſive menſuram, quam & Græci & La-

A tini ætatem vocant, vel Hesychio teste, qui ἡλικίαν, interpretatur μέγεθος τοῦ σώματος καὶ μέτρον τό τι: res est perspicua admodum.

Nunc illud maxime observandum est, quod initio posui, sine culpa heredis incendium contigisse: nam si culpa heredis intervenerit, proculdubio non potest reputare fideicommissario sumptus erogatos in restitutionem ædificiorum, ut ostenditur in *l. sequ.* Nam quod sua culpa contigit, æquum est, ut heres restituat de suo, nec id reputet fideicommissario. Observandum etiam illud est, quod initio posui, heredem restituisse ædes exustas post mortem testatoris. Nam si vivo testatore ædes, quas reliquit per fideicommissum, exustæ sint, & vivus testator eas restituerit & instauraverit, sane nulli sumptus B fideicommissario reputari possunt, & integrum fideicommissum debetur, quia non ipse testator eas ædes destruxit, alioquin videretur mutasse voluntatem, & ademisse fideicommissum, ut in *l. 65. §. ultim. inf.* sed eas destruxit casus fortuiti incendii invito testatore, ergo integrum jus fideicommissi permanet. Præterea illud etiam notandum est, heredem, aut heredem heredis, qui per errorem fideicommissario tradidit ædificia, nulla facta retentione sumptuum, quos fecit in restitutionem ædificiorum, quæ ignis absumpserat, eum, inquam, heredem posse uti adversus fideicommissarium condictione incerti, de indebito soluto, aut plus debito soluto, condictione incerti, id est, condictione possessionis, quam retinere potuit sumptuum ratione, ut in *l. qui except. §. si pars, de cond. indeb. l. heres, inf. ad Senatus. Trebel. l. 2. de condict. tritic.* C Condictione, inquam, incerti, ut ait l. 60. non etiam condictione certi, puta, condictione pecuniæ, quam impendit in extructionem ædificiorum, de qua condictione certi est accipienda lex *si in arca, de cond. indeb.* quam huic l. 60. tamen Accurs. opponit non animadvertens l. 60. esse de condictione incerti: illam de condictione certi, & hanc non competere, illam competere heredi: qui per imprudentiam nulla facta retentione sumptuum, nova ædificia fideicommissario tradidit: & ita eas duas leges nihil inter se pugnare, nec vero posse pugnare, cum & ambæ sumptæ sunt ex eodem Juliani libro 39. DD. atque ita sunt conjungendæ.

Postremo illud etiam summe notandum est, quod addit Papinianus in *l. 61.* in qua separat sumptus, quos pendente conditione fideicommissi heres necessario fecit D in reficiendis; non dico in restituendis, sed in reficiendis vel fulciendis ædficiis, a sumptibus quos fecit in restaurandis consumptis ædificiis. Denique in *l. 61.* separat sumptus, quos heres fecit in reficiendis stantibus ædificiis, a sumptibus, quos fecit in instaurandis consumptis ædificiis. Nam hos simul reputat fideicommissario arbitratu boni viri, quia necesse non habuit heres restaurare ædificia. Illos autem sumptus non reputat fideicommissario, quia necesse ei fuit sarta recta ædificia fideicommissario servare. Verum in *d. l. 61.* vulgo perperam legitur hoc modo, *sumptus autem in reficienda domo necessarios a legatario factos*, perperam, inquam, legitur, sumptus necessarios a legatario factos in reficienda domo. Nam si in reficienda domo legata, sumptus fecit ipse legatarius, quam ineptum & inconcinnum aut dissentaneum est subjicere, ei legatario E petenti legatum, eos sumptus non reputari, quos ipse fecit. Sane enim non reputantur mihi sumptus, si quando reputantur, quos ego feci, sed quos fecit alius: reputatio fit a reo actori, non ab eodem actore actori. Ergo perspicuum est, & necessario consequens ex *l. 58.* ex qua dependet lex 61. ita esse legendum in *l. 61. sumptus autem in reficienda domo legata necessario factos, ab eodem herede* scilicet, non in restauranda, sed in reficienda petenti legatum, cujus postea conditio extitit, non esse reputandos.

Ad Leg. LXXVIII. de Leg. 2.

Qui solidum fideicommissum frustra petebat, herede Falcidiam objiciente, si partem interim solvi sibi desideraverit, neque acceperit, in eam moram passus intelligitur.

Sequitur ut exponamus *l. 78. lib. 2. de leg.* quæ quidem tota pertinet ad fideicommissa rerum singularum, quæ continet quinque responsa admodum brevia, quæ hac hora profligabuntur. Primum responsum est de fideicommissario, qui solidum fideicommissum sibi restitui petit sine deminutione, & cui heres ratione Falcidiæ subnixus opposita exceptione doli mali contradicit, se non debere solidum restituere, sed dodrantem tantum, ut ipse quadrantem habeat salvum & incolumem, quem jure Falcidiæ retinere desiderat. Is sane fideicommissarius lege Falcidia interveniente, qui solidum fideicommissum petit, plus non petit, alioquin jure isto causa caderet; plus, inquam, non petit, quia ipso jure solidum ei debetur, sed ut eleganter Papinianus ait, frustra petit: denique non plus petit, sed frustra, quia petitionem solidi elidit exceptio doli mali, per quam Falcidia inducitur, *l. heres, inf. ad SC. Treb. l. 15. in pr. & l. 16. & l. 80. in fin. inf. ad l. Falcid.* Verum videamus an fideicommissario, qui solidum fideicommissum petit, non habita ratione legis Falcidiæ, saltem mora fieri videatur in dodrante restituendo, & hoc responsum argumentum præbet nec moram ei fieri in dodrante restituendo, quia non dodrantem, sed solidum petit, quod interveniente Falcidia heres juste recusat. Moram non facit, qui juste recusat, aut refugit aliquid, qui juste litigat, *l. si quis solutioni, de usur. l. qui sine dolo, de reg. jur.* sed si fideicommissarius interim, dum excutitur ratio legis Falcidiæ, desideret dodrantem sibi restitui, qui non potest non deberi, nec restituatur ei dodrans: ex eo tempore quo heres postulanti fideicommissario dodrantem restituere detrectaverit, non etiam ab initio litis, heres moram fecisse fideicommissario intelligitur. Multum interest scire, a quo tempore heres moram fideicommissario facere incipiat: nam ex tempore moræ fideicommissariis debentur usuræ fideicommissorum & fructus, *§. etiam inf.* in *hac l. 2. Cod. de usur. & fruc. leg. l. 3. Cod. in quib. causis in integr. rest. non est necess.* Debentur commoda omnia, *l. 39. §. fructus, l. quæsitum, §. ultim. sup. tit. prox. l. 84. inf. h. t.* Ac præterea ex tempore moræ periculum rerum per fideicommissum relictarum pertinet ad heredem frustratorem, qui scilicet moram fecit, *d. l. 39. §. fructus, & l. 3. Cod. de usur. & fruct. leg.* Et hæc quidem de primo responso sufficiat: sequitur alterum quod est in §. 1.

Ad §. Cum post mortem.

Cum post mortem emptoris venditionem Reipublicæ prædiorum optimus maximusque Princeps noster Severus Augustus rescindi, heredibus pretio restituta jussisset, de pecunia legatario, cui prædium emptor ex ea possessione legaverat, conjectura voluntatis pro modo æstimationis, partem solvendam esse respondi.

Lucius Titius prædia quædam Reip. sive civitatis cujusdam bona fide emit a curatore Reip. & moriens ex eis prædiis, quæ emit, id est, ex universa illa possessione plurium prædiorum Reip. quam vocant, σύγκτησιν & μετοχὴν, & compossessionem. Cajo Sejo unum prædium legavit per fideicommissum. Post mortem L. Titii Imperator Severus ex causa in integrum restituit Remp. adversus venditionem. Respublica minorum jure uti solet, ut minores, ita Resp. adversus ea, quæ administratores gesserunt male, in integrum restitui possunt, *l. pen. C. quib. ex caus. maj. in integr. rest. l. pen. C. de jure Reip. l. 1. C. de off. ejus qui vic. alt. jud. obt.* Atque ita Imperator Severus venditionem eorum prædiorum rescindi jussit, atque decrevit, restituto pretio heredibus L. Titii. Omnis restitutio in integrum est reciproca, jussit Remp. prædia recipere, ac simul pretia restituere heredibus emptoris, qui prædiorum pretia acceperunt, pro rata prædii legati. Quæritur, an fideicommissarius partem æsti-

æſtimationis petere poſſit, partem pretii, quanti eſt prædium legatum? Et reſpondet Papin. poſſe, ſumpta conjectura ex voluntate teſtatoris, qui utique fideicommiſſario vel prædium, vel æſtimationem ejus præſtari voluit: non tenentur quidem heredes fideicommiſſario de evictione, *l. prox. §. evictis, ſup.* nec teneri etiam eos, de evictione Papin. ait, ſed ex cauſa fideicommiſſi judicioque defuncti, cum prædii legati pretium receperint, ut id fideicommiſſario reſtituant, ceterorum prædiorum pretia ſibi retineant, quæ redhibuerunt Reip. Et hæc eſt ſententia ſecundi reſponſi.

Ad §. Etiam reſp.

Etiam Reſpublica fideicommiſſi poſt moram uſuras præſtare cogitur, ſed damnum ſi quod ex ea re fuerit ſecutum, ab his ſarciendum erit, qui poſt dictam ſententiam, judicatum ſolvere ſuperſederunt. Nec aliud ſervabitur in litis ſumptibus, ſi ratio litigandi non fuit: ignaviam etenim prætendentes audiri non oportere. Quod in tutoribus quoque probatur.

IN tertio reſponſo oſtenditur, ex mora præſtandorum fideicommiſſorum uſuras debere non tantum privatum, qui heres inſtitutus eſt, & oneratus fideicommiſſis, ſed etiam Remp. ſi heres inſtituta ſit, & ab ea ſint fideicommiſſa relicta: nam hodie receptum eſt, quamlibet Remp. heredem inſtitui poſſe, quod tamen olim non obtinuit, ut patet ex Plinii Epiſtolis & lib. reg. Ulp. quia Reſpublica eſt incertum corpus, ut nec univerſi cives cernere hereditatem, nec pro herede gerere poſſint, ut heredes fiant: verum alio jure utimur: ergo ut hoc loco proponitur, ſi Reſp. ſit heres inſtituta, & ab ea ſint fideicommiſſa relicta, & mora fiat in eis præſtandis, etiam Reſp. fideicommiſſariis debet uſuras, & fructus, & commoda omnia ex tempore moræ, ſed damnum quod ob eam rem Reſpublica patitur, id omne Reip. præſtabunt actores Reip. vel adminiſtratores, vel magiſtratus *qui poſt ſententiam dictam*, ut ait, *de reſtituendo fideicommiſſo, judicatum ſolvere ſuperſederunt*: judicatum facere ſuperſederunt, id eſt, qui poſt condemnationem & tempora judicati in ſolvendo moram fecerunt. Quo caſu & uſuræ & fructus & commoda omnia fideicommiſſario debentur a tempore litis conteſtatæ uſque ad ſententiam: quum Reſp. moram fecit poſt ſententiam & tempora judicati ſolvendi, *l. 3. ſup. de uſur.* Dico non tantum poſt ſententiam; ſed & poſt tempora judicati, quia poſt ſententiam tempus judicati faciendi eſt immune a dependendis uſuris: juſti dies, qui dantur judicato faciendo ſunt immmunes a dependendis uſuris, *d. l. 3. l. in bonæ fidei, C. eod. tit. l. ultim. §. pen. C. de uſur. rei jud.* quia cum juſti illi dies dentur humanitatis gratia, ut eleganter ait *l. ſi cum militis, §. ultim. ſup. de compenſ.* cum, inquam, juſti dies dentur, ut in *Baſil.* πρὸς περὶ ϑαλψω: expertes igitur debent eſſe omnis inhumanitatis, ac proinde immunes a dependendis uſuris. Et hæc quidem ita ſe habent omnia, quæ ante diximus ad hoc reſponſum, ſi actores Reip. habuerint juſtam cauſam litigandi adverſus fideicommiſſarium, ſi ante condemnationem in mora non fuerint, ut ſc. poſt condemnationem demum mora facta, & poſt tempora judicati uſuræ & fructus fideicommiſſario debeantur a die litis conteſtatæ in diem ſententiæ latæ. Nam ſi actores Reip. temere judicium acceperunt, ſi vitio litigaverunt, ex tempore moræ ſive litis conteſtatæ, fideicommiſſario debent, aut debet Reſp. uſuras & commoda omnia in diem ſolutionis nullo juſtitio intermiſſo, id eſt, nullis juſtis diebus intermiſſis *d. l. 3.* Debentur etiam fideicommiſſario ſumptus litis, in quos damnari more judiciorum ſolet is, qui temere litigavit & ſuccubuit, *l. eum qui temere, ſup. de jud. l. 1. §. 1. D. de vac. mun. l. 3. Cod. qui accuſ. non poſſ.* Sed hæc omnia detrimenta, vel uſurarum, vel fructuum, vel aliorum commodorum, quæ ob moram fideicommiſſario præſtantur, vel ſumptuum litis, hæc damna omnia reſpublica imputat actoribus, vel adminiſtratoribus & magiſtratibus Reip. qui rem ſummam, rem communem male geſſerunt, quoniam non tantum doli, ſed etiam ignaviæ, id eſt, culpæ etiam levis nomine Reip. tenentur. Quod verbum *ignaviæ*, Gloſſa non intelligit, id eſt, culpam levem, cui adverſa eſt diligentia: denique adminiſtratores Reip. non tantum doli, ſed etiam culpæ nomine tenentur, & ignaviam ſuam prætendentes non ſunt audiendi ut eo minus Reip. teneantur: nam & ignaviæ pœnam luunt, *l. magiſtratus, D. de adm. rer. ad civit. pert.* Quod hoc loco Papin. confirmat a ſimili., ſi tutor culpam præſtat pupillo, ſane etiam levem, *l. quidquid, C. arb. tut.* & actor reip. igitur, quoniam ſimilis & pene eadem eſt cauſa conditioque pupilli & Reip. *l. 9. de appel. l. 6. infr. ne ſtatu def.* Et nihil eſt præterea in hoc 3. reſponſo.

Ad §. Prædium.

Prædium pater de familia liberorum alienari verbis fideicommiſſi prohibuit. Supremus ex liberis qui fideicommiſſum petere potuit, non idcirco minus actionem in bonis ſuis reliquiſſe viſus eſt, quod heredem extrarium ſine liberis decedens habuit.

PEnultimi reſponſi ſpecies hæc eſt: qui habebat quatuor liberos primum, ſecundum, tertium, quartum, prædium eis legavit, idque verbis fideicommiſſi, non nudo præcepto vetuit alienari extra familiam liberorum. Nudum præceptum, ne alienetur prædium extra familiam liberorum, nullius momenti eſt, ſed id tantum præceptum quod fit adhibitis verbis fideicommiſſi: quum dicit *verbis fideicommiſſi* excludit nudum præceptum. Denique hoc addit, *verbis fideicommiſſi* non nudo præcepto prohibuiſſe patrem, ne prædium illud alienaretur extra familiam, non quidem ſuam omnem, ſed extra familiam liberorum. Ita ut ſi quis eorum liberorum partem ſuam alienaret extero, ceteri fratres eam partem ſibi vindicarent jure fideicommiſſi: donec ad eum, qui noviſſimus ſupereſſet, & ceteros vivendo viciſſet, totius prædii proprietas veniret. Nunc facito, ad noviſſimum ex liberis morte ceterorum totum prædium rediiſſe, aut actionem eum adquiſiſſe vindicandarum partium, quas fratres habuerunt in eo prædio, qui relictis extraneis heredibus ſine liberis vita functi ſunt, vel qui vivi partes ſuas extero alienarunt. Rurſus facito, poſtea etiam noviſſimum ex liberis vita deceſſiſſe ſine liberis extraneo herede relicto: Quæritur, an is ad heredem extraneum quem reliquit, tranſmiſerit dominium prædii, vel actionem fideicommiſſi pro partibus fratrum? Et reſpondet Pap. tranſmiſiſſe, quaſi ſcil. jam extincta omni familia liberorum, quaſi liberis omnibus extinctis ſine liberis, ut in *l. prox. §. libertis, ſup.* quaſi nullo ſuperſtite ex familia liberorum, cui fideicommiſſi petitio competere poſſit, *l. 2. Cod. quando dies leg. ced.* denique quaſi extincto fideicommiſſo. Res eſt perſpicua. Reſtat ultimum reſponſum.

Ad §. Ultimum.

Si creditor ab eo, qui teſtamentum fecit, domum acceptam jure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommiſſi cauſa, tametſi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur.

SPecies hæc eſt: Teſtator domum quam creditori pignoraverat, L. Titio per fideicommiſſum reliquit: creditor cum ei pecunia non ſolveretur, vendidit pignus, jure pignoris vendidit domum, emitque eam, qui non erat ignarus fideicommiſſi: Quæritur, an L. Titio fideicommiſſario adverſus emptorem competat perſecutio fideicommiſſi, quaſi non debuerit emere domum, quam ſciebat eſſe fideicommiſſo ſubjectam? Et reſpondet fideicommiſſario adverſus emptorem nullam competere actionem, nihilque a Prætore, vel Principe poſſe decer-

decerni, quo rescindatur emptio venditio jure & bona fide perfecta: neque enim scientia sola rei alienæ, aut scientia sola fideicommissi mala fides est, *l.generaliter, sup.de noxal.action.* Imo etiam prohibita alienatione domus verbis fideicommissi, huic responso Pap. locus, foret, id est, prohibitio non noceret creditori, non impediret venditionem domus jure pignoris, *l.filiusf.§.Divi, sup.tit.prox.* heredem non nego fideicommissario teneri, si modo fideicommissarius doceat, eum fuisse ignavum & negligentem in luendo pignore, quod & Glossa hic adnotavit recte: & hic est finis hujus legis.

Ad L. X. de Alim. leg.

Cum unus ex heredibus certam pecuniam præcipere jussus esset, de cujus sorte libertis alimenta præstaret; heredem quoque heredis ad præceptionem admitti placuit; si tamen plures heredes heres haberet, intentionem quidem defuncti prima facie refragari: sed aliud probari non oportere. Quid enim si ceteros heredes suos evitavit, & quietam ac verecundam atque etiam idoneam, libertis consulens, domum sequi maluit? Et ideo ab omnibus heredibus heredis alimenta præstabuntur.

IN primo responso legis 10. hæc proponitur species. Testator pluribus heredibus institutis, unum ex eis præter portionem hereditariam præcipere jussit certam summam sub onere præbendorum libertis alimentorum quotannis ex usuris ejus summæ vel sortis, quo genere intelligitur liberis suis alimenta annua per fideicommissum reliquisse, ut in *l.8.hoc tit.* Mortuo autem eo herede, qui oneratus est præbitione alimentorum, constat idem onus sequi heredem heredis, si unum tantum heredem reliquerit ex asse, ut quem sors sequitur primo heredi legata per præceptionem, eum etiam sequatur onus, quod naturali rationi conveniens est. At quid fiet, si primus heres a quo libertis alimenta relicta sunt, plures reliquerit, inter quos ea pecunia sive sors destinata alimentis libertorum divisa sit pro hereditariis portionibus, an omnes heredes tenet onus libertis præbendorum alimentorum? Quod prima facie Papin. ait, intentionem testatoris non pati, qui per unum alimenta præstari voluit, quod & commodius peragitur per unum, *l.2.h.t.* Verum, ut idem subjicit, aut ut adsignificat *necessitati succumbimus*, ut ait *l.pen.in fine, sup.de excus.tut.* quam ne dii quidem superant, & omnino cogimur, ne pereat fideicommissum alimentorum, statuere omnes heredes, qui primo heredi extiterunt fideicommisso teneri, tametsi huic definitioni videatur refragari voluntas testatoris: sed refragatur prima facie, ut ait, prima ratione, κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ut Philosophi dicunt, non secunda ratione, forte cum ut idem Papin. ostendit, testator evitatis ceteris heredibus suis, non tam eum heredem, quem elegit, elegit a quo præstarentur alimenta libertis, non tam personam ejus heredis elegit, quam quietam & verecundam & idoneam ejus domum, consulens libertis suis. *Domus* appellatione significat familiam & posteritatem, quæ ei succedet, legitimam: & quieta est ea domus, quæ non est amans litium: verecunda, quam pudet detractare pia & fida obsequia defuncto, veluti alimenta, quæ defunctus præstari jussit: quam rem etiam *l. 8. hoc tit.* ait, pulsare verecundiam heredis, percutere verecundiam heredis, siquidem ea præstare detrectet alimentariis. Idonea autem domus, quæ est locuples & luculenta. Et cum hoc elegantissimo Papin. responso congruit, *l.alimenta, in prin.h.t.* Verum observanda in hoc proposito maxime ea differentia est, quam statuit in *l.8.* quamque exposui *lib. 7.* inter heredem scilicet, qui de prælegati sorte, hoc est, de incremento sive usuris ejus sortis, jubetur alimenta præstare, & nudum ministrum sive dispensatorem, aut præbitorem alimentorum, cui nihil legatum est, quoniam onus nudum dispensatoris extinguitur cum persona, quia nulli alii rei quam personæ injunctum est; onus nudi dispensatoris cum persona perit, *l. si ita expressum, inf. de cond. & dem.* Quam in rem Bartolus & Albericus etiam

A non male adducunt in medium *l. cujus bonis, D. de cur. fur.* quæ dicit, curatorem bonis datum, id onus non transferre in heredem suum, & *l. tutela, sup. de tut.* quæ dicit tutelam jure hereditario non transmitti in heredem tutoris. Onus autem legatario injunctum sequitur heredem vel heredes ejus, ad quos etiam legatum transit, nec tam personale quam reale onus est, id est, onus rei, vel summæ legatæ.

Ad §. Verbis.

Verbis fideicommissi pure manumisso, præteriti quoque temporis alimenta reddenda sunt, quamvis tardius libertatem recuperaverit, nec heres moram libertati fecerit, tunc enim B *explorari moram oportet, cum de usuris fideicommissi quæritur, non de ipsis fideicommissis.*

TEstator servo suo pure libertatem per fideicommissum reliquit, idem quoque servo pure alimenta certorum nummorum annua dedit: quæ quidem alimenta jure quidem servo non debentur, antequam pervenerit ad libertatem: servo meo nihil utiliter lego sine libertate, qua fruatur jam, *ex parte, §.servum, D.fam.erci. l.servus, Cod. de leg.* præstari ei quidem possunt alimenta favorabiliter etiam nondum manumisso extra ordinem officio judicis, ut in *l. servos, inf. h. tit. l. servus, sup. de ann. leg. l. servo alieno, §. 1. de leg. 1.* neque enim servis testamentorum omnia justa commoda denegantur, ut Symmachus ait in Epist. ad Theodosium, sed quæ officio solo C judicis præstantur, non jure obligationis: sane non sunt in obligatione, neque debentur proprie, *l. ultim. sup. de eo quod certo loco.* Heres autem in hac specie, a quo libertas servo & alimenta relicta sunt, neque moram fecit in præstanda libertate, neque in præstandis alimentis, servo nimirum cessante in petitione fideicommissi, nec interpellante heredem: sed tardius heres interpellatur a servo, tardius etiam servo præstitit libertatem, tardius eam ab herede servus reciperavit, ut loquitur, quod genus loquendi notandum est, pro accepit ab herede: mora fit fideicommissariæ libertati in personam, id est, interpellato herede, nec satisfaciente interpellationi: in rem non fit non interpellato herede usquequaque secundum distinctionem legis *cum vero, §. apparet, ff. de fideic. libert.* quam citat Accurs. Quæritur autem in hac specie: An D præteriti temporis ante præstitam servo libertatem, quæ tardius præstita est, ut dixi, ex die aditæ hereditatis alimenta servo manumisso debeantur? Quod non videtur prima facie, quia heres non fuit in mora. Verum aliud judicium Papin. est, optima ratione, quia in præstatione fideicommissi nihil refert, heres fuerit in mora, necne: nam etsi non fuerit in mora, omnimodo fideicommisso & præteriti & futuri temporis obstringitur ab eo die quo dies fideicommissi cessit, ut *l. libertis, §. 1. ff. hoc tit.* Et quod vulgo jactatur, spectari, observari, explorari moram heredis, id tantum pertinet ad usuras fideicommissorum & cetera commoda, ut diximus heri ad *l. 78. de leg. 2.* quæ scilicet usuræ, vel commoda non currunt, nisi ex mora heredis, quæ tum fit, quum interpellatus heres ea non solvit: non etiam pertinet ad fideicommissa ipsa, quæ debentur omE nino a die, quo cesserunt, etiamsi heres nulla fuerit in mora. Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad §. Ultimum.

Alimentis viri boni arbitratu filiæ relictis ab herede filio pro modo legatæ dotis quam solam pater exheredatæ filiæ nubenti dari voluit, atque pro incrementis ætatis, eam exhibendam esse respondi, non pro viribus hereditatis.

PAter filium heredem instituit, filiam exheredavit, quoniam voluit, eam esse contentam dote certæ quantitatis, quam ei a filio herede instituto legavit cum nube-

nuberet: filia plerumque exheredatur contemplatione dotis datæ vel relictæ, quod ea ei sufficiat, *l. emptor*, *§. ult. sup. de rei vindic. l. qui volebat*, *sup. de hered. instit.* hoc amplius idem pater præter dotem scilicet filiæ alimenta præstari jussit, quoad nuberet, præstari, inquam, jussit viri boni arbitratu, quæ quidem alimenta, etiamsi relicta non essent, frater teneretur præstare sorori, quæ se aliter tueri non possit, *l. 4. sup. ubi pupil. educ. deb.* Hæc autem verba, *viri boni arbitratu*: certam quantitatem exprimunt, non incertam, *l. 1. sup. de leg. 2.* quia æquitas semper est certa, cujus bonus vir magister est, & quasi sacerdos: nec tamen statim cuilibet liquido apparet, quem modum alimentorum filiæ in hac specie constitui oporteat. Ideoque declarat Papinianus hoc loco, quasi instruens bonum virum, quem testator moderatorem fecit, ut alimentorum modum filiæ constituat non pro viribus hereditatis, quia filia exclusa est per exheredationem, sed pro modo dotis filiæ legatæ, hoc est, non pro facultatibus defuncti, sed pro facultatibus filiæ, quæ in sola dote consistunt, ut plerumque bona mulierum dicuntur in sola dote consistere, *l. assiduis*, *C. qui pot. in pignor. hab.* Itemque, ut modum alimentorum constituat pro incrementis etiam ætatis puellæ, prout scilicet ætatem ampliaverit, ut ait lex *alimenta*, *§. Basilicæ*, *ff. hoc tit.* Denique virgini pro modo dotis legatæ, quasi ex usuris dotis, & pro ratione ætatis alimenta præstabit, usque adeo, dum ierit nuptum: nuptiis contractis & dote soluta filiæ, maritove filiæ nomine, finitur alimentorum legatum.

Ad Leg. XXV. de Adimen. leg.

Alteri ex heredibus præceptionem prædii dedit, mox alteri præstari adversus debitorem actiones ad eum finem mandavit, quo prædium fuerat comparatum. Cum postea prædio distracto citra ullam offensam ejus, qui præceptionem acceperat, pretium in corpus patrimonii rediisset, non esse præstandas actiones coheredi, respondi.

QUidam duos heredes instituit, primum & secundum: primo prædium prælegavit, ut hoc haberet præcipui titulo, quod quidem prædium ipse emerat ducentis aureis. Secundo autem etiam titulo præcipui jussit cedi actionem, & præstari adversus magnæ pecuniæ debitorem hereditarium, ad finem tamen pretii ducentorum aureorum: post factum testamentum testator prædium ultro distraxit, non provocatus, non lacessitus ulla gravi offensa heredis, cui prædium prælegaverat, & pretium ex prædii venditione redactum retulit in corpus patrimonii sui: Quæritur, mortuo testatore, an primo sit præstandum prædium prælegatum, aut æstimatio ejus, secundo æque an sit cedenda actio ad finem pretii supradicti prædii? Et respondet Papinianus, utrique heredi legatum ademptum videri, & pretium prædii, quod rediit in corpus patrimonii, inter heredes dividi pro portionibus hereditariis. Obscura videtur esse admodum ratio hujus responsi: faciemus perspicuam sine negotio. Primum dico, ademptum legatum videri primo, quia testator prædium nuda & mera voluntate alienavit, non urgente necessitate ingratiis, ut ait *l. rem legatam*, *hoc tit.* *l. fideicommissa*, *§. si rem*, *d. leg. 3.* Testator qui rem legatam vendidit urgente necessitate, non videtur adimere legatum: at qui nuda voluntate rem legatam vendidit, videtur adimere legatum: proinde primo ademptum videtur legatum prædii, secundo etiam suum legatum ademptum videtur, quia causa legati deficit. Ideo enim testator secundo legavit partem nominis ad finem æstimationis prædii, ut æqualitatem constitueret inter heredes, ut id prædium æquo animo sineret secundus habere primum coheredem suum, quæ causa cessat primo adempto legato. Unde consequens est, quasi cessante causa, & secundo ademptum esse legatum, quod est singulare responsum Papin. nunquam memoria obliviscendum. At contra hoc responsum tentari potest ex *l. pater*, *hoc tit.* neutri esse ademptum legatum, quia pretium quo prædium testator distraxit in corpus patrimonii rediit, ut posuimus. Et non videtur absumptum, quod in corpus patrimonii est versum, quod latius exposui lib. 7. ad *d. l. pater*. At ut dissidium omne componatur inter hanc & illam l. animadvertendum est, *l. pater* loqui de pecunia legata, hanc leg. de prædio legato. Facilius autem prædii, quam pecuniæ legatum extingui vel adimi, aut ademptum intelligi, quia pecunia semper hereditati inest, non quidem eadem species pecuniæ, sed quantitas pecuniæ, summa, potestas, facultas, *la valeur*. Quantitas dicitur in *l. 1. de contrah. empt.* summa, in *l. si pœna*, *§. si falso*, *de cond. indeb.* potestas in *l. ideoque*, *ff. de eo quod certo loco*, facultas, in Epistolis ad Atticum: *Natura*, inquit, *nummorum & facultas: natura, c'est la loy*: facultas, *la valeur*. Denique pecunia, id est, quantitas semper inest in bonis, id est, mille aureos habere videtur, qui prædia habet digna mille aureorum: prædium autem, quod distraxit testator, plane hereditati abscessit, nec videtur inesse hereditati, licet pretium ejus insit, puta, redactum in corpus patrimonii, & ita ad *l. pater*, respondendum est. Ad *l. 25. de adim. leg.* quam nunc exposuimus hoc unum est, quod addi maxime velim in illa lege, hæc verba, *testatorem prædium distraxisse, quod uni ex heredibus prælegaverat citra ullam offensam ejus, cui prælegaverat*, hæc inquam verba, *citra ullam offensam*, non esse otiosa: nam si apud testatorem heres, qui prædium per præceptionem acceperat, in gravi offensa fuerit secundum distinctionem *l. 3. §. ult.* adhibita *l. 4. eod. tit.* ei soli nocet, quod prædium testator distraxit, id est, ei soli intelligitur ademisse prædium, qui eum offenderat, non etiam secundo coheredi, in quem testator iratus & infensus non fuit: ideoque in ea l. Papin. adjicit, eum distraxisse prædium primo legatum citra ullam offensam primi, volens demonstrare testatorem pariter erga utrumque mutasse voluntatem, quod attinet ad legata, quæ eis dedit, quod attinet ad legatum prædii primo relicti, & quod attinet etiam ad legatum nominis secundo relicti ad finem æstimationis prædii. Idcirco ut conditio heredum exæquaretur, ut fit in *l. 12. ff. de cond. & dem.* idcirco ut eadem æqualitas perseveret, ut eadem sit amborum heredum conditio, adempto uni legato, & alii quod relictum est ademptum esse censetur, nec pejori conditione unus habetur quam alter, cum pariter in utrumque testator fuerit adfectus, ut hoc breviter etiam Glossa notavit, & rectissime.

Ad L. II. de Reb. dub.

Civibus civitatis legatum vel fideicommissum datum, civitati relictum videtur.

ERgo civibus civitatis certæ datum legatum vel fideicommissum, non certis civibus, sed incertis, *δοείςως*, civitati vel Reip. quod etiam incertum corpus est, relictum videtur. Idemque est si testator dixerit in hunc modum: *Civibus meis illud do, lego*: quoniam illud civitati suæ legasse videtur, ut patet ex *l. pen. §. civibus*, *sup. de leg. 2.* Et contra quoque civitati relictum, civibus relictum videtur, sicut cognationi relictum, cognatis, *l. si cognatis*, *ff. hoc tit.* Sunt enim hæc conjugata cives & civitas: cognati & cognatio. Res autem dubia fuit, quia dici poterat non civitati vel Reipublicæ, sed singulis civibus legatum relictum, qua interpretatione admissa, cives non quasi civitas vel respub. sed quasi certi homines ad legatum vocarentur, *l. cum Senatus*, *ff. hoc tit.* Et ideo legati divisio inter eos fieret, in viriles, id est, pro virilibus portionibus, ut in *l. si quid relictum*, *& l. civitatibus*, *sup. de leg. 1.* Et in antiqua inscriptione: *Statuam Mercurii ob honorem quinquennalem posui, cujus dedicatione dedi populo viritim denarios singulos*; vel etiam si perexiguum esset legatum, quod intelligeretur esse relictum singulis civibus, quod distributum in singulos ad nihilum redigeretur, ridiculum magis est, quam utile legatum, argumento

mento legis *si domus*, *de leg. 1. l. cum post §. gener*, *de* A *jure dot.* Verum, sane verius est, testatorem, qui civibus certæ civitatis legavit, voluisse legare non singulis, sed universis civibus, sive universitati civium, quæ uno nomine civitas appellatur: neque enim civitatem dicimus singulos cives, nec quod civitati legatum esse intelligitur, id dicimus singulis civibus deberi, *l. sicut*, *§. 1. sup. quod cujusque univers.* Et rursus, civitatem etiam non dicimus domiciliorum collocationem, & conjunctionem cinctam mœnibus, non τὸ οἰκητήριον, sed universitatem civium & inquilinorum iisdem utentium legibus & moribus. Nam inquilinos sive incolas facio partem civitatis ex Arrio Didymo apud Eusebium 15. *de præpar. Evang.* definiente civitatem τὸ τῶν ἐνοικούντων σὺν τοῖς πολίταις σύστημα, consociationem, consortiumve inquilinorum & civium: quamobrem non civium, sed B hominum. M. Tullius civitatem definit esse concilium cœtumque jure sociatum. Et Plato, πλῆθος ἀνθρώπων ὑπὸ νόμον τὸν αὐτὸν ὄντων. Ineptus autem est Azo, qui hoc loco, *civibus*, interpretatur *administratoribus civitatis*, quem & ineptiores alii plerique sequuntur. Quis enim nescit latius patere civium nomen, nec solos administratores Reipub. esse cives? Censebant illi administratores civitatis esse instar civitatis, & ideo facile admittebant, legatum datum administratoribus civitatis, civitati datum videri: nec tamen animadvertebant, etiam cives universos non tam esse instar civitatis, quam civitatem ipsam, & multo magis universis civibus relictum, civitati relictum videri: At fateor etiam administratoribus civitatis non nominatim relictum legatum, civitati relictum videri, sed nolo ad eos tan- C tum hanc legem coangustari. Ergo sive civibus universis legatum detur, sive administratoribus civitatis, civitati dari videtur, sicut quod generaliter datur sacerdotibus, sive clericis certæ Ecclesiæ, ipsi Ecclesiæ dari videtur, ut in *l. annua*, §. 1. *sup. de ann. leg.* quod sacerdoti & ἱεροφύλακι, & libertis, qui certo in templo ministerium præbent, templo legari videtur, quia non personæ legatariorum nominatim designatæ sunt, sed templi ministerium tantum. Habita igitur in primis est ratio templi non personarum, quæ templo ministerium præbent, quamvis ad eas sermonem direxerit testator: sicut quod episcopo legatur ab extraneo, puta hoc modo: *Episcopo illius ecclesiæ prædia illa do*, *lego*, non personæ episcopi, quæ nec proprio nomine est demonstrata, sed ecclesiæ legatum videtur, *l.* 41. quæ est Græ- D ca constitutio *de episcopis & clericis*, *can. pontificis* 12. *quæst.* 3. *cap. requisisti*, *de Testamen.* quoniam legatarius non est is, ad quem sermo dirigitur, sed corpus sive collegium propter quod cujusve intuitu & contemplatione legatum relinquitur, ut in *l. si filiofam. inf. de cond. & demonst. l. pen. C. de jur. delib.*

Ad Legem LXXVIII. de Condit. & demonstrat.

Cum pupillus aut tutor ejus conditionem in personam pupilli collatam impedit: tam legati quam libertatis jure communi conditio impleta esse videtur.

DUo sunt hujus leg. responsa: quod ad primum responsum attinet, fac, pupillo herede instituto liber- E tatem aut legatum relictum sub conditione collata in personam pupilli, & pupillum non pati, ut conditio impleatur, pupillum impedire conditionem ne impleatur, & per hoc ne libertatem aut legatum præstet. Quæritur, an conditio habeatur pro impleta secundum jus commune? quod proponitur in *l. in jure*, *de reg. jur.* Et respondet Papinianus, haberi pro impleta, quod subtilius examinandum est. Id quidem sane sine dubio verum est, si conditio collata in personam pupilli consistat in facto, veluti, *si pupillo biennio servierit*, vel, *si cum pupillo moratus fuerit*, quoniam, ut ea conditio impleri potest in personam pupilli citra interventum vel auctoritatem tutoris, ita & a pupillo solo impediri potest, quo minus impleatur, & habebitur pro A impleta, *l. si servus* 10. *de solut.* At si conditio in datione consistat, quæ collata est in persona pupilli, veluti, si pupillo decem dederit, non potest impediri ejus cunditionis effectus a pupillo solo, quia nec in personam pupilli solius impleri potest, citra interventum tutoris, ne scilicet datio, ut ait *d. l. si servus* ex imbecillitate pupilli pereat, id est, ne datum pupillo soli, pupillus mox dissipet, atque disperdat, quo pertinet etiam *l.* 13. *hoc tit.* Sed si interveniente tutore, auctore tutore, pupillus recuset accipere oblatam pecuniam, tum sane hæc conditio, quæ in datione & acceptione consistit, pro impleta habebitur: & ita qualisqualis sit conditio, adhibita hac distinctione pro impleta habebitur. At quod dicitur, jure communi conditionem pro impleta haberi, si per eum stat, in quem conditio collata est, vel in cujus personam implenda est, B id patet etiam ex *l.* 14. *hoc tit.* Legatum relictum est sub hac conditione, *si statuas illas in municipio posuerit*, & legatarius paratus quidem est eas ponere, sed locus a municibus non datur, conditio habetur pro impleta, & statim legati petitio est. In antiquis inscriptionibus solet notari locus ponendarum statuarum, vel exstruendi monumenti datus decreto decurionum, ut intelligatur jure statuas esse positas, vel exstructum monumentum. Id vero notatur vulgo his singulis & singulariis literis, *une L. & trois* DDD. quæ singula ita explananda sunt, *locus decreto decurionum datus*, quod integra oratione in Brundusina inscriptione legitur Græca hujusmodi, τὸν τόπον τῆς βουλῆς εἰς τάφον ψηφισαμένης, *loco dato decreto curiæ.* Et apud Diogenem Laert. in Empedocle, Ἄκρωνος τοῦ ἰατροῦ τόπον αἰτοῦντος παρὰ τῆς βουλῆς εἰς κατασκευὴν. C *Acrone*, inquit, *petente locum a decurionibus ad exstructionem monumenti paterni*. Aliquando locus dabatur indulgentia Pontificum ob religionem soli, ut in alia inscriptione antiqua, INDULGENTIA PONTIFICUM LOCUS DATUS EST. Et ita in *d. l.* 14. si quod locus non detur decreto decurionum in municipio, legatarius non ponat statuas, conditio pro impleta habetur. Et hoc est certissimum.

Ad §. Disjunctivo.

Disjunctivo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta. Nec interest in potestate fuerint accipientis conditiones, an in eventum collatæ.

D

FInge, legatum datum sub conditione disjunctiva, hoc pacto: *si heredi decem dederit*, *aut*, *si Capitolium ascenderit*. Disjunctio non habetur pro conjunctione, quoniam unam ex iis conditionibus impleri satis est, quam volet legatarius impleri, utramque impleri nihil attinet, *§. pen. Institut. de hered. instit.* Et notat Papinian. hoc loco, nihil interesse utrum conditiones sint potestativæ, ut in exemplo proposito, an casuales, sicut Justinian. loquitur, veluti, *illi centum do*, *lego*, *si navis ex Asia venerit*, *aut*, *si Titius consul factus fuerit*. Alterutram conditionem impleri satis est, & tametsi quandoque disjunctio pro conjunctione accipiatur, ut in *l. sæpe*, *de verb. signific.* non tamen ita accipietur hoc loco, nec duplici conditione legatarius oneratus esse intelligitur. Casuales conditio- E nes sunt, quæ in eventum conferuntur. Potestativæ quæ sunt in arbitrio & potestate accipientis. Et accipere conditiones dicitur hoc loco, is, cui imponuntur & adscribuntur cuive dantur: nam & conditiones in hoc titulo sæpe dari dicuntur. Posset tentari si utraque conditio, quæ adscripta est disjunctivo modo sit potestativa, a legatario utramque esse implendam, quod ei sit in facili utramque implere, quoniam utraque pendet ex arbitrio ejus & libidine: sed nihil interesse ait, inter hæc duo genera conditionum, an ergo erit in electione legatarii, vel fideicommissarii, implere conditionem quam voluerit? Sic videtur, & patet ex *d. §. penult.* eliget legatarius quam volet, ut impleat, alteram omittat. Verum huic sententiæ obstat *l. sub diversis*,

sup.

sup. hoc tit. quæ, si sub diversis conditionibus legatum disjunctim relictum sit, legatarium, ait, parere debere novissimæ conditioni, non cui voluerit. Sed ut respondeam, ibi disjunctim, est separatim, diversis partibus testamenti; ut si prima parte testamenti legetur sub una conditione; deinde ima parte eidem etiam legetur eadem res sub alia conditione, hoc casu novissimæ conditioni parere necesse habuit: in legatis novissimæ scripturæ valent, aliter quam in libertatibus, *l. si mihi & tibi §. ult. de leg.* 1. Hoc autem loco disjunctim, sive disjunctivo modo, est quidem separatim, sed eadem parte testamenti, eodemque tenore continuato orationis, quo casu legatarius paret priori, aut posteriori pro arbitrio. Hic est finis hujus l. Sequitur longe celeberrima in hoc ipso titulo.

Paulo antequam venirem, scripto viri cujusdam doctissimi admonitus sum, quod dixi non ita dudum in *l.* 78. *de leg.* 2. §. *etiam*, explicans breviter sententiam *leg.* 3. *de usur.* iniquum videri, ut scilicet Resp. quæ justam habuit causam litigandi, si moram faciat post condemnationem & tempus judicati, usuras dependat a tempore litis contestatæ ad sententiam, usuras dependet, inquam, hoc ne iniquum videatur, imo æquissimum, nempe sicut est in regula juris, ut unicuique mora sua noceat, ut unusquisque moræ suæ pœnam sufferat: hanc vero esse pœnam moræ factæ post tempora judicati, post indulgentiam justi temporis, ut is, qui moram fecit, retro a die interpellationis in diem sententiæ præstet usuras, quasi scilicet & retro intelligatur fuisse in mora, quamvis re vera non fuerit in mora, nisi post tempora judicati, quasi, inquam, & retro intelligatur fuisse in mora, qui nec judicato paret, nec agnoscit gratiam humanitatis causa lege sibi dati temporis conquirendæ pecuniæ, & judicato faciendo? Hæc est pœna ex decreto Marci Antonini, quæ proponitur in *d. l.* 3. ut quasi retro agatur mora, damneturque judicatus quasi mora facta etiam ante sententiam post interpellationem.

Ad Legem CII. de Condition. & demonstrat.

Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret, nepos liberis relictis intra ætatem suprascriptam decessit vita, fideicommissi conditionem conjectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.

Species hujus legis hæc est: Quidam filium & nepotem ex alio filio jam defuncto heredes scripsit vel nuncupavit, qui & ab intestato ei pariter heredes extitissent, & nepotem rogavit, ut si intra trigesimum annum ætatis vita decesserit, portionem suam filio, id est, patruo suo restitueret. Deinde nepos intra eam ætatem vita decessit relictis liberis & patruo superstite. Quæritur, an patruo fideicommiss. debeatur? Et ante Papinianum utique respondissent alii juris auctores patruo fideicommissum deberi, cum sit ei relictum simpliciter post mortem filii fratris, quæ contigit intra præscriptam ætatem: At primus Papinian. qui mirum in modum auxit suis conjecturis suaque prudentia admirabili, & locupletavit jus civile: primus, inquam, Papinian. induxit in hoc genere fideicommissi tacitam conditionem inesse; si nepos sine liberis vita decederet, quæ defecit relictis liberis, nimirum capta conjectura a verisimili, ex intentione voluntatis avi, ejusdemque testatoris, & pietate pia, qua duci videtur avus non tantum erga nepotem, sed etiam erga pronepotes ex eodem nepote. Itaque hoc casu verosimilius est, minus scripsisse testamentarium, id est, scriptorem testamenti; plus dixisse, vel dictasse, vel nuncupasse testatorem: testamentarium omisisse conditionem illam: aut sane testatorem ipsum minus scripsisse, plus scribere voluisse, quæ est sententia hujus responsi. Et similem conjecturam interpretationemve, etiam in aliis causis alii Jurisconsulti admittunt,

A ut plus dictum, minus scriptum intelligatur: ut scriptum suppleatur interpretatione, ut in *l.* 1. §. *ex fundo, & l. quotiens*, §. 1. *de hered. instit. l. unum ex familia §. pen. de legat.* 2. Quo exemplo audet Papinianus & eandem interpretationem introducere in specie proposita, & quum ait, minus scriptum quam dictum inveniri, tacite significat, hanc sententiam sive conjecturam suam non esse sine exemplo: denique non esse inauditam & novam, quod & in aliis plerisque causis juris auctores interpretantur, *plus dictum, quam scriptum*. Celebratur autem hoc responsum Papiniani ab Imperatore Justiniano in *l. cum acutissimi, C. de fideic. l. generaliter*, §. *cum autem, C. de inst. & substit.* Sed longe alia ratione in eis constitutionibus Justinianus proponit aut refert speciem quasi positam a Papiniano, quam ponatur hoc loco. Sane non quasi ne-
B pos patruo avitam, ut proponit Papinian. & exposui initio, sed quasi filius alii cuilibet post mortem suam paternam hereditatem restituere rogatus sit: idque facit Justinianus vel ex ampliore responso Papiniani quam sit relatum hoc loco, vel alio in Digestis, vel per consequentias responsi Papiniani, ut si in partem nepotis intelligitur testator pronepotes ex eodem nepote, qui modo supervixerint nepoti, quod requiritur, ut in *l. ex pacto*, §. *si quis autem, infr. ad Trebell.* Eos, inquam, prætulisse filio proprio: ita etiam intelligatur in partem locumque filii sui nepotes, aut pronepotes, aut abnepotes descendentes ex eodem filio prætulisse cuilibet fideicommissario, etiam ecclesiæ, ut quidam censent recte, tametsi fideicommisso expressim non injecerit conditionem: *si filius sine liberis diem suum obierit*, quod & Justinian. in supra-
C dictis constitutionibus ad hoc exemplum statuit locum habere generaliter, puta, hæc est generalis definitio, puta, inquam, ut semper quicunque parentes quibuscunque fideicommissariis vel liberis, vel extraneis, fideicommissum reliquerint a liberis cujuscumque sexus vel gradus, vel conditionis, ac proinde, etiam a liberis naturalibus, ut exprimit Justin. in *d. l. generaliter*: vel ut quidam sentiunt non male, etiam a liberis adoptivis, qui jure heredes instituti sunt, quibusve legatum aut fideicommissum speciale relictum sit sub onere fideicommissarii restituendi post mortem suam, huic fideicommisso tacite insit hæc conditio, *si sine liberis vita decesserit*, id est sine justis liberis: nam naturales liberi fideicommissarium non excludunt, nisi appareat hanc fuisse voluntatem defuncti, ut docui lib. 8. ex *l. cum pater*, §. *volo, de leg.* 2. At-
D que ita hereditate, legato, fideicommisso relicto liberis sub onere restituendi post mortem suam, cum, ut ait *l. cum acutissimi*, liberos restitutionis post mortem oneri subegit, ubi scribendum, *subjecit* ex vestigiis antiquæ scripturæ; eo, inquam, casu non separamus naturales liberos a justis, sed indistincte dicimus non aliter liberos vel justos, vel naturales, fideicommisso quo onerati sunt obstringi, quam si sine liberis vita decesserint, quamvis expressim ea conditio adscripta non sit. At interpretatione tacitæ vel expressæ conditionis hujus, proculdubio separamus liberos justos a naturalibus, & dicimus, deficere eam conditionem susceptis justis liberis, non etiam susceptis liberis naturalibus tantum, *d. l. generaliter in fine*, illo loco, *sine justa sobole*, & multo minus accersitis liberis adoptivis, ut *l. fideicommissum hoc tit.* Etiam
E illud observandum maxime est, huic responso Papiniani locum esse in liberis heredibus, aut legatariis, aut fideicommissariis, non in extraneis, etiamsi parentes sint testatoris: vel cognati, ut Bartolus & alii notant: nam si patrem vel fratrem vel extraneum heredem scripsero, & rogavero post mortem suam hereditatem aliis restituere simpliciter, non intelligitur fideicommisso inesse conditio, si sine liberis decesserit, quia in extraneo cessat pietatis conjectura, & quia de liberis tantum testatoris loquuntur Papinian. & Justinianus: liberi autem testatoris non sunt, qui nascuntur ex patre eodem, vel ex matre eadem, ex fratre vel extraneo, sicut nec ipsi pater, frater extraneus testatoris sunt liberi, *si tu mihi non es ex liberis, nec liberi tui sunt mihi ex liberis*. Illud quoque obser-

van-

vandum eſt, huic reſponſo locum non eſſe in fideicommiſſo præſtando poſt mortem liberorum, non in eo, quod in vita liberorum præſtari debet, quia ſingulare eſt Papiniani reſponſum: ergo ſine lege id nobis procudere, vel ampliare non licet. Et ita Joannes ſentit recte in *d.l.cum acutiſſimi*, & probat Bartolus optima ratione, quia ſi fideicommiſſarium prætulit teſtator liberis ipſis viventibus in caſum diemve certum, & multo magis liberorum liberi, quia non debent deterioris eſſe conditionis liberi, quam liberorum liberi, *l.pen.§. nam licet*, *C. de bon. matern.* Item obſervandum eſt, fideicommiſſum, de quo agimus, exſpirare poſtea agnatis liberis ei, qui fideicommiſſo oneratus eſt, non etiam, ſi jam liberis heredibus, aut legatariis tempore teſtamenti nati ſint liberi, nec hoc ignoraverit teſtator: quia manifeſtum eſt teſtatorem, qui hoc non ignoraverit eis liberis prætuliſſe fideicommiſſarium. Et aperte *d.l.cum acutiſſimi* loquitur de iis tantum liberis, de quibus non cogitavit teſtator. Hæc ſunt verba legis, *quod ſcilicet nondum eſſent in rerum natura*. Poſtremo ad hæc quæritur, quia ex Novella Juſtiniani 123. quæ repetita eſt ex lege 52. quæ eſt lex Græca, *C.de epiſc. & cleric.* fideicommiſſum relictum ab herede vel legatario ſub conditione, *ſi ſine liberis deceſſerit*, non debetur, tametſi heres aut legatarius deceſſerit ſine liberis, ſi modo monachus aut clericus factus fuerit, & bona ſubjecta fideicommiſſo in pias cauſas conſumpſerit, vel reliquerit, quaſi monaſterium aut Eccleſia, cui ſe devovit, ſit ei loco filii naturalis, niſi ſcilicet fideicommiſſum ab eo relictum ſit in redemptionem captivorum, vel in exhibitionem pauperum; quod utique debetur etiam ſine liberis defuncto eo in clericatu vel monachiſmo. Quæ eſt ſententia hujus Novellæ: ſed ut initio dixi, quia id ita cavetur ea Novella, Quæritur, an ad hanc Novellam etiam porrigi poſſit reſponſum Papiniani? ut ſcilicet tacita conditio, quæ liberis adſcripta intelligitur, *ſi ſine liberis deceſſerint*, defeciſſe intelligatur liberis monachis, aut clericis effectis, quod Gloſſa quidem putat in *d.l.cum acutiſſimi*. Verum tamen non eſt, ut oſtendam multis rationibus. Primum, quia jus ſingulare non temere producendum eſt ad alias ſpecies ſine lege ſingulari, ergo nec reſponſum Papiniani quod ſingulare eſt, nec Novella Juſtiniani, quæ etiam jure ſingulari conditionem fideicommiſſi, quæ reapſe extitit, pro defecta habet. Item quia Novellæ locus etiam eſt, extraneis heredibus inſtitutis, ut patet ex contextu ejus. Huic reſponſo non eſt locus, extraneis heredibus inſtitutis, ut ante demonſtravi, quæ varietas efficit, ne convenire invicem poſſint reſponſum Papiniani, cumque eo congruentes Juſtiniani conſtitutiones duæ, & ſupradicta Novella repetita ex *d.l.*52. Item, quia ſi reſponſum Papiniani trahamus ad eam Novellam, eveniet, ut duo ſingularia concurrant in eandem ſpeciem, puta, ut fideicommiſſo inſit conditio, quæ non eſt expreſſa ex hoc reſponſo, & ut defeciſſe conditio intelligatur, quæ extitit ex ſupradicta Novella. Duo autem ſingularia vix aut ne vix quidem concurrunt in eandem ſpeciem auctore Accurſ. in *l. cum poſt*, *§. generaliter*, *de jur.dot.* Non omittam ejus Novellæ ſententiam poſuiſſe Irnerium in *C.ſub tit. ad Senatuſconſ. Trebell.* his verbis, quæ referri & aptari debent ad initium legis *jubemus*, quæ præcedit: hæc ſunt verba, *niſi rogati reſtituere datum dotis cauſa, vel propter nuptias donationis, vel relictum ſub conditione nuptiarum, vel liberorum, monaſterium, vel alium locum venerabiliter ingrediantur*. Nihil addi amplius oportet: nam quæ ſequuntur verba, vulgo in ea παρεκβολῇ Irnerii, *ſive reſtitutio, ſive ſubſtitutio fiat ſub prædictis conditionibus, ſive in redemptionem captivorum, ſeu in egenorum alimenta*: Hæc, inquam, poſtrema verba abſunt a veteribus libris, nec agnoſcuntur ab Accurſ. vel aliis interpretibus, & falſa etiam eorum verborum ſententia eſt: nam multum intereſt ſubſtitutio, ſive reſtitutio, id eſt, fideicommiſſum relinquatur in redemptionem captivorum, vel in alimenta pauperum, quoniam hujus fideicommiſſi petitio eſt, etiam herede clerico effecto, vel monacho, ſi illiberis fuerit, ut Tertullianus loquitur, ſi orbus fuerit: an vero fideicommiſſum relinquatur in aliam cauſam perſonamve profanam, quia hujus fideicommiſſi ex ea Novella petitio non eſt herede clerico facto vel monacho, nullis relictis liberis. Itaque obliteranda ſunt ea poſtrema verba.

Ad Legem XIV. ad Legem Falcidiam.

Pater filiam quæ a viro diverterat, heredem pro parte inſtituit, & ab ea petit, ut fratri & coheredi ſuo portionem hereditariam acceptam deducta ſexta reſtitueret, admiſſa compenſatione dotis in Falcidiæ ratione: ſi pater dotem conſentiente filia non petiiſſet, Falcidiam quidem jure hereditario, dotem autem jure proprio filiam habituram reſpondi, quia dos in hereditate patris non inveniretur.

CONtinet hæc lex tria reſponſa, quorum ad primum quod attinet, ſciendum eſt divortio facto bona gratia, vel culpa mariti, vitio mariti, aut morte mariti ſoluto matrimonio, dotem profectitiam, quam pater dedit pro filia de ſuo, patrem non poſſe repetere, niſi adjuncta & conſentiente filia, quam habet in poteſtate: nam ſi ſit emancipata filia, propria dotis repetitio eſt: ſi ſit filiafamil. communis eſt dos, communiſque repetitio dotis, ut nec pater ſine filia, nec filia ſine patre poſſit agere adverſus quondam maritum de recuperanda dote, *l. 2. §. 1. & l. 3. ſup. ſol. matrim. l. 2. & l. filiæ, C. eod. tit. l. Titia, §. qui invita, de leg. 2. l. qui hominem, §. ſi gener, inf. de ſolut.* Quod ſi antequam dotem repeteret pater voluntate filiæ, vita deceſſerit pater, tum dotis actio proprie pertinet ad filiam, eamque dotem filia, quamvis patri heres extiterit, repetit, non jure hereditario, quia jam non intelligitur fuiſſe in bonis patris, ſed magis in bonis filiæ: dominium filiæ præpollet, *l. 4. ſup. de collat. bon. l. 1. §. ult. l. ult. ff. de coll. dot.* filiifam. proprium habent peculium caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe: filiæfamil. dotem etiam profectitiam, maxime mortuo patre, & vivo patre communem, magiſque filiæ quam patris, etiam profectitiam dotem. Ergo filia, quæ patri heres extitit, qui nondum repetita dote vita deceſſit, non repetit dotem jure hereditario, vel in eam non transfertur repetitio dotis jure hereditario, quia non invenitur in hereditate patris, ſed in bonis filiæ. Ideoque eam repetit jure proprio, ut lex ait hoc loco, jure ſuo, ut in *l. 81. ff. pro ſoc.* quia & exheredata eam repeteret. Vis ſcire quam non repetat eam jure hereditario, ſed ſuo jure, etiam exheredata eam repeteret, *l. ſi ſocer, §. 1. inf. ſol. matrim. l. un. §. videamus, C. de rei uxor. act.* Quibus præmiſſis, finge: filiafamil. pro qua pater marito dotem dederat, divortium a marito fecit bona gratia, vel vitio mariti: poſt divortium dote, voluntate filiæ uti oportet a patre nondum repetita, pater filiam & filium heredes inſtituit ex æquis partibus, & filiam pure rogavit, ut partem, id eſt, ſemiſſem reſtitueret fratri & coheredi ſuo, non quidem deducta quarta, id eſt, ſeſcuncia, *une once & demie*, quæ tamen ex lege Falcidia deducenda retinenda eſt, quoniam in ſingulis heredibus ſeparatim ponitur ratio legis Falcidiæ, *l. in ſingulis, inf. hoc tit.* Sed rogavit eam reſtituere partem ſuam fratri, deducta ſexta tantum, id eſt, uncia, & ut ſemunciam, quæ Falcidiæ deeſt, compenſaret cum dote, quam pro ea dedit pater: hæc eſt voluntas patris ultima. Quæritur, an hæc compenſatio admittenda ſit ſupplendæ Falcidiæ gratia, hoc eſt, ſemunciæ. Et reſpondet, hujuſmodi compenſationem non eſſe admittendam. Nec enim heres quiſquam cogitur compenſare in Falcidiæ rationem, quod alius ei debet, non teſtator, & poſt divortium mortuo patre, qui dotem voluntate filiæ nondum petierat, ſoli filiæ maritus, a quo divortit, dotem debet, *l. in inſulam, in princ. ſup. ſol. matrim.* quæ maxime ad hunc locum pertinet. Itaque dotem quidem filia a marito recipiet jure ſuo, quaſi ſibi debitam, jure propriæ obligationis, propriæ actionis de dote ſua recuperanda; Falcidiam autem, id eſt, ſeſcunciam integram recipiet

cipiet jure hereditario, ſive jure teſtamenti, ut ait *l. qui duos, de vulg. ſubſt. l. ſi legatus, ff. ad Trebellian.* Falcidia jure hereditario ſive jure teſtamenti percipitur. Et hæc quidem eſt ſententia hujus reſponſi & ſpecies. Poſui patrem vita deceſſiſſe, quod & vulgo ponunt fere omnes, voluntate filiæ nondum repetita; vel petita dote, quia verba illa hujus legis, *ſi pater dotem conſentiente filia non petiiſſet*, ſic accipio, ſi nullo modo dotem petiiſſet, & recuperaſſet, ſi tacuiſſet, ut & in *d. l. in inſulam*. Hæc verba, *pater qui dotem conſentiente filia non petierat*, hoc ſignificant, nullo modo petiiſſe aut exegiſſe patrem: denique aliud eſt dicere, ſi pater dotem non conſentiente filia petierit, quo ſermone ſignificatur quidem petiiſſe patrem, ſed non conſentiente filia, non efficaciter, non uti oportet: aliud dicere, ſi pater dotem conſentiente filia non petierit, quod eſt ſimpliciter, ſi prorſus dotem non petierit, aut petens ſatis non egerit. Inde quæſtiones tres exiſtunt; primum quid ſit dicendum, ſi pater priuſquam moreretur dotem exegerit conſentiente filia: an hoc caſu admittenda erit compenſatio ejus, quod Falcidiæ deeſt cum dote, quam ſecundum jus vetus non recepta diſtinctione nova Juſtiniani, quæ eſt in *l. ult. C. comm. utr. jud.* filia poſt mortem patris, propriam & præcipuam habitura eſt? Et mihi quidem videtur admittendam eſſe compenſationem, quia exacta dote voluntate filiæ, proculdubio rediit in bona patris, atque adeo in hereditate patris invenitur, quod demonſtrat *l. 10. ff. de bon. damn.* quæ eſt una ex iis, quas Baſilica Digeſtis reſtituerunt: nam ante Baſilica etiam Florentinæ Pandectæ erant imperfectæ, ſed dos rediit iſto caſu in bona patris, cum ſua cauſa ſcilicet, ut filiæ dos ſervetur integra & imminuta, quoad alii nubat, vel cum eodem redintegret nuptias, *l. 81. ſup. pro ſoc.* Rurſus, & hæc eſt ſecunda quæſtio, quid ſit dicendum, ſi ſine voluntate filiæ pater dotem exegerit; deinde vita deceſſerit? Et videtur idem dicendum prima facie, quia dos facta eſt in bonis patris per reſtitutionem mariti. Idem, inquam, videtur dicendum eſſe, ut ſcilicet in ratione Falcidiæ compenſatio admittatur dotis, non totius utique dotis, ſed pro modo unciæ, quam filia ſolam deducere juſſa eſt, quia eatenus conſumitur, minuiturve actio dotis, quæ filiæ adverſus maritum competit, cum non jure pater dotem exegerit, id eſt, quum eam exegit invita filia, *l. ſi cum dotem, §. ſi pater, inf. ſol. matrim.* videlicet, ſi amplior ſit dos quam uncia: Superfluum autem dotis, quo dos amplior eſt uncia, mulier ſuo jure perſequitur, & repetit a marito, *l. Titia §. qui invita, ſup. de legat. 2.* Maritus autem, quod mulieri reſtituerit, mox repetit per conditionem ſine cauſa a coherede mulieris pro deunce, qui ad eum pervenit partim jure hereditario, partim jure fideicommiſſi. Sola uncia mulieri ſervatur, *l. qui hominem, §. ſi gener, inf. de ſolut.* Et ideo ſuperfluum, quod filia conſequitur a marito jure ſuo, non compenſabitur cum eo, quod Falcidiæ deeſt. Et hoc, ut dixi, ſi amplior ſit dos quam uncia, quæ ſola remanet apud filiam ex judicio teſtatoris: quod ſi eadem ſit quantitas dotis, & unciæ, tum ſane totam dotem filia compenſat cum eo, quod Falcidiæ deeſt, quia ejus dotis nomine nullam actionem efficacem adverſus maritum habet, quamvis patri ſolverit dotem invita filia, quoniam quidem tantum filia cepit ex bonis patris, quantum doti ſatis eſt; & ideo compenſare debet dotem, nec petere a viro cum eo, quod ei dedit pater, id eſt, cum uncia, *d. l. ſi cum dotem, §. ſi pater.* Idemque dicendum eſt, ſi uncia quam ex ſua portione retinet filia, major ſit dote: fac, dotem non pluris eſſe, quam ſemunciam: nam & hoc caſu, non eſt filiæ utilis, & efficax actio dotis adverſus maritum, qui dotem ſolvit patri ſine filia, cum plus ea filia ceperit ex bonis patris, quam ſit in dote: & ideo ſemunciam, quanti eſt dos, compenſare debet cum ſemuncia, qua Falcidiam ſuppleri deſiderat. Tertia quæſtio hæc eſt, quid ſit dicendum, ſi pater dotem petierit lite conteſtata adverſus maritum? Alioquin non videtur petiiſſe, qui litem conteſtatus non eſt, ut recte Gloſſa notat ex *l. amplius, rem rat. hab.* Quid igitur ſit dicendum, ſi pater dotem petierit cum marito lite conteſtata, & antequam dotem exigeret, & exprimeret a marito, vita deceſſerit? Facile eſt reſpondere huic quæſtioni. Reſpondeo, idem juris eſſe in dote petita a patre, quod in dote exacta, eandemque diſtinctionem adhibendam eſſe, videlicet utrum pater petierit dotem volente filia, utrum patre interim mortuo, filiæ etiam ſecuta condemnatione mariti, propria ſit exactio dotis, nec in heredem patris aut coheredem pro parte ſuum tranſmittatur, quod oſtenditur recte in *l. ſi marito, §. ſi voluntate, ſup. ſol. matrim. l. un. §. & hoc C. de rei uxor. act.* Nam non omnes actiones, quæ conteſtatæ ſunt a defuncto, tranſeunt in heredem, ut actio dotis a patre conteſtata volente filia, non tranſit in heredem patris, ſed exactio eſt propria filiæ: & ideo hoc caſu non admittitur hæc compenſatio, quia filia dotem habet proprio jure, non beneficio patris. An vero pater dotem petierit invita filia, ut tum admittatur ſecundum ſubdiſtinctionem ante propoſitam in dote exacta ſine voluntate filiæ in ſecunda quæſtione. Et hæc quidem omnia ita procedunt, ſi pater initio dandæ dotis, ut in *l. quotiens, ſup. ſol. matrim.* ſtipulatus non ſit divortio facto dotem ſibi reddi: nam ſi ſtipulatus ſit ſibi reddi, propria eſt actio patris, non communis patri & filiæ, non propria filiæ, atque adeo transfertur in heredes, etiam in filiam, ſi heres extiterit patri, pro qua parte extiterit, & compenſatio admittetur, quia capit partem dotis jure hereditario.

Ad §. Avia.

Avia nepotibus heredibus inſtitutis fideicommiſit, ut omiſſa retentione, quæ per Falcidiam ex alio teſtamento competebat, ſolida legata fratribus & coheredibus ſolverent. Recte datum fideicommiſſum reſpondi: ſed hujus quoque onus in contributionem venire.

SPecies hæc eſt: habeo quatuor nepotes, primum, ſecundum, tertium, & quartum. Ex iis nepotibus L. Titius extraneus quidam duos ſibi heredes inſtituit, tertium & quartum, & ab eis legata dedit primo & ſecundo, & aliis forte extraneis, ita ut legis Falcidiæ ratio intercederet: poſtea ego nepotes quatuor mihi heredes inſtitui, & tertio ac quarto fideicommiſi, ut ſolida legata ex teſtamento Lucii Titii fratribus & coheredibus ſuis primo & ſecundo ſolverent, quamvis interveniret Falcidia, non retenta Falcidia: denique ut Falcidiam ſibi competentem ex teſtamento Lucii Titii primo & ſecundo fratribus & coheredibus ſuis condonarent & remitterent: & aliis quoque fideicommiſſis vel legatis oneravi eoſdem nepotes meos, tertium & quartum, ita ſcilicet, ut & ex meo teſtamento ſicut ex teſtamento Lucii Titii, eis competat beneficium legis Falcidiæ: Papinianus ait hoc loco, in ineunda ratione legatorum & fideicommiſſorum, quæ a tertio & quarto dedi, etiam ceteris fideicommiſſis contribui & connumerari onus illud fideicommiſſi, ne ſcilicet ejus teſtamenti jure, quod Lucius Titius fecit ex legatis in eo fratribus relictis, primo & ſecundo deducant Falcidiam, quæ eis jure competit. Et hoc eſt quod ait Papinianus, hujus quoque fideicommiſſi onus, ne utantur Falcidia, in contributionem venire, ſive in computationem legis Falcidiæ. Contribuere legata aut fideicommiſſa eſt, in ineunda ratione legis Falcidiæ, ea communi calculo ſubjicere, *l. ii, §. quæſitum, ſup. hoc tit.* Ideoque quanta eſt Falcidia, quæ tertio & quarto ex teſtamento Lucii Titii competet de legatis primo & ſecundo relictis, tantum teſtamento meo a tertio & quarto per fideicommiſſum reliquiſſe videor primo & ſecundo: & fideicommiſſum valet; *fideicommiſſum*, inquit, *recte datum reſpondi*. Cur vero recte, non ſimpliciter? quia rem vel jus heredis ſui nemo non recte legat, *§. non ſolum, Inſtit. de legat.* etiam ſinendi modo, ut Ulpianus ſcribit *lib. reg. eod. tit.* Sicut & recte conſtat, ſervum heredis manumitti teſtatorem prohibere, perin-

rinde ac si suus esset servus, *l.9.§.ult.inf.de man.testam.* Sed idcirco maxime Papinianus respondit, recte datum fideicommissum, quia datum ita est, id est, citra fraudem legis Falcidiæ, quam excogitavit testator. Nam etsi non possit testator cavere, etsi non possim ego cavere, ne in meo testamento Falcidiæ ratio habeatur, sed solida legata ex eo præstentur sine deductione Falcidiæ, etsi hoc frustra caveam in fraudem legis Falcidiæ secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justin. *l.seq.§.ult.l.Sejus*, *hoc tit.* *l.nemo potest*, *de leg.* 1. sine fraude tamen legis recte caveo, ne heredes quodammodo ex alieno testamento competentem sibi Falcidiam deducant, quia non id ago, ut fraudem faciam legi Falcidiæ, sed ut hoc beneficium sive fideicommissum numerem nepotibus meis mihi carioribus. Verum enimvero, ut subjicit Papin. hoc quoque inter cetera fideicommissum lex Falcidia minuet, quæ in meo testamento locum habet, ut si quarta tertio & quarto de legatis primo & secundo relictis competens ex alieno testamentum sit centum, verbi gratia, ex ea quarta jure testamenti mei tertius & quartus deducent 25. quasi re sua aut jure suo legato: nam non solum ad res proprias testatoris legatas lex Falcidia pertinet, sed etiam ad res alienas, *l.1.§.non solum*, *h.t.* Ergo & ad res heredis, jurave heredis legata, ut patet ex hoc responso, non quidem ita ut Falcidia deducatur ex rebus alienis, aut ex rebus heredis legatis, sed ex pretio earum, quod ex bonis defuncti dominis rerum præstatur: legata enim debebantur ex bonis testatoris, non ex alienis bonis: legatum est delibatio hereditatis testatoris, non hereditatis bonorumve alienorum, *l. legatum*, *sup.de leg.*1. & inde, *non delibata hereditas*, id est, *non onerata legatis*, apud D.Ambrosium oratione quadam funebri: & eodem sensu, *Illibatus quadrans* in *l.20.§.Pap.fam.ercisc.* heredes igitur, a quibus testatorem aut jus eorum legavit duplici deductione utentur: nam & pretium rei, jurisve sui deducent, & rem inferent bonis testatoris, quæ commixta aliis bonis defuncti, si omnia efficiant quadringenta verbi gratia, & legata sint quadringenta, rursus heredes ex hac summa deducent centum. Et hæc est sententia & propria species hujus responsi, quam & secundo loco attigit Accursius. Paulus & Alexander aliam speciem composuerunt, nempe, hoc modo: nam & hæc nobis examinanda est. L. Titius, qui in bonis habuit quadringenta, me heredem instituit habentem quatuor nepotes, primum, secundum, tertium, & quartum, & duobus ex eis nepotibus meis, primo & secundo a me legavit quadringenta, si legis Falcidiæ beneficio uti volo, non præstabo primo & secundo intacta & integra 400. sed trecenta tantum, ut centum salva habeam & sana, jure Falcidiæ. Verum antequam inirem & ponerem rationem legis Falcidiæ, mihique deducerem illa centum, facto testamento eosdem nepotes quatuor, mihi heredes institui ex æquis partibus, & rogavi tertium & quartum, ut solida 400. ex testamento L. Titii fratribus & coheredibus suis, primo & secundo solverent, nec Falcidia uterentur, qua alioquin uti possent ex persona mea. Nam non tantum heredi Falcidiæ deductio est, si oneratus sit legatis, sed etiam heredi heredis, *l.10.C.eod.tit.l.1.§.1.* *inf.quod legat.* Et insuper eosdem nepotes meos, tertium & quartum aliis oneravi legatis & fideicommissis, ita ut lex Falcidia locum habeat, fideicommissum illud quod ab eis relictum est primo & secundo valere constat, quia lex Falcidia heredis causa lata est: nec fraus fit legi Falcidiæ, si jus suum deminuat heres, sibi vel successori suo, fraus fit heredi non legi, *l. potest*, *h. t.* fideicommissum igitur valet, sed perinde erit atque si primo & secundo, hoc notandum, legassem 50. a tertio & quarto, & commixtis atque confusis his quinquaginta cum aliis legatis, quibus oneravi tertium & quartum, si omnia excedant dodrantem portionum tertio & quarto adscriptarum, etiam ex illis 50. tertius & quartus Falcidiam detrahent, id est, decem cum dimidio. Lege autem Falcidia non interveniente 50. præstabunt primo & secundo pro portionibus hereditariis suis, non centum. Et ita illi componunt speciem, quam non recipio, propterea, quod hac ratione fit, ut primo & secundo, non ut cavi, solvantur solida legata, id est, plena & integra, ut aliæ leges loquuntur, sed pro partibus tantum tertii & quarti. Quandoquidem primus & secundus pro partibus suis hereditariis Falcidiam, quam mihi debuerunt, contribuunt conferuntque bonis meis, *l. 1. §. si debitor*, *hoc tit.* *l. si ei cui vendidi*, *§. ult. sup. de evict.* ut quod ego eis debeo, deducunt bonis, sic ex diverso, quod ipsi mihi debent, contribuunt bonis. Proinde sola legata, id est, quadringenta primus & secundus non consequuntur, sed 350. tantum, non interveniente scilicet Falcidia in portionibus tertii & quarti, vel Falcidia interveniente 340. & unum cum dimidio. In ea autem specie, quam initio proposuimus, & magis probamus, primus & secundus solida legata consequuntur, non interveniente Falcidia, vel ea interveniente deminuto tantum, & rescisso legatorum quadrante, id est, quadrantis quadrante deducto tantum: itaque verbis Papiniani sane prima species accommodatior est.

Ad §. Ultimum.

Duobus impuberibus substitutum, utrique heredem existentem, in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quæ ad filios pervenerit, retineat. Quod si frater fratri legitimus heres extitit, & impuberi supremo substitutus, portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiæ non confundetur, sed quartam ejus tantum portionem substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit.

SEquitur tertium & ultimum responsum, quod est in *l.14. ad l.Falcid.* Pertinet ad materiam contributionum, qua nulla est subtilior in jure, & quæ potissimum tractatur in *l. 11. hujus tit.* Duæ autem sunt partes hujus tertii responsi, una est de substituto a patre duobus filiis impuberibus in secundum casum, quæ substitutio pupillaris appellatur. Secundus casus est casus mortis, quæ illis contingat, priusquam excesserint ex ephebis, priusquam pubuerint. Altera vero pars est de substituto a patre in eundem casum, ei tantum, qui supremus moreretur. Primæ partis species hæc est: Pater qui habebat 400. in bonis, primum & secundum filios suos impuberes heredes instituit ex æquis partibus, eisque singulis separatim L. Titium substituit in secundum casum, quæ, ut dixi, est substitutio pupillaris: primi partem oneraverat legatis supra modum legitimum, secundi partem non oneraverat, quia scilicet a primo legaverat ducenta: legata relicta a primo absumunt igitur portionem primi & exhauriunt, quæ est ducentorum; a secundo autem nihil legaverat, aut legaverat centum duntaxat: nondum solutis legatis utroque moriente intra pubertatem, unus post alium, vel commoriente utroque simul, substitutus utrique heres extitit ex substitutione pupillari. Quæritur, an ex portione primi, quæ onerata est legatis, substitutus possit deducere Falcidiam, cum portio secundi, quæ est integra, aut non delibata supra modum ei sufficiat ad Falcidiam bonorum, quæ pater reliquit mortis tempore? Et respondet Papinianus in prima parte hujus responsi, substitutum in portione primi, quamvis onerata sit legatis, nulla Falcidiæ deductione uti posse, hac ratione, quia legata contribuuntur & commiscentur tam a primo quam a secundo relicta; simul & portiones hereditariæ primi & secundi, quæ commixtio & confusio palam facit nullam in hac specie incidere quæstionem legis Falcidiæ, quia portio secundi, quæ est integra, quæ non est onerata substituto, sufficit ad quartam Falcidiam, & mortuis impuberibus substitutus comparatur ei, qui primo loco institutus est, *l. 1. §. si coheredes*, *l. 11. §. si filio*, *& §. quæsitum*, *h. tit. & l. qui fundum*, *§. ult. ff. ad leg. Falcid. l. coheredi*, *§. coheres*, *sup. de vulg. subst.* Substitutus igitur, quum extitit conditio substitutionis, revocatur ad intellectum institutionis, ut

illæ

illæ leges loquuntur, id est, pro instituto habetur primis tabulis. Institutus autem ex utriusque partibus, una parte onerata, altera non item, proculdubio confunderet & commisceret utrasque partes, partiumque onera; ac deinde facta confusione componeret rationem legis Falcidiæ. Ergo & instar instituti substitutus confundet partes heredum institutorum, & legata ab eis relicta. Quo facto apparebit legem Falcidiam in hac specie locum non habere, quæ est sententia primæ partis: neque huic responso quicquam officit, quod in materia contributionum Dd. statuunt, & ego semper prædicavi esse verissimum, ut ad 29. quæstionum, id est, ad *l.11.h.t.* & ad 6. respons. id est, *ad l.coheredi*, *§.coheres*, *de vulg. subst.* Ita vero statuunt, quum portio integra accedit adjungiturque oneratæ, contributioni portionum & onerum locum esse: cum vero onerata accedit integræ, contributioni locum non esse ex *d.l.1.§.si coheres*, *& l.11.§.si filio*, *& §. quæsitum*, *& l. quod si alterutro*, *hoc tit.* Hæc definitio, quam habeo pro verissima, nihil obstat huic responso, ut cœpi dicere, quia in specie proposita neutra portio neutri accedit, sed utraque portio est æque principalis, & directo ac principaliter, quasi una hereditas, unumve patrimonium substituto obvenit ex substitutione pupillari, & ideo contributioni locus est, perinde atque si in primis tabulis ex asse heres institutus esset, licet prius ei obvenerit portio onerata, quam integra; Et quæ supradictis locis tractantur, de contribuendis vel non contribuendis legatis, ad ea tantum legata pertinent, quæ relinquuntur a pupillo herede scripto, & a substituto ejus, vel a duobus uni pupillo substitutis, vel ad ea, quæ relinquuntur singulis heredibus institutis contribui scilicet debeant, necne, vel ad ea, quæ relinquuntur ab instituto herede eodemque substituto, vel a pupillo, & coherede ejus extraneo eodemque substituto: nihil autem pertinent supradicti loci ad ea, de quibus hic agitur, quæ scilicet relinquuntur a pupillis duobus heredibus institutis, quibus unus idemque substitutus heres extitit, a quo nihil legatum est. Et de prima parte hactenus. In secunda parte hujus responsi: duobus impuberibus institutis, & unius portione onerata, non etiam alterius proponitur substitutus non utrique datus, ut in prima parte, sed ei tantum, *qui supremus moreretur*: quo casu si unus post alium fungatur vita, priori defuncto frater superstes jure legitimo ab intestato heres existit, & eo postea moriente intra pubertatem, substitutus in bona ejus vocatur: in quibus bonis tametsi inveniat portionem prioris, quæ ei obvenit jure legitimo ab intestato ut consanguineo, tamen eam non confundit, aut contribuit cum portione posterioris, id est, ejus qui supremus mortuus est. Fac, portionem prioris esse integram, portionem posterioris oneratam, substitutus in portione posterioris, quam ex substitutione capit, Falcidiam inducere potest, licet pars prioris Falcidiæ sufficiat atque largiatur, quia partem etiam prioris partis substitutus non capit ex substitutione, cum substitutus priori non fuerit, nec posterior eam habuerit ex testamento patris, sed lege ad eum redierit ab intestato, ut fraterna, non ut paterna hereditas, & ab eo deinde transierit in substitutum jure substitutionis, non quæ facta est priori, quæ facta nulla est, sed quæ facta est supremo morienti, *l.sed si plures*, *§.ad substitutos*, *sup. de vulg.substit.* Hæ tantum portiones confunduntur, quæ sunt ejusdem hereditatis, veluti hereditatis paternæ, non quæ sunt aliæ atque aliæ, hereditatis, veluti fraternæ, & paternæ. Et rursus hæ tantum portiones confunduntur, quæ ex eodem testamento capiuntur, non quarum una ex testamento, altera ex lege, inspecta origine diverso jure. Nam etsi pater cogitaverit portionem ejus, qui prior vita decederet ex lege perventuram ad posteriorem ab intestato, *l.pen.C. de impub.& aliis substitut.l.vel singulis*, *sup.de vulg.sub.* non est tamen ea cogitatio patris, ne tacita quidem substitutio, itaque portionem fratris, qui prior decessit, frater superstes capit, non veluti ex testamento patris, sed veluti ex *l.12.* tabularum, jure intestati. Quod hic

A locus aperte demonstrat. Substitutus igitur in hac specie, si portio supremi morientis, si portio posterioris onerata sit legatis, ejus portionis quadrantem deducet, id est, sescunciam, & præter hunc quadrantem etiam habebit integram portionem intestati prioris inventam in bonis posterioris, id est, qui novissimus e vita excessit, quod & aliquando fieri idem Papinianus notat in *l.11.§.quod vulgo*, *sup.* illo loco: Potest evenire, ut substitutus longe plus habeat quarta paternæ hereditatis. Sane id evenit in specie proposita: nam habet substitutus septuncem & sescunciam. Utramque autem partem hujus responsi Cyrillus Græcus interpres breviter complexus est his verbis: *Εἰ μὲν ἰδίᾳ ἑκάστῳ τῶν δύο ἀνήβων ὑποκαταστῇ τις, κοινῶς τρακταΐζεται ὁ φαλκίδιος· εἰ δὲ τῷ ὑστέρῳ τελευτῶντι, κεχωρισμένως.* *Si quis*, inquit, *singu-*
B *lis duobus impuberibus substitutus sit, communiter habetur ratio legis Falcidiæ; sin vero ultimo morienti, separatim.* Ad hæc observandum est in specie primæ partis nihil interesse filii impuberes simul mortui sint ruina vel naufragio, an unus post alium: utrobique enim substitutus in ratione Falcidiæ confundit & permiscet utriusque partem & utriusque partis legata. At in specie secundæ partis, huic responso locus est ita demum, si unus post alium vita decesserit, ut tum scilicet non fiat confusio & contributio partium vel onerum. Nam si pariter eodem momento filii perierint impuberes, confusionem admittemus, ut in prima specie, quia uterque intelligitur supremus decessisse, & substitutus utrique succedit ex judicio patris, & substitutione pupillari, quam eis fecit pater, *l. qui duos*,
C *sup.de reb. dub. l. ex duobus*, *sup. de vulg. substit.* ubi satis ostendi ad Africanum non aliud esse dicendum in substitutione precaria, non esse in hac re separandam substitutionem directam a substitutione fideicommissaria, contra quam hic Glossa adnotavit, explicata ratione, *l.eum qui*, *& l.heredes*, *§.cum ita*, *inf.ad Treb.* quibus subnititur Glossa, quem etiam §. *cum ita*, memini me exponere fusius superiore libro responsorum. Ergo cum substitutionem pater fecit pupillarem ei tantum, qui supremus impubes moreretur; distinguimus, utrum simul ambo vita decesserint casu quodam, an diversis temporibus: & eandem distinctionem servari volumus, si ita pater liberis substituerit: si ambo intra pubertatem decesserint, vel si uterque intra pubertatem decesserit, ut patet ex *l.qui duos*, *sup. de vulg.substit. & l.pen. C. de*
D *impub.& ali.substit.* Nam si diversis temporibus moriantur discretis partibus hereditariis, inducitur ratio legis Falcidiæ in portione posterioris, non in portione prioris, nec ideo minus in portione posterioris, si onerata sit, quod portio prioris non sit onerata. At si eodem tempore simul decesserint, rationi Falcidiæ partes hereditarias, partiumque legata contribuimus & confundimus, communive calculo subjicimus in computanda ratione bonorum & legatorum, quod & Accursius tradidit recte hoc loco, cujus Glossæ omnes in hunc locum rectissimæ sunt, præterquam in illa parte, qua separat substitutionem directam a fideicommissaria, ut docui in *d. l. ex duobus*. Idemque Antonius Polit. enarravit in hunc locum, nisi nescio qua mente in formulis concipiendis substitutionis pupillaris sexies scripsisset,
E *in pubertate*, *si in pubertate decesserit*, pro *si in pupillari ætate*: nam puberi in secundum casum directo substitui non potest, *§.ult. Instit. de pupill. subst.* Et quod etiam crediderim esse vitium ejus, qui expresserat male, quod ille descripserat bene, nisi etiam quum ita substituit liberis impuberibus; *si ambo mortui essent*, desiderasset singulis ita substitui contra quam proponatur in *d.l. pen.C. de imp. & ali. substit. & l. qui duos*, *de vulg. substit.* Et hic est finis legis 14.

Priusquam veniam ad *l.58. ad SC. Treb.* debeo satisfacere duobus ex vobis veri juris studiosissimis, quo genere & omnibus satisfaciam, quibus resident adhuc hæsitationes quædam juxta ea, quæ diximus ad primum responsum *l.14.ad l.Falcid.* Ac potissimum ad eas

tres quæstiones, quas proposui post expositam speciem hujus responsi. Et ad primam quidem quæstionem, quod dixi, de dote a patre exacta consentiente filia, ut compensetur cum Falcidia, quia invenitur in bonis patris; ibidem objicitur, prælegata etiam inveniri in bonis testatoris, & tamen non computari in Falcidiam pro ea parta, quæ a coherede accipitur, ut in *l. in quartam, eod.* At respondeo, dotem filiæ fuisse prælegatam nusquam proponi, quia ex bonis patris filia dotem aufert tanquam præcipuam, & quasi non transmissam in utrumque heredem institutum, sed in se tantum in assem, *l. unic. §. & hoc, C. de rei uxor. act.* Quod etiam olim obtinuisse certissimum argumentum præbet nova distinctio, quam hac in re introduxit Justinianus in *l. ult. C. comm. utriusq. judic.* Deinde etiam si dos prælegata esset, aut pro prælegata haberetur, dicerem totam eam compensari in Falcidiam, quia tametsi pars, quæ jure legati capitur in prælegato a coherede non imputetur, sive non computetur in Falcidiam, compensatur tamen, *l. Nesennius, l. filio, eod. t. l. 58,* ad quam mox aggredior, *§. acceptis, ad Treb. l. filium quem, ff. famil. ercisc.* Aliud est computare, aliud compensare. Et hæc duo accurate semper distinguenda sunt, non confundenda, aut quod Dd. faciunt commutanda. Quod autem dixi ad secundam quæstionem, si tanti sit, quod filia ex bonis patris deducere jussa est, id est, si tanti sit uncia, quam deducere jussa est, quanti est dos, vel etiam si amplius sit, filiam dotem compensare cum Falcidiæ residuo, quod sibi suppleri desiderat. Ibidem quæritur, unde eam dotem habeat filia, & quo jure? Et respondeo, filiam eam dotem ex bonis patris habere videri, quod ex bonis patris tantum fert, vel amplius jure hereditario, vel jure legati, & idcirco compensat cum dote: denique agnoscendo hereditatem vel legatum, amittit propriam actionem dotis, qua in maritum a quo divertit frustra agit, *l. si cum dotem, §. si pater, sol. matrim.* & quod in hereditate vel legato amplius habet, lucrifacit. Item quod quæritur, quatenus filia compenset dotem, ut habeat sescunciam? scribendum est, *sescunciam*, non *sexunciam*. Respondeo eam compensare totam dotem, quia posui non esse eam ampliorem semuncia, quæ Falcidiæ deest, aut non esse ampliorem uncia, quam filia retinere jussa est. Postremo quod dixi ad tertiam quæstionem (secunda fuit de dote a patre exacta non consentiente filia, prima de dote exacta consentiente filia) de dote petita a patre, non etiam exacta, idem juris esse in dote petita, quod exacta, id perfusorie dictum esse, cetera, quæ tradidi, ostendunt, & sane mutandum est. Nam si pater dotem exegerit consentiente filia, compensatur, si petierit tantum consentiente filia, non exegerit, non compensatur, quia propria est exactio filiæ, *l. si marito, §. si voluntate, sol. matrim. l. un. §. & hoc, C. de rei uxor. act.* Quod si pater dotem petierit tantum non consentiente filia, eadem quoque ratione, quia filiæ exactio est propria, non compensatur: & multo majori ratione (quod unus ex illis accurate animadvertit) ne sit deterioris conditionis, quæ non consensit patri petenti, quam quæ consensit: quod eveniret, si hæc non compensaret, illa compensaret, & esset absurdum atque incongruum.

Ad L. LVIII. ad Senatusc. Trebell.

Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, priusquam restitueret hereditario debitori heres extitit, quoniam actio ea confusa per Trebellianum redintegrari non potest, pecuniæ quoque debitæ dodrans, ex causa fideicommissi petatur, sed in eum diem, quo actio confusa est usuræ præteriti temporis, quæ in obligatione, vel in officio judicis fuerunt, computabuntur, posteriores ita demum, si mora fideicommisso facta sit.

SUnt in hac lege plura responsa. Primum & secundum quoniam brevissimum, exponam: primi species hæc est: Sempronius me heredem scripsit & pure rogavit, primum responsum est de puro fideicommisso, quod maxime ad rem facit, sequentia de fideicommisso in diem. Pure igitur me rogavit, ut deducta Falcidia Lucio Titio hereditatem restituerem: in hereditate erant nomina debitorum, quorum uni per aditionem heres extiti, antequam L. Titio restituerem Sempronii hereditatem, aditione extincta & confusa est actio hereditaria, quæ mihi in eum debitorem competebat jure hereditario, quia ejusdem pecuniæ factus sum creditor & debitor, *l. Stichum, §. aditio, de solut. & l. seq. h. t. l. debitori, C. de pact.* Quæ actio ita confusa redintegrari non potest, per S.C. Trebellianum L. Titio restituta hereditate scilicet, quoniam Senatusconsultum Trebellianum transfert tantum in fideicommissarium actiones, quas heres habet, & quibus obstrictus est, id est, activas & passivas: passivas, ut loquuntur, quæ scilicet nunc sunt in hereditate, *§. qui post*, in hac lege, & in *l. seq. l. si mulier, §. ex asse, de jur. dot.* Actiones autem, quæ desierunt esse in hereditate, Senatusconsultum Trebellianum, ex quo restituitur hereditas fideicommissario Trebelliano, neque transfert, neque redintegrat, quia SC. illud est de transferendis tantum actionibus hereditariis, non de redintegrandis, quæ cum sint extinctæ per confusionem, nec transferri possunt igitur in fideicommissarium Trebellianum, & ideo deficiente auxilio Senatusconsulti, æquum est subveniri fideicommissario, ne amittat commodum ejus actionis, quæ in hereditate fuit mortis testatoris tempore. Quamobrem Papinianus ait, exemplo ceterorum bonorum & ejus quoque actionis, sive pecuniæ debitæ jure fideicommissi, deducta Falcidia, ut cavit Sempronius, debere L. Titio restituere dodrantem, dodrantem sortis, itemque dodrantem usurarum ejusdem pecuniæ: usurarum, inquam, præteriti temporis, quæ fuerint in obligatione, vel officio judicis usq; in diem, quo confusa est obligatio, ut ait, id est, quo debitoris hereditarii hereditatem adivi: nam & ea obligatio usuraria, hereditaria est, *l. postulante, §. sed & in hujusmodi, hoc tit.* Ergo ejus dodrans in restitutionem fideicommissi venit. Ab eo autem die, quo confusa est obligatio, usuræ consistunt, neque debentur fideicommissario pro dodrante, quod rursus officio judicis a me deberi incipiant, aut forte ex mora præstandi fideicommissi, quod interpellanti fideicommissario sine causa recusem restituere hereditatem fideicommissariam. Medii autem temporis inter diem confusæ obligationis, & diem moræ, nullæ debentur usuræ, quia sublata per confusionem, quæ pro solutione est, obligatione principali, sublata etiam est obligatio usurarum, quæ illius sequela & accessio est. Quæ est sententia hujus responsi, in quo & hoc maxime notandum, quod usuras, quæ sunt in obligatione, Pap. separat ab usuris, quæ veniunt officio, sive arbitrio judicis, quia etsi quæ veniunt officio judicis, quandoque deberi dicantur, ut in *l. mora, §. in bonæ fidei, sup. de usur.* tamen proprie non debentur, quia non sunt in obligatione, *l. ult. sup. de eo quod certo loco, l. qui per collusionem, §. ult. de act. emp. l. non quidquid, de indic.* Et leges infligendarum earum judicibus tribuunt copiam, non imponunt necessitatem: in obligatione autem sunt usuræ ex stipulatione in causis stricti juris, vel ex pacto certis casibus: & paucis in strictis judiciis, vel ex lege in omnibus judiciis; nam & lege obligamur, *l. obligamur, §. 1. de oblig. & action.* ut in causa judicati: nam usuræ rei judicatæ sunt legitimæ & certæ, non arbitrariæ: in arbitrio autem judicis sunt usuræ ex mora in bonæ fid. contractib. & in legatis, ac fideicommissis, *l. 3. C. in quib. causis rest. in integ. non est necess.* & in pollicitationibus factis Reip. ob causam, *l. 1. inf. de poll.* & interdum etiam ante moram in bonæ fidei judiciis, ut in *l. 12. §. si mihi, sup. mand.* Iis etiam addamus, quod est perbreve & exiguum in §. 1.

Ad

Ad §. Cum hereditas.

Cum hereditas ex causa fideicommissi in tempus restituenda est: non idcirco nominum periculum ad heredem pertinebit, quod heres a quibusdam pecuniam exegerit.

HEres in tempus, vel ut ait §. qui sequitur, post tempus, quod idem est, puta post biennium rogatus est hereditatem restituere L. Titio, & interim quædam nomina hereditaria fœneratitia exegit intra biennium, quædam non exegit: quæ exegit fœnora, non veniunt in restitutionem fideicommissi, ut patet ex §. *seq.* cujus quæstio elegantissima est, quia ea ex judicio defuncti exegit, qui voluit integro biennio, quantum posset ex hereditate emolumenti percipere, salva rerum substantia: nec enim deminutio heredi onerato fideicommisso post tempus restituendo, permittitur, *l. mulier*, §. *si heres, hoc t.* & *Nov.* 39. Quæ autem nomina non exegit, veniunt in restitutionem fideicommissi, veluti usuræ futuri temporis, & nomina, quæ non exegit, veniunt in restitutionem fideicommissi, & veniunt qualia qualia sint: nec enim heres præstare debet, ea esse integra & idonea, ut si forte sine culpa heredis deteriora facta sint, debitoribus facultatibus eversis, periculum eorum in se recipiat & agnoscat: nec enim agnoscit: quod tamen fideicommissarius heredi objiciebat, desiderans, ut periculum nominum non exactorum, ad heredem pertineret, & dicens, cur tu hæc nomina non exegisti, illa exegisti? cur his intervallum dedisti, non illis? Quod objicit frustra; nam etsi illa exegisset, si omnia exegisset, non fecisset meliorem, imo deteriorem conditionem fideicommissarii, quia tanto minus restitueret. Itaque ex eo solo culpa in heredi culpari non potest, quod alia fœneratitia: nomina enim proprie dicuntur de cautionibus fœneratitiis; quod aliam, inquam, nomina exegerit, alia non. Et recte in *l. periculum, sup. de reb. cred.* periculum nominum ad eum tantum pertinere, cujus culpa deteriora ea facta esse probetur, non etiam ad eum, qui vacat culpa. Denique heres nisi culpam, merito existimat omnia alia sibi indebita esse, quæ est sententia 1. §. Nec adversus eum quicquam facit, *l. cum quæreretur. sup. de adm. tut.* quam objicit Acc. quia non loquitur de nominibus hereditariis, sed de nominibus factis a tutore: nam & nomina hereditaria velim separari ab iis, quæ heres fecit ex pecunia hereditaria, & suo nomine stipulatus est, quæ heres sibi imputat in Falcidiam, & si quid sit ultra Falcid. ultra quam jus non habet deminuendi fideicommissi, ut notatur in supradicta Nov. 39. In eo eam dabit electionem fideicommissario, quam dat tutor pupillo, in *d. l. cum quærer.* & *l. tut. qui repertorium* §. *si tut. pec. eod. tit.* ut aut tota nomina, quæ heres contraxit agnoscat fideicommissarius, aut tota repellat, nec sit in ejus potestate integra sibi habere, & deteriora imputare heredi, eaque ita dividere & scindere, quoniam satius est, aut in totum, quod fecit heres in contrahendis nominibus eum approbare, aut in totum improbare.

Ad §. qui post.

Qui post tempus hereditatem restituere rogatur, usuras a debitoribus hereditariis perceptas, quarum dies post mortem creditoris cessit, restituere non cogitur, quibus non exactis omnium usurarum actio, nam hereditaria stipulatio fuit, ex Trebelliano transferetur. Et ideo nec indebiti repetitio erit. Ac similiter hereditario creditori, si medii temporis non solvantur usuræ, fideicommissarium in his quoque Trebellianum tenebit, nec ideo querelæ locus erit, quod de fructibus heres, quos jure suo percipiebat, fœnus non solverit. Quod si fœnus heres medii temporis solverit, eo nomine non erit retentio, cum proprium negotium gessit, quippe sortem reddere creditori coactus, fideicommissario nihil usurarum medii temporis imputabit.

A SEquitur ut exponamus §. *qui post tempus*, quod est tertium responsum hujus legis, cujus §. duæ sunt partes. Una est de actionibus, quibus defunctus aliis tenebatur obstrictus, altera est de actionibus sive obligationib. quibus defunctus alios sibi habebat obstrictos. Denique prima est de debitoribus hereditariis, secunda de creditoribus hereditariis: In prima parte tractatur de fructibus, usuris, pensionibus ab herede medio tempore perceptis, ante diem fideicommissi, id est, antequam venisset dies restituendæ hereditatis ad herede per fideicommissum alii relictæ: denique agitur in prima parte, de fideicomm isso hereditatis relicto in conditionem: nihil refert, æqui istud facio, an scilicet veniente die restituendi fideicommissi, aut existente conditione, fructus, usuræ, pensiones interim perceptæ
B ab herede fideicommissarium sequantur, & in restitutionem veniant? Loquitur tantum de fideicommisso in diem, puta relicto post biennium. Sed idem est in fideicommisso conditionali, *ut dixi*, hæc facio paria. At a fideicommisso in diem, vel in conditionem longe disparo fideicommissum purum sive præsenti die relictum. Nam fructus sati a defuncto nec demessi, qui immaturi erant mortis tempore, ab herede percepti ante moram, per negligentiam, & ignaviam fideicommissarii non interpellantis heredem, fideicommissarium non sequuntur, nec imputantur in Falcidiam, sed heredis lucro cedunt, ut docui lib.7.ad l.8.de usu.quia scilicet non hereditati, sed ipsis corporibus hereditariis hi fructus accepto feruntur, & in Falcidiam tantum imputantur, quæ ex hereditate sunt, & in fideicommissum æque veniunt
C ea tantum, quæ hereditatis sunt, sed ii tantum fructus sequuntur fideicommissarium, qui percipiuntur post moram factam restitutioni fideicommissi, quæ omnia demonstrantur in *l. in fideicommissarium*; *l. mulier*, §. *si heres*, *l. postulante*, §. *sed & in hujusmodi quæstione, sup. h. t.* Hi etiam fructus fideicommissarium sequuntur, qui inventi sunt in hereditate mortis tempore, puta reconditi in horrea, vel qui maturi erant, & mox demetendi mortis testatoris tempore, quoniam ii pars hereditatis sunt: Ii hereditati accepto feruntur, qui inibi erant ut demeterentur, *l. 9. sup. ad leg. Falc. l. centurio, in fi. de vulg. subst.* Et hoc de fructibus. At usuræ pecuniarum a defuncto collocatarum, vel mercedes, aut pensiones locationum factarum a defuncto fideicommissarium se-
D quuntur, fideicommissario debentur omnimodo ex mortis tempore in tempus restitutionis, *d. §. sed & in hujusmodi*, vel in tempus, quo principalis obligatio sublata fuerit, ut in primo responso h. leg. Et ratio hæc est, quia earum usurarum pensionumve actiones hereditariæ sunt, quandoquidem exordium sumpserunt a defuncto: ergo concedendæ sunt fideicommissario, cui relicta est hereditas, id est, quidquid esset hereditarium. In usuris autem perceptis, non ex contractu defuncti, sed ex contractu heredis, qui nummos hereditarios fœnori occupavit, & in fructibus similiter satis ab herede & perceptis, nulla est differentia, quia certum est, neque eas usuras, neque eos fructus contineri fideicommisso, propterea quod heres suo periculo pecuniam hereditariam fœnori occupavit, & suo quoque periculo,
E suaque impensa prædia hereditaria sevit, curavit, & coluit, & hereditariæ hæ actiones sive obligationes non sunt, ideoque nihil eo nomine heres fideicommissario præstat, nisi mora intercesserit, *d. §. sed & hujusmodi*. Obligationes, quæ non sunt hereditariæ, non cadunt in fideicommissum hereditatis, quod & lex quæ sequitur, *l. debitor*, demonstrat, quoniam quidem, ut jampridem ostendi, in ea legendum est, *quoniam hereditariæ non est actio*: idcirco scilicet nihil eo nomine fideicommissario præstatur, sortes tamen, quibus sumptis ex hereditate heres fœneratus est, proculdubio præstat fideicommissario, *l. uxori, de usuf. leg.* Et hæc de puro fideicommisso. Videamus quid juris sit in fideicommisso relicto in diem, vel in conditionem: & certum est fructus medio tempore perceptos ex tempore mor-

mortis, in diem, quo exstitit conditio, aut venit dies fideicommissi, non venire in restitutionem, nisi fuerint maturi mortis tempore, vel repositi in horrea, ut *d. l. centurio*, in qua fuit fideicommissum in diem, vel nisi mora heredis intercesserit. Sed ceteri fructus, qui non veniunt in restitutionem fideicommissi, si heres oneratus fideicommisso non sit ex filiis, quoniam filii excipiuntur a Justiniano in *l. jubemus*, *C. eod. tit.* imputantur heredi, non veniunt quidem in restitutionem, sed imputantur heredi in quartam, & quartæ fructus, quia eos heres habet ex judicio defuncti, qui tantisper eum hereditate perfrui voluit, vel ut ait in secunda parte hujus §. eos heres jure suo, id est, jure hereditario interim percepit, *d. l. in fideicommissarium*, *l. mulier*, *§. si heres*, *hoc t.* Et constat in Falcidiam imputari omnia ea, quæ capiuntur ex judicio testatoris, si jure hereditario, non alia ulla, sive agatur de Falcidia hereditatis, sive de Falcidia legatorum, aut fideicommissorum specialium, *l. quod autem*, *l. in quartam*, *sup. ad leg. Falcid.* Exemplo autem fructuum usuræ, quas medio tempore percepit a debitoribus hereditariis, cedente earum usurarum die post mortem testatoris in restitutionem non veniunt, sed imputantur in Falcidiam; quasi perceptæ certo judicio defuncti, *§. ante inf.* usuræ vicem fructuum obtinent, *l. usuræ*, *sup. de usur. l. postulante*, *§. sed & in hujusmodi*, in illo loco, *sane pro fructu*, &c. *sup. hoc tit.* Usuræ, inquam, vicem fructuum obtinent juris potestate, non naturæ, *l. si navis*, *sup. de rei vind.* nec enim usuræ natura proveniunt, quasi pecunia gignente pecuniam, sed ex obligatione descendunt, vel ex officio judicis. Usura est quasi fructus, & reditus pecuniæ, *l. 3. sup. de usuf. ear. rer. quæ usu cons. l. Titius*, *de præs. ver.* Sunt incrementum pecuniæ, *l. alio*, *de aliment. leg.* πλεονασμὸς τοῦ χρέως, *Levit.* 25. Et idem etiam dicendum: est in pensionibus prædiorum rusticorum vel urbanorum, quæ defunctus locavit, quas scilicet pensiones, antequam dies cederet fideicommissariæ hereditatis, die earum pensionum cedente post mortem testatoris, heres medio tempore percepit, *d. §. ante*, quia pensiones prædiorum etiam pro fructibus accipiuntur, *l. pensiones*, *de usur. l. 7. §. de pensionibus sup. sol. matr. l. ancillarum*, *& l. mercedes*, *sup. de petit. her.* Et rusticorum quidem prædiorum pensiones incunctanter dicimus pro fructibus accipi, cum sint pretia fructuum, quos prædia ferunt naturaliter. De pensionibus prædiorum urbanorum magis dubitatur, an habeantur pro fructibus, quia ex prædiis urbanis nulli fructus natura proveniunt, sed ex obligatione tantum locati & conducti: sed has quoque pensiones placet accipi pro fructibus, & heredi, qui eas accepit imputari in Falcidiam, nec fideicommisso contineri. Et hæc de fructibus, usuris, pensionibus ab herede perceptis ante diem cedentem fideicommissi, quo sit restituenda hereditas. Nunc videamus, quid fiat de illis, quos, quasve heres non percepit tempore restituendæ hereditatis? Et hoc casu videntur etiam nonnihil distare fructus ab usuris, & pensionibus: nam fructus nondum percepti, qui ab herede sati sunt, vel qui pendebant immaturi tempore mortis testatoris, in restitutionem non veniunt, nisi mora facta sit restitutioni fideicommissi, quia non hereditati, ut dixi ante, sed ipsis rebus hereditariis accepto feruntur, *l. in fideicommissariam*, *hoc tit.* Vt usurarum & pensionum nondum exactarum actiones in restitutionem veniunt, etiam si dies earum cesserit post mortem testatoris ante moram heredis, vel restitutionem fideicommissi, quia hereditariæ actiones sunt, quatenus originem ceperunt a defuncto. Quamobrem heredi non competit condictio indebiti, si usuris vel pensionibus non deductis, quarum dies jam cesserat post mortem testatoris, hereditatem restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, quia non intelligitur plus debito restituisse, quod Papin. hoc loco significat his verbis, *& ideo, nec indebiti repetitio erit*; non erit sc. heredi, qui restituit hereditatem his usuris, vel pensionibus non deductis; ne dicas, ut Glossa, *non erit debitori, qui solvit heredi vel fideicommissario*. Illud etiam certissimum est, earum usurarum vel pensionum actiones fideicommissarium sequi, quarum dies tempore restitutæ hereditatis nondum cesserat, forte quia erant debitæ sub conditione, quæ nondum extiterat, *l. ita tamen*, *§. actiones*, *sup. h. t.* At quæro, an etiam fideicommissarium sequantur usuræ, vel pensiones, quarum dies jam cesserat vivo testatore? Et ut sequi videantur magnum nobis præbent argumentum in hoc loco hæc verba Papin. *quarum dies post mortem creditoris cessit*. Secundum quæ etiam accipienda sunt hæc verba *d. §. ante*, *cum postea cessisset dies*, nempe dies usurarum aut pensionum, non dies fideicommissi, ut ibi Glossa notat quæ etiam illa verba accipiendo de die usurarum uti accipienda sunt, ex hoc §. frustra exigit moram debitorum, cum usuræ pecuniæ creditæ citra moram debeantur ex stipulatione, ut & hoc §. significat, dum ait, *nam hereditaria stipulatio fuit*, stipulatio usurarum scilicet. Igitur actiones usurarum, quarum dies jam cesserat ante mortem testatoris, fideicommissario competunt, vel si ab herede perlatæ sint & exactæ, in restitutionem veniunt ut sortes, quasi sortes effectæ *l. uxori*, *de usuf. leg. l. qui negotiationem*, *§. ult. de adm. tut.* Sortes vero non ambigitur esse restituendas, quia fuerunt in hereditate mortis tempore, qua de causa in §. 1. h. l. nomina, vel accipi oportet pro cautionibus fæneratitiis, ut *l. ult. in pr. C. de pact. con. super dote*: *l. qui filium*, *sup. de leg.* 3. pecuniæ, inquit, destinatæ nominibus faciendis, id est, contrahendo fœnori, nimirum, quia pecuniæ creditæ usuræ non debentur, nisi ex stipulatione; vel ut olim obtinuit, nomine facto ad mensam argentarii, ubi æra perscribuntur usuraria, ut Plautus ait, in Truc. his duobus modis, stipulatione scilicet & nomine facto fœnus contrahitur, *l. si plures*, *sup. de pact.* vel si in *d. §. 1.* nomina tam pro usuris quam pro sortibus accipias, separandæ tibi sunt usuræ a sortibus. At dicendum sortes exactas ab herede in restitutionem venire, & non exactarum actiones, ita ut earum actionum periculum heres fideicommissario præstare non cogatur: usuras autem exactas, quarum medio tempore dies cessit, in restitutionem non venire, quoniam testator voluit, ut interim eas heres sibi haberet: non exactas autem usuras concedi fideicommissario, quales quales sint earum actiones, herede non agnoscente earum periculum, nec præstante debitores esse idoneos & locupletes. Ut usuræ sint exactæ ab herede, ne restituantur, aut cedant fideicommissario, omnimodo requiro: nam si petitæ tantum sint ab herede, etiam si petitionem sequuta sit condemnatio, id est, etiam si debitor condemnatus sit heredi, dico fideicommissario exactionem competere, non heredi, argumento *l. si marito*, *§. si voluntate*, *sup. sol. matr.* Quod & suapte prudentia nullo loco adnotato ita sensit Angelus Perusinus. Hæc sunt, quæ pertinent ad primam partem, quæ notanda sunt. Venio ad secundam partem, quæ est de usurariis creditoribus hereditariis. Et rursus dividitur in duas partes, quarum una est de herede, qui non solvit usuras creditoribus hereditariis, quarum dies cessit medio tempore post aditam hereditatem ante diem fideicommissi cedentem: altera pars est de herede, qui eas solvit. De prima, primum dicamus. Si ante diem fideicommissi cedentem medio tempore heres non solvit usuras creditoribus hereditariis; tametsi earum dies cessisset medio tempore: lege quidem Falcidia non interveniente onus istud solvendarum usurarum sequitur fideicommissarium ex S.C. Trebelliano, cui restituta est hereditas: nam eo S.C. cautum est, ut actiones quæ heredi & in heredem competunt, ei, & in eum dentur restituta hereditate, *l. 1. h. t.* Eadem igitur est ratio usurarum non exactarum ab herede, & non solutarum: eadem ratio commodi & incommodi: nam & non exactarum commodum de quo egit supra, & non solutarum incommodum, sequitur fideicommissarium. Et hoc est, quod ait initio secundæ partis hujus §. At similiter cum di-

dixisset de commodo non exactarum, quod sequitur fideicommissarium, subjicit de incommodo non solutarum, & id quoque similiter sequi fideicommissarium, servata eadem ratione in commodis, & in incommodis, ut nec sint commoda sine oneribus, nec onera sine commodis: Et subjicit, onus usurarum medii temporis non solutarum ab herede creditori hereditario usque adeo fideicommissarium sequi, cui postea ex SC. Trebel. restituitur hereditas, ut nec queri fideicommissarius aut expostulare cum herede possit heredive vitio, aut culpæ dare, quod ex fructibus medio tempore perceptis eas usuras non solverit. Hæc querela fideicommissarii, justa non est adversus heredem, quia heres fructus jure optimo & jure suo percepit, & ex judicio defuncti suos fecit, sine onere ullo, ut nec debuerit ex eis ultro solvere usuras creditoribus hereditariis, quæ est sententia Papiniani in prima parte secundæ partis; cui tamen obstare videtur lex *scribit*, *sup. h. t.* quæ ostendit de fructibus medio tempore perceptis debere heredem replere fideicommissum, quod interim casus quidam deminuit, vel absumpsit. Et tamen hic dicitur, de iisdem fructibus heredem ultro non debere subire onus solvendarum usurarum medii temporis. Sed speciem & sententiam integram *d. l. scribit*, priusquam respondeam, me aperire operæ pretium est. Testator, qui quadraginta habebat in bonis, heredem rogavit, ut post mortem suam hereditatem L. Titio restitueret: heres medio tempore ex fructibus rerum hereditariarum percepit quadringenta, quanti fuit hereditas mortis testatoris tempore, & est etiam hodie. Quæritur, utrum fideicommissario heres restituere debeat octingenta, vel quadringenta. Et certissimum est, satis esse 400. fideicommissario restitui quæ in hereditate fuerunt, quia fructus medio tempore perceptos heres imputat in Falcidiam, & id, quod amplius est in fructibus, quantum quantum sit, lucrifacit sibi ex judicio defuncti. Hinc finge aliam speciem. Medio tempore ex hereditate deperiisse trecenta improviso quodam casu, hoc nomine regulariter heres, qui culpa vacat, fideicommissario non tenetur, ut præstet quod non habet, quod vis quædam major eripuit & absorbuit, *l. mulier*, *§. sed enim*, *hoc tit.* At in proposita specie, cum ex fructibus medii temporis heres tulerit 400. Quæritur, an ex fructibus fideicommissario teneatur restituere 300. quæ deperierunt, an teneatur damnum fideicommissi resarcire ex fructibus medii temporis: quod illa lex ait Celsum diu multumque tractasse & vexasse, & novissime, id est, post longam & diligentem disquisitionem vel tractationem, Celsum statuisse hoc casu ex æquo & bono damnum, quod contigit fideicommisso eum debere agnoscere & resarcire, ad quem etiam fructuum medii temporis emolumentum rediit, id est, heredem. Debere igitur heredem fideicommissario supplere 300. de fructibus medii temporis, ut pro rata damni, quod medio tempore contigit, quodque sustinet fideicommissarius, & emolumentum fructuum sentiat, quæ est quæstio & sententia *l. scribit*. Et ut respondeam, satis apparet longe diversam esse quæstionem & speciem *l. scribit*, ab ea, quæ hoc loco proponitur, & tamen utramque dirimi ratione eadem, ut quod est secundum naturam, quem sequuntur damna, onera, incommoda, eundem etiam sequantur lucra, commoda, emolumenta pro portione, & contra, ut non sequantur damna eum, quem lucra non sequuntur. Eadem ratio modo onerat fideicommissarium, ut in hoc §. *qui post.* modo relevat, ut in *d. l. scribit*. Non possunt autem esse contraria, quorum eadem causa & ratio est diversa species. Non possunt esse contraria, quæ una eademque ratione connituntur. At rursus superiori sententiæ Papiniani, quam exposui, quæ proponitur in prima parte secundæ partis, opponitur *l. ult. §. ubi autem*, *& §§. sequent. C. de bon. quæ lib.* Ex quo loco Accursius efficit, cum adventitia hereditas obvenit filiofamil. patrem, in cujus potestate est, quamvis ad eum fructus pertineat & usus, nuda proprietas ad filium, de fructib. tamen non solvere usuras creditorib. hereditariis. Male. Consentit enim ea etiam lex cum ratione eadem, quæ & hoc loco, & in *d. l. scribit*, secundum naturam postulat, ut cui adjiciuntur commoda, injungantur etiam incommoda, quasi commodum & incommodum, labor & voluptas, dissimillima natura, ut Titus Livius ait 5. societate quadam inter se naturali juncta sint. Et secundum hanc regulam juris naturalis in *d. l. ult.* definitur, patrem, ad quem fructus hereditatis, quæ obvenit filiofamil. pertinet, sustinere etiam damna & sumptus litium, si quæ sint lites hereditariæ, & onera legatorum, & urgente ære alieno hereditario, id patrem quamprimum debet dissolvere ex bonis hereditariis, ne usuræ crescant; aut sane de fructibus, quos percepit, usuras solvere creditoribus hereditariis: & æs alienum idcirco dissolvere ex bonis hereditariis; quia, ut ibidem notat Justinianus, bona non intelliguntur esse, nisi quæ supersunt deducto ære alieno, *l. 11. de jure fisci*, *l. usufructu*, *sup. ad l. Falcid. l. subsignatam*, *§. bona*, *de verb. sign.* Et Quintilian. declamar. 273. *bona porro quæ sunt? ut opinor*, inquit, *& quæ detractis alienis deprehensa sunt.* Et rursus, *ut opinor*, inquit, *detracto ære alieno omni, detractis oneribus bonorum, quod residuum ex patrimonio fuisset. Nam patrimonii in alium transituri ea ratio est, ut primum credito satisfiat.* Et hactenus quidem de herede, qui non solvit creditori hereditario usuras medii temporis, id est, de prima parte secundæ partis. Sequitur alia de herede, qui solvit usuras medio tempore ante diem fideicommissi cedentem, ante restitutionem fideicommissi, quem Papinianus ait, quod maxime notandum, in restituenda hereditate solutas usuras retinere, aut reputare fideicommissario non posse, & eo minus restituere, hac ratione, quia solvendo usuras medii temporis suum proprium negotium gessit, quoniam ipse solus usuris eo tempore tenebatur obstrictus: fideicommissarii autem, cui nondum tenebatur, nullo modo potest videri gessisse negotium. Qua ratione etiam subjicit, heredem, si forte medio tempore per judicem coactus sit creditori hereditario solvere sortem, sive caput, *le principal*, non posse eum medii temporis inter solutionem sortis, & restitutionem fideicommissi usuras reputare fideicommissario, hac ratione: quia, si eas quas ante solutionem sortis solvit creditori, non reputat fideicommissario, quod suum negotium gesserit, nec eas quoque reputabit, quas nec solvit quidem ipsi creditori, sed absoluto creditore sibi retinere desiderat, quasi vice creditoris sortem quidem solutam heres reputat fideicommissario, & eo minus ex causa fideicommissi restituit, *l. ita tamen*, *§. actiones*, *in fin. hoc tit.* vel restituta hereditate ex Senatusconsulto Pegasiano, interveniente lege Falcidia, eam sortem pro dodrante a fideicommissario petit, ex stipulatione partis, & pro parte, de qua in *Instit. tit. de fideic. hered.* quo quidem modo accipienda est *lex 1. C. ad Senatusc. Trebell.* usuræ veteres, quas heres solvit, non reputat fideicommissario: ergo, nec usuras novas, quas post solutam sortem creditori hereditario ad vicem & exemplum creditoris sibi retinere desiderat, quasi successerit in locum creditoris: nec enim successit in ejus locum, quia coactus ei solvit ex causa propriæ obligationis. Et alia est ratio, unde possit sumi argumentum in contrarium. Alia, inquam, est ratio secundi creditoris, de quo in *l. 12. §. sciendum*, *sup. qui pot. in pign. hab. & l. secundus*, *C. de pign.* secundi, inquam, creditoris, qui sortem & usuras solvit primo creditori, ut pignus quod utrique obligatum erat, sibi confirmaret, quoniam hic solvit ultro, non coactus, non obligatus, & ideo debitori imputat usuras, quæ præstandæ fuissent primo creditori, si ei non satisfecisset, non etiam usurarum solutarum usuras, quia ut illis locis ostenditur, suum magis quam debitoris negotium gessit. Gessit quidem etiam negotium debitoris, quia eum liberavit a primo creditore, sed suum gerere negotium magis in animo habuit, ut sibi pignus confirmaret, in quo primus creditor erat potior & potentior; si solius

de

debitoris negotium gessisset, etiam usurarum solutarum usuras probe desideraret judicio negotiorum gest. quasi omni pecunia sorte effecta. Eademque ratio est ejus, qui prædium emit a non domino, quod creditori nexum erat, & agenti creditori actione hypothecaria solvit ultro sortem & usuras, ut sibi possessionem prædii confirmaret, magis quam ut liberaret debitorem, *l. emptor*, *sup. de rei vind.* At quum heres non ultro, sed coactus quasi solus obligatus in eam rem medio tempore sortem solvit, post sortem solutam nullas usuras reputabit fideicommissario, quia nec reputat ante solutas usuras. Et hæc ita distinguenda sunt accurate & subtiliter, atque explicanda. Posui autem initio, heredem coactum solvisse, heredem coactum fuisse per judicem creditori reddere sortem ante restitutionem fideicommissi, ut Papin. etiam ponere, satis medii temporis commemoratio demonstrat. Et recte quidem ponitur coactus sortem solvisse ante restitutionem fideicommissi: nam regulariter post restitutionem fideicommissi non potest heres cogi solvere creditoribus, sed adjuvatur exceptione restitutæ hereditatis, *l. ita tamen*, *§. qui ex Trebelliano*, *h.t.* Post restitutionem, inquam heres non cogitur solvere, nisi scilicet res urgeat, ut in specie *l. cum hereditas*, *h.t.* quoniam adhuc heres etiam post restitutionem directis actionibus tenetur & convenitur efficaciter ex magna causa, puta, si absit fideicommissarius, cui restituta est hereditas, & periculum sit ne actio tempore pereat. Ex hac nimirum causa etiam post restitutionem cogitur heres solvere creditori, cui instat finis actionis suæ, nisi mature quod debetur repeteret, nisi mature exigeret quod debetur. Alias directæ actiones post restitutionem in heredem, inefficaces sunt, & efficaces tantum sunt utiles, quæ ex SC. Trebelliano, translatæ sunt in fideicommissarium, cum quo tantum solo congredi debent creditores hereditarii. Et hic est finis hujus §.

Quæ diximus ad *§. qui post tempus l. deducta*, *ad Trebel.* tanti momenti sunt, ut si forte per biduum, quod intermisi, vobis memoria exciderunt, & censetis ea repetenda, vestræ memoriæ, uti suggeram meo judicio æquum censeatis, sed vix excidisse putem, quia satis perspicue ea tradidisse videor, præterquam id forte, quod pertinet ad eum locum, quo Papin. ait, fideicommissarium non posse imputare heredi, quod de fructibus medio tempore perceptis creditoribus non solvit usuras medii temporis, quatenus in eum scilicet locum Acc. notat, aliud esse in herede, aliud in patre, quod, ut mihi satisfaciam & vobis, repetere libet, & facere brevius apertiusque. Et quæso, quo argumento Acc. dicit, aliud, esse in patre? quia, *inquit*, pater non solvit usuras ex fructib. bonorum adventitiorum filii sui, *l. ult. §. ubi autem in unum*, *C. de bon. quæ lib.* Hoc vero si ita est, non est ergo aliud in patre, sed idem omnino, quod in herede, qui etiam ex fructibus fideicommissariæ hereditatis, ultro usuras solvere non tenetur. Debuit Accursius dicere, quia pater solvit usuras ex fructib. bonorum quæ advenerunt filiofam. ut est expressum in *d. §. ubi autem in unum*, *aut §. seq.* Et ratio eadem, ut me dicere memini, quæ ratio naturalis est, hanc differentiam facit atque constituit inter patrem & heredem, ut scilicet, non ad filium, sed ad patrem pertineat onus solvendarum usurarum, ad quem etiam pertinet omne emolumentum, omnis fructus adventitiæ hereditatis. At similiter, ut non heredem sed fideicommissarium sequatur onus solvendarum usurarum, quem etiam sequitur omne emolumentum fideicommissariæ hereditatis. Qua in re etiam illud considerandum est, majus esse jus patris, quod est jus fructuarii, quam jus heredis onerati fideicommisso: quia jus patris est perpetuarium, id est, quamdiu vixerit: jus heredis plerumque est temporarium. Possit esse etiam perpetuarium, non nego, sed plerumque est temporarium, maxime id, de quo agitur in hoc *§. qui post.* quo rogatur non post mortem suam, sed post tempus aliquod certum hereditatem restituere. Itemque patris fiunt omnes fructus adventitiæ hereditatis, non tantum quos ipse percepit, sed etiam quos a filio, vel ab alio perceptos postea nactus est, *l. 12. §. Julianus*, *de usufr.* Heredis autem non fiunt fructus, quos fideicommissarius vel alius percepit post diem fideicommissi cedentem, tametsi eos postea heres consequatur, & casu quodam nanciscatur, id est, possessionem eorum, quia, qui semel fructus facti sunt fideicommissarii, sine facto ejus fideicommissarii fieri heredis non possunt, *l. 11. de reg. juris.* Varro. 2. *de re rust. cap. 1. Quod enim alterius fuit, id ut meum fiat, necesse est aliquid intercedere*, fieri necesse est ex parte ejus, qui dominium habet, quo ab eo dominium discedat, & transferatur in alium, nec enim suapte sponte dominium mutatur. Nunc veniamus ad *§. nummis.*

Ad §. Nummis. III.

Nummis centum acceptis, hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiæ percipere videtur. Et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, quod tunc quoque respondendum est, cum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diversa causa est prædiorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest. Prædiorum autem alia portio nonnisi a coherede, qui dominium habet, accipitur. Cum autem prædia majoris pretii, quam portio hereditatis essent: in superfluo prædiorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est, Concurrentem enim pecuniam compensari placuit.

DUas facio partes hujus responsi; prima est, de rogato restituere hereditatem accepta certa pecunia, altera, de rogato restituere hereditatem acceptis certis prædiis hereditariis. Et primæ partis verba hæc sunt: *Acceptis centum nummis hereditatem restituere rogatus, totam pecuniam jure Falcidiæ percipere videtur.* In Florentinis vox *centum*, perperam iteratur, iteratio perturbat sensum, nec ullum sanum admittit, sensus hic est. Heres rogatus est acceptis centum extraneo hereditatem restituere, non demonstrata persona ejus, a quo acciperet, sed simpliciter rogatus est acceptis centum extraneo hereditatem restituere; Lex ait, tota ea centum heredem imputare in Falcidiam, quasi jure hereditario, jure testamenti, jure Falcidiæ (quæ tria idem possunt) percepta, perinde est atque si retentis centum ex bonis hereditariis in portionem suam rogatus esset alii restituere hereditatem, ut plane nihil intersit, dixerit testator, *retentis centum*, vel *perceptis*, vel *deductis*, vel *detractis*, an *acceptis*, tantum potest accipere, quantum retinere, quæ retinere jussus est, computat in Falcidiam: ergo & quæ accipere jussus est, quibusque acceptis petitus est restituere hereditatem. Quod & D. Adrianum constituisse, ait hoc loco, & in *l. acceptis*, *sup. ad l. Falc.* D. Pium, in *l. 4. eod. tit.* D. Antoninum, in *l. facta*, *§. rescripto*, *inf. h. t.* Divum ergo Antoninum Pium, qui & Adrianus dictus est, postquam fuit adoptatus in familiam & nomen Adriani Imperatoris, unde & quæ passim dicitur Epistola D. Adriani de fidejussoribus, est D. Pii, *l. si in testamento*, *§. quod si*, *de fidejuss.* Et quod dicitur in *l. 3. sup. si pars heredit. pet.* Adriano ostensam fuisse mulierem, quæ uno partu quinque pueros ediderat, Julius Capitolinus id adscribit Divo Pio. Quod idem in *l. 3. §. divus*, *de sep. viol.* D. Adrianum vetuisse intra urbes mortuos sepelire, idem Capitolinus tribuit D. Pio, & similiter quod D. Adriano in *l. si de vi*, *de publ. judiciis*, id tribuitur D. Pio in *l. 5. §. 1. ad leg. Jul. de vi publ.* nimirum his omnibus locis D. Pius Adrianus appellatur jure adoptionis. Huic autem constitutioni D. Pii, de qua agitur hoc loco, ut heres, quæ accipere jussus est, imputet in Falcidiam, locus est, non tantum, si, ut proposui, testator simpliciter dixisset, *Peto ut acceptis centum hereditatem Mævio restituas*, non demonstrata persona dantis. Quæ centum generaliter verum est

eſt heredi imputari in Falcidiam, perinde ac ſi ea reſtituere juſſus eſſet ex hereditate. Sed eſt etiam ſupradictæ conſtitutioni locus, ſi teſtator demonſtraverit perſonam dantis, nempe hoc modo, *Peto ut acceptis a Mævio centum, hereditatem Mævio reſtituas*, vel etiam palam adſcripta conditione, *Peto, ut ſi tibi Mævius dederit centum, hereditatem Mævio reſtituas*. Hoc quoque caſu conſtitutioni D. Pii locus eſt, non quidem generaliter, ut priore caſu, ſed duobus tantum caſibus, quorum primus hic eſt: Si ea pecunia, quam heres a Mævio accipere juſſus eſt, contineat Falcidiam, & conſulta opera teſtator eam pecuniam dari juſſerit, ut Falcidiæ loco cederet, quod patet ex *l. cum quo, §. ult. l. quod autem, in fi. l. ſi heres, ſup. ad leg. Falcid. & d. l. facta, §. reſcripto, hoc tit.* niſi ſcilicet, de ea pecunia alii reſtituenda teſtator heredem rogavit, ut in ſpecie *l. acceptis, ſup. ad leg. Falcid.* Alter caſus hic eſt, quo etiam acceptis a Mævio centum, hereditatem rogatus reſtituere Mævio, eam pecuniam imputat in Falcidiam, videlicet, ſi eam pecuniam heres accipere jubeatur a Mævio, veluti pro pretio hereditatis, atque ita hereditatem Mævio vendere, quia pretium loco hereditatis eſt. Ergo ut hereditas jure teſtamenti capitur. Quæcumque, aut jure teſtamenti capiuntur, ſive jure hereditario, imputantur in Falcidiam, non quæ alio jure capiuntur, *d. l. in quartam*. Et ita Celſo & Juliano placuiſſe dicitur in *l. in ratione, §. tametſi, ſup. ad l. Falcid.* quia hic caſus non fuit comprehenſus conſtitutione D. Pii: & exceptus igitur eſt auctoritate tantum Celſi & Juliani. Et quod maxime notandum in *§. vendere d. l. in ratione, ex §. tametſi*, illo loco quia non noſtri cauſa capit id pretium ex *d. §. tametſi* perſpicuum eſt, legendum eſſe, quia non mortis cauſa capit id pretium, ſed jure hereditario ſc. capit, quia pretium vice hereditatis eſt, & ideo imputari in Falcidiam: ſi mortis cauſa caperetur, non imputaretur in Falcidiam. Exceptis autem his duobus caſibus, quos expoſui, ſi quis, ſub conditione rogetur Mævio reſtituere hereditatem, *ſi Mævius ei centum dederit*: vel ſi conditionem facere voluit, qui rogavit, ut acceptis a Mævio centum hereditatem Mævio reſtitueret: conditionem facit voluntas, non ſermo teſtatoris, *l. 2. ſup. de iis, quæ pœn. nom. rel. l. in conditionib. §. 1. de condit. & demonſtrat.* Si igitur ſub conditione manifeſta vel tacita jubeatur accipere a Mævio centum, & ei reſtituere hereditatem, jure communi heres ea centum non computat in Falcidiam, licet Falcidiam expleant, ſed habet ea ſupra Falcidiam, quia nec jure hereditario ea capere intelligitur ex hereditate, vel ex judicio defuncti, ut ſolidum fideicommiſſum præſtet, ſed capit ea jure mortis cauſa capionis: capit ſc. ea mortis cauſa, quaſi conditionis fideicommiſſi implendæ gratia ei data, numerata a Mævio, *d. §. tametſi, d. l. in quartam, §. ult.* & conſtat ea tantum imputari in Falcidiam, quæ capiuntur jure hereditario, vel ex judicio defuncti Falcidiæ compenſandæ cauſa, non quæ capiuntur jure legati, vel fideicommiſſi, vel mortis cauſa. Et in *d. l. in quartam*, quæ huic definitioni adverſantur verba hujuſmodi: *Sed quod conditionis implendæ cauſa fideicommiſſum heredi datur, in eadem cauſa eſſe admittendum, ſciendum eſt.* Hæc, inquam, verba recte abſunt, & a Florentinis, & a Baſilicis, & νοθεύεσθαι etiam ea ſatis indicant, quod mortis cauſa capione, id eſt, datum & acceptum a fideicommiſſario conditionis implendæ cauſa, fideicommiſſum appellat, quo nihil ineptius, *l. quod mortis cauſa capitur, ff. de mort. cauſa donat.* Mortis cauſa capio, id eſt, datum conditionis implendæ cauſa & acceptum, non habet ſpeciale nomen, ut legatum vel fideicommiſſum, ſed demonſtratur communi nomine: mortis cauſa capionis commune eſt nomen, quia quidquid capitur per occaſionem mortis alterius, ſive hereditas ſit, ſive legatum, ſive fideicommiſſum, ſive datum conditionis implendæ cauſa, mortis cauſa capio eſt, ſed ſpecialiter commune nomen ſibi fecit proprium datio, quæ fit conditionis implendæ gratia. Et ad hæc notandum eſt multum intereſſe, acceptis a Mævio centum vi, aut figura conditionis, non veluti pro pretio hereditatis, non animo compenſandæ Falcidiæ, hos enim caſus ſemper excipio, rogetur heres aut legatarius partiarius hereditatem Mævio reſtituere, qui nihil ante ceperit ex teſtamento, id eſt, cui nihil ante quicquam in teſtamento relictum fuerit, an Mævio jam heredi ſcripto, aut coheredi, aut legatario, quia priore caſu centum capiuntur mortis cauſa, non jure fideicommiſſi; poſteriore caſu jure fideicommiſſi, *l. 11. §. cum eſſet, de leg. 3.* Et ratio differentiæ hæc eſt perſpicua admodum. Cum ab herede jubetur certam pecuniam accipere, vel a legatario, facilius admittimus interpretationem fideicommiſſi, ut ſcilicet his verbis intelligatur oneratus fideicommiſſo, qui honoratus eſt hereditate vel legato, ut *d. §. cum eſſet*. Cum autem jubetur accipere ab extraneo, cui nihil ante teſtator reliquit, eam pecuniam dicimus eum capere, non jure fideicommiſſi, quod nec ab illo relinqui potuit, cui nihil dum reliquit teſtator, ſed mortis cauſa, *d. l. acceptis, ad leg. Falcid.* Sequitur in hac l. ſupradicto reſponſo ſive conſtitutioni Divi Pii locum eſſe, non tantum ſi heres rogetur accepta certa ſumma alii reſtituere hereditatem, ſed & ſi rogetur coheredi ſuo reſtituere, ut ſcilicet, & cum coheredi ſuo rogatur partem hereditatis reſtituere accepta certa ſumma, totam eam ſummam imputet in Falcidiam, quia totam eam, non de communi, ſed de ſua parte, qui rogatus eſt eam partem coheredi reſtituere, retinet jure ſuo, jure hereditario: ſive invenerit eam in parte ſua, ſive ex parte ſua, ex rebus partis ſuæ eam reficere & comparare poſſit: tantum nummorum etiam, non nummatus habere videor, quantum ex rebus meis cogere & efficere poſſim. Et mox in ſecunda parte addit: aliud eſſe dicendum, quod & lib. 8. dixit idem Papinianus in *l. cum pater in princ. de leg. 2.* ſi quis retentis vel acceptis certis prædiis partem hereditatis coheredi ſuo reſtituere rogetur, quo caſu, quia prædia ea prælegata eſſe videntur, partem quidem prædiorum, quam jure hereditario capit a ſemetipſo, ut heres, imputat in Falcidiam: partem vero, quam a coherede accipit jure legati non imputat in Falcidiam, ut oſtendit hoc loco, ſed tamen compenſat eam cum Falcidia, quam deducere deſiderat ex ſua portione, aut ſi nolit compenſare, a coherede nihil capit, *l. Neſennius, l. filio, ſup. ad leg. Falcid. l. heredi ſup. de iis quæ ut indig. l. qui non militabat*, ubi expoſui late, *de hered. inſtit. l. filium, C. fam. erciſc.* Quæ leges nihil huic loco adverſantur, quo ait Papin. *diverſa cauſa eſt prædiorum pro hereditaria parte retentorum*: quia Papinianus de imputatione loquitur, & ait, partem, quæ a coherede accipitur jure legati, non imputari in Falcidiam. Illæ leges loquuntur de compenſatione, de æquitate compenſationis, & dum interpretes omnes confundunt imputationem cum compenſatione, neſciunt ſane quomodo ſe expediant ab his ſupradictis legibus, eaſque cum hoc loco, ſimilibuſque componant, & concilient. Sed magna eſt differentia. Imputo, quod a memetipſo capio: compenſo, quod vice mutua a coherede capio: imputatio eſt compenſatio coacta, compenſatio eſt imputatio voluntaria, nec enim compenſabo invitus, ſed ſi velim non compenſabo, qua ex re tantum amittam, quod vice mutua a coherede percipere potuiſſem. Imputatio fit ipſo jure: compenſatio oppoſita exceptione doli mali. Itaque in ſpecie propoſita, ſi prædiorum, quæ heres retinere juſſus eſt, partes ambæ ſufficiant Falcidiæ, & unam imputet, quod neceſſario facit, & alterius compenſationem velit admittere, nihil deducit Falcidiæ nomine: ſi non ſufficiant Falcidiæ, deducit quod Falcidiæ deeſt. Etiam explicat Papinianus eleganter rationem differentiæ inter pecuniam & prædia. Nam rogatus reſtituere coheredi partem hereditatis accepta certa pecunia, pecuniam, inquit, omnem in ſolidum de portione ſua retinere poteſt, nec retinet de communi, quia quantitas ipſa pecuniæ, ſive ἀξία, ut Ariſtoteles vocat, qua ſola pecunia ſpectatur, & valet, non corpore, ſemper eſt in portione hereditatis, licet nec nummus quidem ſit in ea, *l. 12. de leg. 3. & l. 88.*

de verbor. significat. Ergo jure hereditario tota ea pecunia retinetur, sive coheredi sive alii restituere jussus sit, & consequenter tota imputatur in Falcidiam. At prædiorum, quæ retinere jubetur in restituenda coheredi hereditate, unam quidem portionem sumit de parte sua jure hereditario, aliam vero portionem non sumit de parte sua, sed de parte coheredis, qui pro ea dominium habet, & sumit alteram partem a coherede jure legati: ergo non imputat in Falcidiam utramque partem, *d. l. in quartam*, & exposita ratione differentiæ, subjicit Papinianus, quod nostri non intellexerunt: *Cum autem prædia majoris pretii, quam portio hereditatis essent: in superfluo prædiorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est*. Quorum verborum sensus hic est, & hic maxime adhibendi sunt animi: si quis rogatus sit partem hereditatis coheredi restituere retentis prædiis quibusdam, quæ majoris pretii sunt, quam pars hereditatis, quam coheredi restituere jussus est: fac, partem quam coheredi restituit, esse centum, prædia esse trecentorum: non desiderabit quidem is qui rogatus est suam partem restituere, deducere Falcidiam ex sua portione, cum portio prædiorum, id est, centum & quinquaginta, quæ capit jure hereditario, abunde sufficiat: imo superet Falcidiam suæ partis; verum coheres, cui rogatus est partem suam restituere ex superfluo prædiorum, ut ait, id est, ex eo quo prædia, pro portione sua pluris sunt quam pars hereditatis, quæ ei restituitur ex hyperocha, qui est, *la plus valeur*, ex eo quod plus dat ipse, quam vice mutua recipit, nimirum ex 50. quæ est prævalentia prædiorum, si & aliis legatis portio sua onerata sit, Falcidiam deducere potest ex 50. non etiam ex 100. cum pars ejus efficiat centum & quinquaginta in prædiis quam habet: non, inquam, ex 100. quia hæc centum, quæ præterea habet in parte prædiorum sua compensare debet cum illis centum, id est, cum parte hereditatis, quam a coherede jure fideicommissi accepit. Et hoc est, quod ait in fine hujus responsi: concurrentem legati prædiorum cum fideicommisso hereditatis quantitatem compensari, & superfluum tantum, quod est in legato prædiorum Falcidiam pati. Itaque coheredem, qui fideicommissum hereditatis a coherede petit, non universam suæ partis prædiorum æstimationem legato expensam ferre, sed eo minus, quod a coherede fideicommissi nomine accipit, ut in *d. l. Nesennius, & l. filio*, & aliis ante allatis, quæ de hoc genere compensationis loquuntur. Et hæc sententia hujus responsi.

Ad §. Hereditatem.

Hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatus, ancillarum partus non retinebit, nec fœtus pecorum, qui summissi gregem retinent.

Testator rogavit heredem, ut post mortem suam hereditatem alii restitueret exceptis reditibus, quos quidem apud eam heredemve ejus remanere, & ab eo retineri voluit, nec fideicommissario restitui, qui nec ei restituerentur, si non fuissent excepti, ut plane supervacuum fuerit eos excipere. At quæritur, an heres ejus heredis possit retinere partus ancillarum vivo priore herede, editos ante diem fideicommissi cedentem? Et respondet Papinianus, non posse ab eo retineri partus ancillarum: fructus quidem prædiorum posse retineri medio tempore perceptos: partus ancillarum medio tempore editos, non posse retineri, sed fideicommissario esse restituendos. Ratio hæc est, quia partus ancillarum in fructibus vel reditibus non computantur, *l. mulier, §. sed enim, sup. hoc tit.* Fructus & reditus idem est, ne quis ea Doctorum nostrorum exemplo distinguat, *l. qui fructus, l. quidam, de usufr. leg. l. 12. de alim. legat.* vetus autem fuit quæstio, an partus ancillæ esset nec ne in fructu, disceptata inter Scævolam & Brutum, vel M. Tullio teste 1. de finibus. Scævola dicebat partum ancillæ esse in fructu, Brutus non esse. Et obtinuit Bruti sententia, quod non possit homo hominis in fructu esse *l. vetus, sup. de usufr. ear. rer.* naturam fructus comparasse hominum causa: gignentia ut vocantur, produxisse hominum causa, id est, fructus, mundum, & omnia, quæ in eo sunt fecisse hominum causa; quod & divinæ literæ docent, & Stoici loquuntur & Jurisconsulti nostri, qui omnes imbuti sunt a Stoicis, *l. in pecudum, sup. de usur.* rerum naturam non fecisse hominem hominis causa: si hominem fecisset hominis causa, omnes homines sub eodem genere non continerentur, quod dictu absurdum est, omnes homines non essent homines, quia semper, ut Philosophi dicunt, id cujus causa quid comparatur, alterius est generis, quam sit id, quod comparatur ejus causa: verba Philosophorum hæc sunt: Ἀεὶ τὸ ἕνεκα τοῦ ἕτερον ἐστὶ τοῦ ὃ ἕνεκά ἐστιν. Est quidem naturalis quædam cognatio inter homines, *l. 3. de just. & jur.* sed non ideo tamen natura aliter in alterius fructu vel instrumento est. Huic autem responso Papin. obstat *l. uxorem, §. sorori, sup. de leg. 3.* ubi Scævola ait, partus ancillarum, quæ a legatario post mortem ejus, alii per fideicommissum relicti sunt, vivo legatario editos non contineri fideicommisso, non esse fideicommissario restituendos, quos tamen Papinianus ait hoc loco fideicommissario esse restituendos, nec posse retineri ab herede; Et is Scævola, qui est auctor d. *l. uxorem*, quamvis non sit ille Publius Scævola, qui hac de re cum M. Bruto concertavit, sed Quint. Cerbidius Scævola, qui fuit sub Antoninis Imperatoribus, tamen suæ gentis, sive familiæ ad opinionem proprius accedit in §. *sorori*, dum non quidem statuit, partus computari in fructibus, quod tum non obtinebat prævalente Bruti sententia: sed dum vult partus sequi jus fructuum, licet non sint in fructibus, ut scil. non tantum fructus medio tempore percepti, quod constabat inter omnes jurisperitos, lucro heredis cedant, nec fideicommisso contineantur, sed etiam partus ancillarum, ut idem sit in iis, quod in fructibus, quod & idem Scævola probat in *l. pen. de opt. leg.* Et huic opinioni accedit Paulus in *l. 14. de usur.* in qua lege hoc velim vos adnotare, post inscriptionem hanc, *Paulus libro 14. responsorum*, sequi initium tale in Florentinis, *Respondit Paulus moram in solvendo fideicommisso factam partus quoque ancillarum restituendos*, ubi manifeste legendum, *respondit*, non *Paulus*, cum satis intelligitur ex inscriptione. *Respondit post moram in solvendo fideicommisso, non tantum fructus prædiorum, sed etiam partus ancillarum esse restituendos*, quod est verissimum, & constat apud omnes Jurisconsultos. De partubus tantum erat & est controversia inter JC. natis ante moram vel ante diem fideicommissi cedentem. Et ait in §. *d. l. 14.* heredem rogatum post mortem suam hereditatem restituere sine reditu, *sine reditu*, quod in hoc responso Papin. est, *exceptis reditibus*, vel etiam heredem simpliciter rogatum restituere hereditatem nulla addita exceptione: æqui istud facit in §. *ult. d. leg. 14.* non restituere partus editos ante diem fideicommissi cedentem, quia etsi partus non sint in fructu sive reditu, ut & idem Paulus subindicat in *d. l. 14.* & propalam fatetur 3. *Sent. tit. de leg.* dum ait: Ancillæ usufructu legato partum ejus ad fructuarium non pertinere: Sed quia ex sententia Pauli, partus jus fructuum sequuntur: & ideo ut fructus medio tempore percepti, ita partus medio tempore editi, ex sententia Pauli, non veniunt in restitutionem, non cadunt in fideicommissum, sed heredi imputantur in Falcidiam, quasi percepti ex judicio defuncti, sicut fructus, ut & idem Paulus ait in *l. 24. §. 1. sup. ad leg. Falcid.* Denique obtinuit quidem sententia Bruti, partum non esse in fructu, atque ideo non pertinere quidem ad fructuarium, aut similem fructuario quemquam, veluti patrem, aut maritum; *l. plerumque, §. si servi, de jure dot.* Nec ab ea sententia Bruti discedunt Cerbidius Scævola & Julius Paulus, quæ jam invaluerat, ut scilicet non sequerentur partus fructuarium: sed non etiam obtinuerat & invaluerat in fideicommissis aut similibus causis, partus non sequi jus fructuum. Itaque possumus dicere ex sententia Scævolæ & Pauli

partus

partus non ſunt in fructibus, ſed jus fructuum ſequuntur tantum, qua in re diſſentiunt ab Ulpiano & Papin. manifeſto: nam Ulp. in *d. l.mulier*, §. *ſed enim*, *h.t.* & Papin. hoc loco ita ſentit, partus non ſequi jus fructuum, nec retineri ab herede ut fructus, ſed reſtitui fideicommiſſario. Contra Paulus & Scævola, partus jus fructuum ſequi, nec reſtitui fideicommiſſario, ſed retineri ab herede, & imputari in Falcidiam, quorum ſententia æquior eſt. Paulum notas ſcripſiſſe in reſponſa Papin. notiſſimum eſt, & in ejus ſcriptis aculeum fixiſſe, ubicumque patebat rima quædam. Delendæ ſunt Gloſſæ hujus §. quod tamen in hoc ipſo §. addit Papin. in fideicommiſſi reſtitutionem venire fœtus pecorum, qui ſubmiſſi gregem retinent, id eſt, qui ſubſtituuntur, ut fit ex agnatis, *ἐκ τῶν ἐπιγενομένων*, in locum demortuorum vel inutilium aut vitioſorum capitum: in eo ſiquidem conſentiunt omnes Juriſperiti, quia fœtûs ſubmiſſi, fructibus non computantur, ſed rebus ipſis hereditariis, *l. plerumque*, §. *ſi ſervus*, *de jure dot.* Inutilia tamen & vitioſa pecora, in quorum locum alia ſubmiſſa ſunt, in fructibus computantur, & retinentur ab herede, *l. vel inutilium*, *ſup. de uſufr.* Antonius Goveanus ad *legem 24. ſup. ad leg. Falcid.* eſt valde ſuavis, qui & verba Papin. *qui ſubmiſſi gregem retinent*, refert tam ad partus ancillarum, quam ad fœtus pecorum, ac ſi familia ancillarum ſit veluti grex quidam, qui ſit ſupplendus ab herede ex agnatis nimirum, ut grex pecorum, quod nuſquam exſtat, cum & ſuppleri vix poſſit numerus ancillarum ex agnatis: nec enim ea eſt in ancillis, quæ in pecoribus fœcunditas: & gregem tamen ſervorum ii quoque dicunt, qui improprie & figurate loquuntur: Ut gregem venalium, gregem amicorum, gregem Philoſophorum, non noſtri auctores.

Ad §. ante diem.

Ante diem fideicommiſſi cedentem fructus, & uſuræ, quas debitores hereditarii, cum poſtea ceſſiſſet dies, ſolverunt, item mercedes prædiorum ab herede perceptæ, portioni quadrantis imputabuntur.

HUjus §. ſententia hæc eſt: heredem poſt tempus rogatum reſtituere hereditatem, imputare in Falcidia fructus medio tempore perceptos, & uſuras vel penſiones exactas a debitoribus hereditariis, vel a conductoribus prædiorum hereditariorum, quarum dies *poſtea*, id eſt, poſt mortem teſtatoris medio tempore ceſſit ante diem fideicommiſſi cedentem. Id vero jam ſatis expoſuimus *ſup.* in §. *qui poſt*, & nunc hoc tantum obſervari velim, Papinianum §. *ante diem*, ſubnectere ſuperiori §. ut differentiam conſtituat inter fructus medio tempore perceptos, & fructuum ſimiles uſuras atque penſiones, quæ in Falcidiam imputari ait, & partus ancillarum ſimiliter editos medio tempore ante diem fideicommiſſi cedentem, ante moram, quos in Falcidiam imputari noluit in ſuperiori §. ſed fideicommiſſario reſtitui, contra quam Paulus ſentiat in *d. l. 24. ad l. Falcid.* Quæ obſervatio evidenter demonſtrat, quam ſit futile & commentitium, quod Accurſius ait, in ſuperiore §. agi de partubus editis poſt moram, quod nemo ſiccus dixerit, & ſequitur.

Cum autem poſt mortem ſuam rogatus hereditatem reſtituere, res hereditarias diſtrahere non cogatur, ſortium quæ de pretiis earum redigi potuerunt, uſuræ propter uſum medii temporis perceptæ non videbuntur: denique nec periculum mancipiorum aut urbanorum prædiorum præſtare cogatur, ſed nihilominus uſus et caſus eorum quadrantem quoque minuit.

CUjus loci ſententia hæc eſt: non poſſe fideicommiſſarium, cui poſt mortem ſuam heres rogatus eſt hereditatem reſtituere, objicere & exprobrare heredi, quod medio tempore res hereditarias non diſtraxerit, atque ita quas percipere poterat uſuras maximas ex pretio rerum hereditariarum non perceperit: huic querelæ locum non eſſe, ſi modo abſit dolus vel lata culpa, quæ dolo proxima eſt, ipſius heredis, ut *l.mulier*, §. *ſed enim*, *D.ad Senat.Trebell.* nec heredem, qui dolo caret hujus rei rationem debere fideicommiſſario reddere, cur res hereditarias non vendiderit, & pretia fœnori collocaverit: denique non teneri heredem fideicommiſſario perinde atque ſi uſuras percepiſſet, quas percipere potuit ex pretiis rerum hereditariarum, propter uſum medii temporis, ſi eas res vendidiſſet: non teneri, inquam, vel in hoc ut eas uſuras imputet in falcidiam quaſi perceptas, quamvis non ſint perceptæ, tantam diligentiam ab herede non exigi, ut medio tempore vendat res hereditarias, & ex venditione redacta pretia fœnori occupet, & procuret fideicommiſſario, non eſt æquum heredem conſtitui vel invitum fieri veluti procuratorem fideicommiſſarii, ut eleganter ait *lex poſtulante*, *in fin. ſup. hoc tit.* Et notat ex illo loco, *propter uſum medii temporis uſuras inferri*, *propter uſum ſortis*: & inde nomen uſura eſt incrementum, quod accedit ſorti propter uſum ſortis. Et addit Papin. etiam ſi medio tempore mancipia hereditaria ſua morte functa ſint, vel ſi prædia hereditaria exuſta ſint caſu quodam fatali, hujus rei heredem fideicommiſſario rationem non reddere, non præſtare periculum, non præſtare caſum fortuitum, aut fatale detrimentum, ut in *d. §. ſed enim*, *l. 3. in pr. ſup. de inſt. & inſt. leg.* Imo etſi prædia hereditaria medio tempore uſucapta ſint ſine facto & culpa heredis, eo etiam nomine heres fideicommiſſario non tenetur, *d. §. ſed enim*, *in fin.* verum, ut Papin. ait, in extremo hujus reſponſi: *nec periculum mancipiorum vel prædiorum urbanorum præſtare cogitur*, quæ de hereditate exierunt morte vel incendio, vel alia vi majore, vel uſucapione ſine culpa heredis: totum illud quidem periculum non pertinet ad heredem, ſed commune eſt heredis & fideicommiſſarii: nam & ob eos caſus fatales, eamve uſucapionem, Falcidia heredi minor efficitur, & dodrans, qui fideicommiſſario reſtituendus eſt. Commune igitur eſt detrimentum, quia tanto minus heres fert jure Falcidiæ, & fideicommiſſarius jure fideicommiſſi, propterea quod bona hereditaria deperdita ac deminuta ſunt medio tempore ſine culpa heredis. Et hoc eſt quod ait in fine hujus §. uſum & caſum eorum, id eſt, mancipiorum, & prædiorum urbanorum, quadrantem quoque id eſt, non dodrantem tantum, ſed etiam quadrantem, id eſt, Falcidiam deminuere. Uſum vocat uſucapionem, ut in *l. denique*, *& ſeq. & l. ait prætor*, *ſup. ex quib. cau. maj.* Caſum autem vocat damnum fatale, caſum fortuitum, quod SC. de petit. hereditatis, SC. Adrianum, deperditum & deminutum: nam deperditum eſt, quod deſiit eſſe interdum natura: deminutum quod uſucaptum eſt, *l. deperditum*, *ſup. de petit. heredit.* itemque in edicto, ex quibus cauſis majores, cujus initium ita emendandum in Pandectis Florentinis, aut ſupplendum: *Si cujus quid de bonis deminutum erit*, ut *l. 2. C. de reſt. in integr.* Et in Baſilicis eodem loco, *ἐὰν μειωθῇ τὰ πράγματα τῷ ἀχρήστῳ*. Et deminutum accipe de eo, quod eſt per uſucapionem, vel non utendo amiſſum: & ita hic locus explicandus eſt, in quo etiam Gloſſam deleri volo, eaque rejecta penitus recipi unius Alberici interpretationem, qui & poſtrema verba hujus §. ſic tandem interpretatur, id eſt, inquit, *commune eſt periculum heredis & fideicommiſſarii*: nec tamen ipſe Albericus ulluſve interpretum intellexit, quid eſſet uſus, quidve caſus.

Ad §. Quod ex hereditate.

SEquitur ut exponamus §. penult. & nos iſtam legem abſolvamus tandem: verba §. pen. hæc ſunt: *Quod ex hereditate* (*) *ſuperfuiſſet cum moreretur reſtituere rogatus*, fru-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 32.*

fructus superfluos restituere non videtur rogatus, *cum ea verba deminutionem quidem hereditatis admittant*, *fructuum autem additamentum non recipiant*. Quæ verba hanc præ se ferunt sententiam: si testator heredem roget, post mortem suam restituere non hereditatem simpliciter, vel quod ad eum ex hereditate bonisve pervenerit, sed quod ex hereditate superfuerit tempore mortis heredis; his verbis heredi permitti deminutionem, & alienationem rerum hereditariarum, quæ modo fiat bona fide, justa causa impellente heredem ad distractionem aut pignerationem tam propriarum, quam hereditariarum rerum pro rata portione, non dolo malo, non malitia mala fraudandi & intervertendi tantum fideicommissi causa, ut in *l.Titius*, *& l.mulier*, *§. cum proponeretur*, *h.t.* Quod subtilius & diligentius Justin. explicat adhibita nova distinctione in *Novella* 108. *de restit.* Cujus sententia ab Irnerio relata est in *tit.ad Senatusc. Treb.* incipiens ab his verbis: *contra rogatus*. Denique suprascriptis verbis testatoris hoc agi, ut medio tempore ex hereditate deminuat heres, quæ volet, & id tantum fideicommissario restituat, quod supererit die fideicommissi cedente. At quum quæreretur, an etiam in restitutionem venirent superflui fructus, id est, quod ex fructibus rerum hereditariarum superesset die fideicommissi cedente, Papin. respondisse; quod ex fructibus superest die fideicommissi cedente, non venire in restitutionem, hac ratione, quia hæc verba: *Peto ut quod ex hereditate supererit*, *quum morieris illi restituas*, additamentum, inquit, sive augmentum fructuum non recipiunt, sed deminutionem tantum hereditatis heredi permittunt: hæc vero ratio responso discrepat aut maxime disconvenit: nam si ea verba fructuum superfluorum additamentum non recipiunt, id est, si heredi non adjiciunt, quod ex fructibus superest mortis tempore, consequens est, id esse fideicommissario restituendum, cum non retineatur ab herede. Et ita omnino idem Papin. scripsit in quæst. *l.3.§.nonnunquam*, *sup. de usur.* vid. fructuum perinde atque bonorum superfluum in restitutionem venire. Et verisimile non est, aliud sensisse Papin. in quæstionibus, aliud in responsis: constantes sunt habitus intellectus in erudito homine, perinde atque habitus voluntatis. Itaque vel suadente ratione, qua utitur Papin. quia, inquit, ea verba: *fructuum additamentum non recipiunt*, hoc loco, quod jam pridem ostendi, omni adseveratione esse legendum adfirmo, *fructus superfluos restituere videtur rogatus*: ut scilicet, qui rogatus est post mortem suam restituere, quod ex hereditate superfuerit, non tantum restituat, quod ex bonis superest, quæ tenuit interim, sed etiam quod ex fructibus superest in horreo reconditum, quod percepit, detracta negatione, quæ perperam irrepsit in contextum, & mirum in modum vexavit nostros. Duo præcipue sunt casus, quibus fructus medio tempore percepti, qui regulariter non sunt in causa restitutionis, vel omnes, vel qui extant die fideicommissi cedente, restituendi sunt. Unus casus hic est: si testator specialiter expresserit, *l.in fideicommissariam*, *sup.h.t.* Alter casus hic est: si testator id ita senserit, licet non expresserit, voluntas testatoris totum facit, ut ait eleganter *l.ex facto proponebatur*, *sup. de her. inst.* Et non tantum expressa voluntas, sed etiam tacita & præsumpta, non tantum sermo, sed etiam mens animi: Et omnino in testamentis idem est, expressisse, & intellexisse, *l.88.de legat.1.l.6.de adsign.lib.* Sed quantum ad rem propositam attinet, de sententia testatoris, quod dico, appositis exemplis planum facere debeo. Ac primum si testator legatario deducta re vel quantitate certa, residuum quod ad eum ex hereditate pervenisset, jusserit fideicommissario restituere, hoc casu legatarius, id quidem quod deducere jussus est, retinebit cum fructibus, non etiam residuos fructus, quos forte percepit medio tempore, sed & residuum restituet cum fructibus: nam hæc videtur fuisse sententia defuncti, qui cavit, ut deduceret tantum rem aut quantitatem certam, & residuum restitueret, *l.2.§.ult.de dote præleg.* legatarius non utitur Falcidia: Eadem est sententia testatoris, si præstationem sive restitutionem fideicommissi distulerit in tempus, non heredis, ut interim fructus suos faceret, sed fideicommissarii gratia, ut ei consuleret, ætate parvo forte: puta si pupillo fideicommissum relictum in tempus pubertatis, quo suæ tutelæ erit suæque potestatis, *l. si ita relictum §. Pegasus*, *de leg.* 2. Et eadem multo magis est mens defuncti in specie *l. 3. §. cum Pollidius*, *de usur.* si mater bona mente filia impubere præterita, & alio herede instituto, & rogato filiæ hereditatem restituere, cum ad annos pubertatis pervenisset, jusserit eum heredem retinere certum prædium, palamque declaravit, se ideo fideicommissi restitutionem differre in tempus pubertatis, quod heredi magis fidem habeat, cui bona fide restituenda committit, quam tutoribus filiæ datis testamento patris, vel lege, vel decreto judicis. Hoc sane casu omnes fructus, qui ab herede sunt percepti medio tempore in fideicommissum cadunt ex voluntate defuncti. Voluit enim mater meliore loco esse rem filiæ, quam si tutoribus ea res committeretur: porro tutoris fructus filiæ servassent: ergo & heres, cui res filiæ committuntur, earum rerum fructus filiæ servare, & restituere debet die fideicommissi cedente, in Falcidiam & Falcidiæ fructus imputato prædio, & fructibus prædii, & defuncto si quid desit Falcidiæ. Idemque est in specie, de qua agitur hoc loco, & in *d. l. 3. §.nonnunquam*, si testator post mortem heredis jusserit restitui, quod ex hereditate superesset: nam etsi aliud sit proprie hereditas, aliud fructus rerum hereditariarum, *l. in fideicommissariam*, §. 1. *h. t.* tamen nomine hereditatis hoc sermone testator, qui interim dedit heredi arbitrium deminuendæ hereditatis, videtur etiam superfluos fructus comprehendisse, ut scil. ubi vivus heres, quod libuisset, ex hereditate deminuisset: tum moriens omne, quidquid non tantum ex bonis, sed etiam ex fructibus resideret & superesset, fideicommissario restitueret; Et hoc est, quod ait in *d. §. nonnunquam*, jure voluntatis fructus superfluos restitui, quasi scil. testator voluerit heredem esse contentum deminutione medii temporis, quam ei in Falcidiam imputari constat, *l. Marcellus*, *§. res*, *sup. h.tit.* Unde sic statuo: cui non licet deminuere hereditatem, licet retinere fructus superfluos, quos ipse percepit, ut in *d. l. quod his verbis*, *de leg.* 3. *& l. heredes*, *in princ. sup. hoc tit.* nisi ut ante dixi, aliud senserit testator. Cui autem licet deminuere, non licet retinere fructus superfluos: nimia licentia coercenda est. Deminutio non permittitur ei, qui post mortem suam, vel post tempus jubetur restituere hereditatem, vel quod ex hereditate ad eum pervenerit: contra deminutio permittitur ei, qui jubetur post tempus restituere, quod ex hereditate superfuerit. Itaque multum interest, hoc vel illo modo concepta sint verba fideicommissi, nihil tamen interest, dixeris, *quod*, an *quidquid*, quæ cum distinguunt Glossæ & DD. scutica minus securi esse videntur: nihil, inquam, interest dixeris, *quod ex hereditate*, an *quod ex bonis*. Utraque appellatio idem potest, & conjungi sæpe solet ἐκ παραλλήλου, ex hereditate, bonisve, *d. l. quod his verbis*, *d. l. heredes*, hereditatis bonorumve possessio, *l. 3. de bonor. poss. l.3.de jure codicill. l. si. Titio pecunia*, *de legat.* 1. Et in notis sive singulis, quæ collegit Innocentius & Paulus Diaconus quatuor literis primoribus cujusque vocis, H. B. V. P. Nihil etiam attinet hæc distingui benignum jus a jure summo: refello quæcunque scripsit Glossa in *d. §. nonnunquam*, ne videatur hic *§. pen.* uti scriptus est dissidere a *§. nonnunquam*. Nihil igitur attinet hic distinguere jus summum ab æquitate, cum totum jus pendeat ex voluntate defuncti, quæ distincte observanda & exsequenda est. Nihil etiam attinet distingui voluntatem a voluntate, quasi alia fuerit voluntas testatoris in specie hujus §. pen. alia in *§. nonnunquam*, quod nusquam apparet, & manifesto falsum est; ubique eadem voluntas fuit, idem animus testatoris, & ne tantillum quidem distat una species ab altera: nihil etiam attinet distinguere fructus consumptos ab extantibus, cum evidens sit, utrobique agi de fructibus

super-

superfluis sive residuis, qui exstant, an fideicommisso contineantur. Et verum est, fideicommisso contineri, & veritati subjicienda sunt verba §.*pen.* detracta negatione, ut dixi: Quod autem additur, in §.*ult.hujus legis*, ad idem genus fideicommissi pertinet.

Ad §. Ultimum hujus legis.

Heres ejus, qui bonorum superfluum, post mortem suam restituere fuerat rogatus, pignori res hereditarias datas, si non in fraudem id factum sit, liberare non cogitur.

CUm heres post tempus aliquod sive post mortem suam rogatur restituere, quod ex hereditate superfuerit, ei heredi medio tempore, ait, licere res hereditarias pignori obligare, quia deminutio & alienatio ei permissa intelligitur, quorum utroque etiam pigneratio continetur, *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Et si medio tempore vendere potest, & pignerare multo magis, si alienatio sive venditio ei permittitur, & pigneratio igitur, *l.9.§.1.sup.de pignor.l.ult.C.eod.tit.l.1. C.rem alien.gerent.non interd.* Et sicut, quæ medio tempore vendidit heres bona fide redimere non cogitur, ut fideicommissario præstet; ita nec quæ medio tempore pigneravit, reluere & repignerare compellitur: reluat fideicommissarius si velit, hoc tantum exigitur ab herede, ut bona fide vendat vel pigneret, non in fraudem fideicommissarii, ut ait in §.*ult.* non in eversionem fideicommissi, *l. mulier §. cum proponeretur, hoc tit.* non intervertendi fideicommissi causa, *l.Titius, hoc tit.* non minuendi fideicommissi causa malitia mala, *l.etsi lege, §. quod autem quis, sup. de petit. hered.* Illud valde notandum est, diversam esse causam heredis, qui simpliciter hereditatem, aut quod ex hereditate ad eum pervenerit post tempus restituere rogatus est: nam etsi medio tempore res hereditarias pignori opponere possit, quia fructus rei est, vel pignori dare licere, *l.ult.de usur.* tamen die fideicommissi cedente eas res, de suo liberare & repignerare, & fideicommissario salvas & incolumes præstare cogitur.

Ad L. XXVI. Quando dies leg. cedat.

SEquitur ut exponamus *l.26. quando dies leg.* Sunt in ea tria responsa, ex quibus hodie duo priora explicabimus. Primi verba hæc sunt: *Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni, postea non videri conditionem additam, sed tempus solvendæ pecuniæ prolatum videri respondi, fructibus fini pecuniæ relictæ non perceptis, ubertatem esse necessarium anni secundi.*

Primum in contextu, quod ait, *postea non videri*, depravatum est, scribere enim oportet, *propter ea non videri*, id est, propter ea verba testatoris, quæ proposuit, ut in §.*seq.*ait *propter hæc verba*: propter ea autem verba, *Firmio Heliodoro, &c.* ait fideicommissum non esse conditionale, ea verba non facere fideicommissum conditionale. Et rursus quod ait, *fini relictæ pecuniæ*, sic moris est Papinian.soli loqui, ut memini me ostendere in *l.6.de dot.col.lib.7.* ut Cato de re rustica, *operito terra radicibus fini*, & alio loco, *Ansarum infirmarum fini*. Ut autem intelligatur hoc responsum, sciendum est, ad heredem legatarii vel fideicommissarii, non aliter legatum aut fideicommissum transmitti, nisi si post diem legati vel fideicommissi cedentem legatarius vel fideicommissarius vita decesserit; legatorum autem vel fideicommissorum, quæ pure vel in diem certam relicta sunt, hodie cedere, sublata *l.Julia & Papia*: & a Justin. restituto jure antiquo, statim morte testatoris, exceptis quibusdam, quorum dies cedit ab adita hereditate demum; ut si legetur usus, ususfructus, habitatio, vel si servo legato, aut servo testamento manumisso. Eorum autem, quæ sub conditione relicta sunt, diem cedere, vel etiam, quæ relicta sunt in diem incertam, qui pro conditione habeatur, diem cedere, quum conditio extiterit, effectus cessionis,

A diei est transmissio. Itaque si legato relicto pure, vel in diem certum vivo testatore legatarius vita decesserit, legatum ad heredem suum non transmittit. Idemque est de legato sub conditione, si legatarius vita decesserit, antequam conditio existeret vivo vel mortuo testatore: quæ est summa hujus tituli. Quamobrem in eo sæpe de legatis plerisque disceptatur, utrum pura sint an conditionalia, ut in hoc primo responso, de legato sive fideicommisso ita relicto: *Illi dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni.* Quod fideicommissum Papinianus ait, non esse conditionale, sed diem tantum ejus solvendæ pecuniæ esse prolatum in futurum annum post messes aut vindemias: mora suspendi fideicommissum, non conditione: magnam esse differentiam inter moram, quam adfert prolatio diei, quo solvatur fi-B deicommissum, & conditionem, *l. quod pure, h. t. l.pen. C. eod. tit. l. heres, sup. de cond. & demonst. l. 1. de legat. 2.* Itaque mortuo legatario, sive fideicommissario statim post mortem testatoris, legatum ad heredem legatarii transmitti, quod non sub conditione relictum est, sed in diem certum. Et hic est effectus hujus responsi. Quod autem addit Papinian. est valde notandum, si forte futuro anno, in quem contulit præstationem fideicommissi fructus non provenerunt fini relictæ pecuniæ, id est, si eo anno fructus percepti non efficiant 50. quæ relicta sunt, quod deest fideicommisso esse supplendum ex fructibus sequentium annorum, sicut propter sterilitatem, aut calamitatem aliquam, si quo anno colonus minus redegerit ex fructibus, quod inferat locatori mercedis nomine, si fructus non provenerunt fini mercedis, id ei colono C repletur & reputatur ex ubertate sequentium annorum, *l. ex conducto, §. Papinian. sup. loc.* Verum huic Papiniani responso opponi potest *l. 5. sup. de tritico, oleo, & vino leg. & l. si debitor, §. 1. de contr. empt.* quæ sunt conjungendæ, quoniam ambæ sunt eadem de re, sive quæstione, & ex eodem libro Juliani, & in eis dicitur, *Legato aut vendito certo pondere, certave mensura, ex eo, quod ex fundo natum erit*, horno scil. hoc anno, non anno est superiore anno: horno, hoc anno veluti legatis, aut venditis vini amphoris decem, vel olei metretis decem, aut frugum, sive frumenti modiis decem, *ex eo, quod ex fundo horno natum erit, si quinque duntaxat horno provenerint*, ait, *non amplius deberi quam quinque*. Et tamen hoc loco dicitur, *legatis 50. ex reditu vel fructu prædiorum futuri anni, & collectis tantum decem*, verbi gratia, non sola 10. de-D beri legatario, sed & residuum ex ubertate sequentium annorum esse supplendum. Ratio differentiæ rem omnem explicabit, quæ talis est. Hic legata est pecunia certa, puta 50. Cujus pecuniæ quantitas non minuitur, si minores fructus ex fundo provenerint. Illic legati sunt fructus ad modum certum, qui nascerentur. Postrema verba taxationem faciunt, ut, *si non tot nascerentur, nec tot deberentur*: quoniam utique minores sunt fructus anno sterili vel infœcundo: hujus legati de quo agitur in hoc responso, taxatio est pecuniæ certæ quantitas, quæ nunquam disperit deminuiturque. Illius legati taxatio est, quod ex fundo hoc anno nascitur vel natum erit. Et rursus hoc legatum purum est, ut recte Papinianus respondit: illi conditio inest; puta, si fundus decem reddiderit, vel amplius decem, quasi scilicet velit, ut E si minus reddiderit, id tantum præstetur legatario, quod reddiderit. Verum observandum est maxime, multum interesse, legentur decem amphoræ vini, solvendæ duntaxat semel ex vino, quod hoc anno nascetur, ex vino horno: an ex fundo simpliciter, quod ex fundo nascetur, aut ex vino, quod ex fundo nascetur, quod fere idem est, sive dixerit amphoras decem legavi ex eo, quod nascetur in fundo, sive amphoras decem, ex vino, quod in fundo nascetur semel solvendas vel quotannis nil refert: nam hoc casu si vindemia non respondet legato, cùm dixit ex vino, quod hoc anno ex fundo nascetur, ex anno superiore vel inferiore legatum non suppletur ex anno, id est, superiore anno, vel etiam ex inferiore anno legatum non suppletur, ut in *d. l. 5. de trit. vino,*

no, & oleo leg. Posterioribus casibus quum dixit, *ex vino, quod ex fundo nascetur*, legatum suppleri debet, etiamsi primo anno post mortem testatoris fundus minus tulerit, quam legatum videatur. Et ratio hæc est, quia non certi anni fructus, veluti hujus anni demonstrati sunt, & onerati legato, sed omnium annorum simul his verbis generalibus, *ex fundo*. Denique generaliter demonstrati sunt fructus fundi omnium annorum, *l. inter, §. pro quo, sup. de verb. obl. l. ex eo, sup. de tritico, & oleo leg. l. 16. §. 1. de ann. leg. l. Lucius, sup. de aliment. lega.*

Ad §. Cum ab heredibus.

Cum ab heredibus alumno centum dari voluisset testator, eam pecuniam ad alium transferri, ut in annum vicesimum quintum trientes usuras ejus summæ perciperet alumnus, ac post eam ætatem sortem ipsam, intra 25. annum eo defuncto, transmissum ad heredem pueri fideicommissum, ab eo peti non posset, penes quem voluit pecuniam collocari, propter hæc verba. Eamque alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere, fideicommissum ab heredibus petendum, qui pecuniam dari stipulari debuerunt. Sed fidejussores ab eo non petendos, cujus fidem sequi defunctus maluit.

TEstator puero alumno suo centum per fideicommissum reliquit, quam pecuniam sive sortem jussit collocari fœnori apud L. Titium trientibus usuris, quæ quotannis reddunt quatuor, *c' est au denier trente-trois, & un quart*: quoad scilicet puer ille ad justam ætatem pervenisset, id est; 25. annorum; post quam ætatem ad C ipsum L. Titium, quod notandum collato sermone, jussit eam pecuniam reddi alumno, his verbis: *eamque alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere*. Alumnus intra 25. annum vita decessit; Quæritur, an ad heredem alumni transierit fideicommissum, id est, sors alumno per fideicommissum relicta? Et respondet transiisse: quia purum non conditionale fideicommissum fuit. Simile ei, quod propositum est initio, quodque proponetur in *§. seq.* Cujus scilicet, solutio tantum prorogatur in diem certum, quo scilicet fideicommissarius pervenerit ad annum 25. Et alia est ratio legati vel fideicommissi, de quo agitur in *l. si Titio h. t. & l. si cui legetur, §. hoc autem, sup. de leg.* 1. quæ leges huic responso solent opponi, quoniam illis legibus, testator ita legavit, *Cajo Sejo cum erit annorum* 14. vel 25. nihil refert, D *illam rem sive quantitatem do, lego, aut dari volo*, quod legatum conditionale est. Ideoque si ante eam ætatem vita decesserit, non transmittit legatum ad heredem. In specie proposita testator non ita legavit, ut in illis legibus, sed ab initio pure legavit; deinde protulit diem solvendi legati, nempe hoc modo: *Cajo Sejo centum do, lego, quæ præstari ei volo, quum ad justam ætatem pervenerit, & interim Lucio Titio occupari fœnori trientario.* Itaque nihil illæ ll. habent commune cum hoc responso. Illud non est omittendum, quod addit Papinianus, heredem alumni fideicommissum ab eo non petere, apud quem pecunia fœnori occupata est, id est, a L. Titio, quoniam hæc verba, quæ ad L. Titium directa sunt, *eamque pecuniam alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere*; vim fideicommissi non habent, *l. Jul. 66. §.* E *1. de leg.* 3. verbum, *curare*, fideicommissum non facit, fideicommissum necessitatem injungit: verbum illud cohortatur tantum ad diligentiam aliquam: ut quum ad amicum scribimus, ut curet nobis pecuniam, quomodo frequenter loquitur M. Tullius, & ita etiam hæc verba stipulationis, *decem dari curari*: sane non obligant promissorem ad dandum 10. abscise, *l. ult. §. ult. sup. de reb. cred. l. illa, §. 1. inf. de ver. obl.* Itaque heres alumni, fideicommissum debet petere ab heredibus, qui in collocanda pecunia Lucio Titio stipulari debuerunt, cum alumnus ad justam ætatem pervenisset, vel quum intra eam ætatem vita decessisset, eam pecuniam reddi debuerunt heredes a L. Titio, cui fœneravit eam pecuniam ex

A voluntate defuncti, stipulari pecuniam reddi alumno in diem testamento præscriptum, vel sibi potius, quam redderent alumno, vel heredi alumni; & stipulari debuerunt sine satisdatione, id est, non exactis fidejussoribus, qui locus maxime notandus est: quia nunquam oneratur satisdatione is, cujus fidem testator elegit, & approbavit, ac sequutus est, ut in tutore testamentario dato a patre receptum est, qui non satisdat rem pupilli salvam fore, quia electio patris pro satisdatione est, quiave pater quodammodo pro eo satisdedisse intelligitur, cujus fidem secutus est, *l. 4. & 17. C. de test. tut.* Lucii autem Titii fidem in specie proposita ipse testator elegit: ergo onerandus non est L. Titius satisdatione, sed sufficit cautio nuda, si stipulantibus heredibus repromittat pecuniam reddi, cum venerit dies B fideicommissi alumno relicti. Perperam autem interpretes hoc loco tractant de executore testamenti, de quo memini me dicere satis in *l. 8. sup. de ali. leg.* quasi scilicet, L. Titius, cui pecunia datur utenda mutua sub usuris trientibus, sit executor testamenti, quo nihil est absurdius. Itaque nos ea de re nihil tractabimus.

Ad §. Ultimum.

Pater annua tot ex fructu bonorum, quæ uxori legavit, accessura filii patrimonio, præter exhibitionem, quam æque matri mandavit, ad annum ætatis ejus 25. uxorem præstare voluit, non plura, sed unum esse fideicommissum certis pensionibus divisum apparuit: & ideo filio intra ætatem suprascriptam diem functo, residui temporis ad heredem C *fideicommissum ejus transmitti: sed non initio cujuscunque anni peti pecuniam oportere, quod ex fructibus uxori datis pater filio præbere voluit: ceterum si pecuniam annuam pater alimentis filii destinasset (non) dubie persona deficiente, causa præstandi videtur extincta.*

HOc ultimum responsum pertinet ad speciem hujusmodi. Pater filium heredem instituit, & bona quædam uxori legavit sub onere fideicommissi, ut scilicet uxor filio præstaret annua decem ex fructibus eorum bonorum, quod notandum; ac præterea, ut filium aleret, exhiberet, educaret usque dum ad 25. annum ætatis pervenisset. Hac specie proposita Pap. ait, unum esse fideicommissum omnium annorum ad 25. usque ætatis filii, non plura fideicommissa: quod quidem ait, D πρὸς ἀντιδιαστολὴν, ad differentiam annuorum legatorum, vel fideicommissorum, quæ relinquuntur nomine alimentorum. Ea enim non unum sed plura legata, vel plura fideicommissa esse intelliguntur, *l. 10. & 12. & 20. h. t. l. 4. de ann. leg. & l. 11. eod. l. pater, §. ult. sup. de cond. & demonst. l. 45.* quæ est const. Græca, *C. de episc. & cler.* In hac autem specie, annua decem filio patrem non reliquisse alimentorum nomine, ex eo apparet, quod præter annua decem, etiam ei alimenta ab uxore præberi voluit, atque mandavit usque ad annum ætatis ejus 25. quod etsi non mandasset, ut rectissime sensit Accurs. in *l. codicillis, sup. de annuis leg.* etiam non esset vero simile, testatorem a legatario annua reliquisse nomine alimentorum heredi suo omnium bonorum domino, sed potius in plures pensiones unum fideicommissum divisisse legatarii E exonerandi causa, quoniam gravior est unius summæ magnæ persolutio. Igitur multum interest annua legentur nomine alimentorum in gratiam legatarii; an non alimentorum nomine, sed ut prospiciatur heredi, ne urgeatur ad solutionem statim totius summæ fideicommisso comprehensæ, sed eam restituat per partes sive pensiones. Et sunt hic etiam adnotandæ aliæ differentiæ. Annua, quæ alimentorum nomine relinquuntur, misericordiæ causa relinquuntur, ut ait *l. qui bonis, ff. de cess. bon.* videlicet, ut consulatur legatario fortasse consumpturo statim, & abligurituro, si qua magna summa ei præstaretur, non minutatim per partes in dies vel menses, vel annos ei dispensarentur plura legata & sufficientia præbita, ut Columella vocat, sive demensa præbita:

bita: providentia teſtatoris hoc facit, cui legatarii mores incogniti non ſunt, quique alioquin integram ſummam repræſentari juſſiſſet. Annua vero, quæ alimentorum cauſa non relinquuntur, ſane ita relinquuntur gratia heredis, vel legatarii, a quo relinquuntur, ne ſemel urgeatur ad ſolutionem unius ſummæ, quæ curatu difficilis ſit, ſed diverſis penſionibus eam exſolvat, *d.l.12.h.tit.* in illo loco, *niſi forte evidens ſit voluntas teſtatoris, in annuas penſiones ideo dividentis, quoniam non legatario conſultum, ſed heredi proſpectum voluit, ne urgeretur ad ſolutionem;* puta, quum relinquuntur uſque ad diem certum, ut in ſpecie propoſita. Alimenta autem plerumque relinquuntur in perpetuum, id eſt, dum vivet alimentarius, ſed relinqui etiam poſſunt ad tempus, *l.cum autem, §.ſed etſi non fuerint, ſup.de tranſact.* & in multis aliis ll. titulorum *de ann.leg. & de alim. leg.* Præterea alimenta, quæ relicta ſunt, cum vita legatarii aut fideicommiſſarii finiuntur, nec in heredem ejus tranſmittuntur, quia perſonæ cohærent, ac proinde deficiente perſona, exſtinguuntur, ut Papinianus ait in extremo hujus legis, idque patet ex *d.l.cum hi, §. modus, de tranſact.l.in ſingulos, de ann. leg.* Mors alimentarii liberatio eſt ejus, a quo alimenta relicta ſunt. Et hac ratione quodammodo moriens alimentarius tot heredi legat annua, quot ab herede ei legata erant. Martial. locus 9. Epigram. ad Bithyn. inquit;

Nil tibi legavit Fabius, Bithynice, cui tu
Annua ſi memini millia ſena dabas.
Plus nulli dedit ille; queri, Bithynice, noli
Annua legavit millia ſena tibi.

Bithynicus dum captaret hereditatem Fabii, ei ſolebat annu mill ſena dare, quo poſtea moriente nihil ex teſtum:nto ejus conſecutus eſt, ſpe ſua fruſtratus, ſed tamen ille eum deridens ait; eum conſequutum eſſe morte Fabii annua millia ſena, quæ heredi ejus haudquaquam præſtare compelletur, neque debentur, etiamſi Fabio deberentur ex alieno teſtamento. Legatum autem vel fideicommiſſum, quod proponitur hoc loco ab uxore filio relictum, poſt patrem moriente filio, in heredem filii tranſmittitur, quoad præſtitutum tempus exierit, quo filius ſi viveret compleſſet juſtam ætatem, *l.20.hoc tit.* quia non alimentorum cauſa, annua 10. filio relicta ſunt; & ideo fideicommiſſum morte filii non extinguitur. Denique hoc fideicommiſſum eſt purum, nectitur alia differentia ex alia, hoc, inquam, fideicommiſſum, de quo agitur in hoc ultimo reſponſo, eſt purum, cujus dies cedit ex die mortis teſtatoris, ſolutio tantum confertur in tempus, ut in ſuperioribus duobus reſponſis, diviſa in plures penſiones annuas exonerandi legatarii gratia. Gloſſa obiter dixit; *heredis* pro *legatarii*, quoniam non ab herede, ſed a legatario annua filio relicta proponuntur. Annorum autem in alimenta relictorum primi anni purum eſt legatum ſive fideicommiſſum, cujus dies cedit ſtatim a morte teſtatoris, ſequentium annorum legatis hæc conditio ineſt, *ſi legatarius vivat*. Denique ſequentium annorum legata conditionalia ſunt; nam mortuo legatario ſequentium annorum annua heredi ejus non debentur, *l.4.ſup.de ann.leg.l.«.§. ſi in annos, ſup. ad l. Falcid.* Poſtremo fideicommiſſum, quo de agitur hoc loco, quo filio relicta ſunt annua decem, non poteſt peti initio cujuſque anni, ſed expectanda eſt collectio fructuum, expectandæ ſunt meſſes aut vindemia, quoniam id fideicommiſſum diviſis penſionibus pater præſtari juſſit ex fructibus bonorum uxori relictorum: ergo non ante peti poteſt, quam coacti ſint fructus atque percepti, quod & Papinianus notat diligenter hoc loco. At annua legata vel fideicommiſſa deſtinata alimentis, peti poſſunt initio cujuſque anni, *l.12.hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* Sed & ea annua, quæ non ſunt deſtinata alimentis, ut ex contrario hic locus argumentum præſtat, peti poſſunt initio cujuſque anni, ſi non ſit additum, ut ex fructibus præſtarentur. De legatis tantum tracto, non de ſtipulationibus, quibus annua ſtipulamur dari, vel annuam pecuniam; quoniam notiſſimum eſt hac in re, alio jure eſſe ſtipulationes, alio legata. Et rationem differentiæ fuſius expoſuimus in *l.16.de verb.oblig.* Illud non omittendum, quod Accurſius hoc loco negat, uxori relicto victu, & veſtitu, victum ei non deberi initio cujuſque anni, quod falſum eſſe coarguit *d.l.12.h.t.& l.1.C.eod.* quæ dicunt, alimenta, quæ utique verbo victus ſignificantur, peti poſſe initio cujuſque anni vel menſis, prout diſtribuenda ei alimenta cenſuerit judex, cum id maritus non expreſſerit, *l.ſi cui, de ann.leg.l.pen.de alimen.leg.* Et ita Albericus ſentit recte: *venter*, ut vulgo dicitur, *dilationem non patitur*. Quamobrem nec tempora judicati faciendi ſervantur in alimentis conſtituendis, *l. 2. inſ.de re judic.* Veſtiarium autem petet uxor, quum erit ei ex uſu & commodo ſuo: ut relictum in habitationem non petitur ſtatim præſenti die, ſed quo die eſt commodum ſolvi, quo ſcilicet die debetur penſio habitationis, *l.12.§.ſi in habitationem, hoc tit.*

Ad L.XLII. de Oper. libert.

Cerdonem ſervum meum manumitti volo, ita ut operas heredi promittat: non cogitur manumiſſus promittere, ſed & ſi promiſerit, in eum actio non dabitur, nam juri publico derogare non potuit, qui fideicommiſſariam libertatem dedit.

CErdo, ut opinor, non eſt artificii nomen, ut Gloſſa ſentit, non eſt ſutor veterarius, παλαιορέφος, ut Græci vocant, *veteramentarius*, *veterivallus*, ſed eſt proprium nomen ſervi, ut apud Apul. 2. Miles. *Credo quidam nomine, negotiator acceſſit.* Huic autem Cerdoni ſervo dominus ab herede extraneo reliquit fideicommiſſariam libertatem, *Ita*, hæc ſunt verba teſtatoris, *ut operas heredi promitteret*, quæ verba, *ita ut*, quod fuit mihi ſæpe uſui in multis caſibus, modum faciunt, non conditionem, ut & ex hoc loco patet, & ex *l.libertas, §. hæc ſcriptura, de man. teſtam. l. Titio centum, §.1.ſup.de condit. & demonſt.* Igitur ſervo confeſtim præſtanda eſt libertas ex cauſa fideicommiſſi, quod purum eſſe intelligitur, non conditionale, quod ſub modo eſſe intelligitur, non ſub conditione. Modus impletur poſt præſtationem legati, conditio impletur ante præſtationem legati: ſed quæritur, an poſt præſtitam libertatem manumiſſus cogatur operas heredi promittere, quemadmodum teſtator cavit? Et reſpondet, non cogi, quinimo promittentem heredi ſtipulanti non obligari, id eſt, ut Gloſſa ait rectiſſime, *promittere coactum*, quia ſi poſt manumiſſionem ultro donandi animo promiſerit operas, proculdubio obligatur, *l. Campanus, D.h.t.* Et recte etiam poſui, ab extraneo herede ſervo fuiſſe relictam fideicommiſſariam libertatem. Nam ſi ſit relicta a filio, filius manumiſſo ex cauſa fideicommiſſi, poteſt donum, munus, operas, quas nos appellamus, *jurees*, quod & ex jurejurando debeantur, non minus quam ex ſtipulatione, imponere: filius, inquam, manumiſſo ex cauſa fideicommiſſi poteſt donum, munus, operas imponere, hac ratione, quia & directo manumiſſo, & liberto orcino operas poſſet imponere quaſi patroni filius, *l.ſi filius, in pr.inf.de fideicom.liber.* Ratio autem hujus reſponſi hæc eſt, quia non potuit teſtator juri publico derogare, jubendo, ut manumiſſus ab herede ex cauſa fideicommiſſi heredi promitteret operas, vel juraret, *l.nemo poteſt, de leg.1.* Non poteſt facere teſtator, ne jus publicum locum habeat, *l.teſtandi, C. de teſtam.l.5.§.Julianus, de admin.tut.* Quintil. *declamat.* 373. *Potentius*, inquit, *eſt quod in albo legis, quam quod in teſtamento.* Jus autem publicum hoc loco vocat conſtitutiones Principum, quibus cavetur ceſſare perſecutionem, ſive petitionem operarum adverſus eos, qui ex fideicommiſſi cauſa manumiſſi ſunt, etiamſi eas coacti promiſerint, *l.7.§.reſcriptum, h.t.l.2.l.mater, C. eod. tit.l.qui ex cauſa, tit.ſeq.l.videndum, de leg.1.* nec mutat, quod is, qui manumiſit ex cauſa fideicommiſſi patronus eſt. Cur ergo, inquies, jure licito non imponet operas manumiſſo, vel munus, vel donum? Nempe, quia non gratuitam,

sed debitam libertatem præstitit, quia libertatem præstitit, quam non potuit non præstare, ut sit ea accepto ferenda potius defuncto, quam manumissori.

Ad L. L. de Manumissis testament.

Quod D. Marco pro libertatibus conservandis placuit, locum habet irrito testamento facto; si bona venitura sint, alioquin vacantibus fisco vindicatis, non habere constitutionem locum, aperte cavetur. Servos autem testamento manumissos, ut bona suscipiant, jure cautionem idoneam offerre, non minus quam ceteros defuncti libertos, aut extrarios declaravit, quod beneficium minoribus annis heredibus scriptis, auxilium bonis præstitutum more solito desiderantibus, non auferetur.

PErtinet hæc *l.* 50. ad genus illud succedenti in universa bona defuncti, quod introduxit constitutio D. Marci ad Popilium Rufum, de quo genere successionis est in *Instit. tit. de eo cui lib. cau. bon. add.* Et de eo similiter agitur in *l.* 2. 3. 4. *tit. seq. & l.* 6. *& l. ult. C. de manumiss. testam.* Si heres scriptus testamento, quo servis directæ libertates vel fideicommissariæ datæ sunt, nolit adire hereditatem ex testamento, nec repudiata causa testamenti ullus existat, qui ab intestato eam hereditatem adire velit, forte ob grande æs alienum, quo ea premitur hereditas, & creditores hereditarii in eo sint, ut defuncti nomine bona possideant, & auctionem eorum bonorum faciant sub hasta & præcone, quæ res si fieret, maxime læderet existimationem, memoriamque defuncti: ideo ne intercidant libertates, quæ sane ipso jure intercidunt destituto testamento & deserto ab herede scripto, ne lædatur existimatio defuncti, ejus nomine bonis a creditoribus distractis, ut inquam, conserventur libertates, simul atque existimatio defuncti, constitutio Divi Marci permittit iis, quibus libertates testamento datæ sunt, vel uni eorum, vel liberto testatoris, quem scilicet vivus manumiserit, vel etiam extraneo libero homini, ut a prætore vel præside postulet bona universa defuncti sibi addici libertatum tuendarum gratia, ne pereant, oblata & præstita satisdatione, vel alia cautione idonea, creditoribus hereditariis satisfactum iri, qua addictione bonorum impetrata, inhibetur auctio eorum bonorum, quia defensor idoneus existit, qui respondeat creditoribus, qui adsimilatur etiam bonorum possessori, *l.* 4. *§. is autem, tit. seq.* Et si forte non caverit creditoribus, etiam creditoribus perinde atque si eis cavisset, in eum dantur utiles actiones, quasi ex stipulatione tacita, *l.* 3. *tit. seq.* Et de hac re hoc loco Papinianus ita scribit, constitutioni D. Marci locum esse libertatum tuendarum gratia testamento, in quo datæ sunt, destituto ab herede, & irrito facto. *Si bona*, inquit, *venitura sint*: nisi exsistat aliquis cui ea addicantur, quasi heredi testamentario, aut bonorum possessori. Nam si bona venitura non sint a creditoribus, si non urgeant creditores hereditarii, si bona, puta, solvendo sint, si locuples & luculenta hereditas, atque adeo nemine herede exsistente ex testamento, vel ab intestato, ea bona fiscus vendicet, & agnoscat tanquam vacantia ex l. Julia, *l. quidam, §. quotiens, de leg.* 1. quæ dicitur lex Julia caducaria ab Ulpiano *libro sing. reg. tit. de bonor. possess.* tum vero cessat constitutio Divi Marci, id est, libertates servis non competunt, neque debentur. Et hoc est quod ait, *alioquin vacantibus bonis fisco vindicatis, non habere constitutionem locum*. Idque ait aperte, caveri ipsa constitutione. Et hoc idem probat etiam *lex* 4. *§. eadem, tit. seq.* sed indiget interpretatione, quoniam prima specie in *d. l.* 4. Ulpianus secum ipse pugnare videtur: namque primum ait, constitutioni locum esse, id est, competere libertates non tantum, si extraneus quilibet bona sibi addici postulet libertatum conservandarum gratia, ut a Divo Marco studiosus libertatum postulavit Popilius Rufus, ad quem ea constitutio Divi Marci dirigitur,

A quæ nusquam exstat alibi integra quam in Institutionibus: Innumeri sunt loci singulares in Institutionibus, quo libello juris neque pulchrior, neque facilior ullus est, nec dispositior; & præter illam constitutionem, cujus verba in Institutionibus integra referuntur, quæ non exstant alibi, etiam invenies in eo tit. esse singulare, quod ait, quandoque libertates dari mortis causa. Verum ad rem. Non tantum, ut cœpi dicere, constitutioni locum esse, si extraneus sibi addici postulet, sed etiam si quæ creditores possidere & distrahere concupiscunt, fiscus agnoscat. Post additur in *d. §. eadem*, quod videtur pugnare cum superiori dicto, alia ratione fisco agnoscente bona, id est, non instantibus creditoribus, non urgentibus aut opprimentibus creditoribus, paucis aut nullis existentibus creditoribus, constitutioni locum non B esse, id est, non competere libertates. Unde infert hoc modo. *Quare etsi caducis legibus bona delata sint, idem erit probandum*, ubi jampridem ostendi esse legendum: *quare etsi caducariis legibus*, id est, Julia & Papia, bona fisco delata sint, ut vacantia scilicet, probandum erit non esse constitutioni locum, id est, non competere libertates: & bona delata caducariis legibus, ut dixi, vocat bona vacantia, ut *d. l. quidem, §. quotiens, de legat.* 1. Bona vacantia sunt, quod notandum, quæ nec heredes, nec creditores ulli persequuntur. Popilium autem Rufum, ad quem scripta est constitutio hæc accipio pro extrario libero homine Philosopho studioso libertatum tuendarum, petente sibi addici bona propter libertates, non ut Theophilus, pro servo testamento manumisso, quia servi, binomines non erant, *ils n'avoient point deux noms*. Et quod C est in *l.* 6. *& l. ult. C. de testam. manumiss.* etiam extraneo postulante bona ei addici posse, libertatum conservandarum causa. Id ex hac *l.* 50. liquet manare ex constitutione ista divi Marci; qui etiam extrario fecerit potestatem petendi addictionem bonorum. Et in hanc rem est hæc lex singularis, quæ etiam fiscum utique admisit sine satisdatione, vel satisdatione. Fiscus nunquam satisdat, quia semper est locuples, *l.* 1. *§. si ad fiscum, sup. ut leg. nom. cav.* nec mirum, si constitutio etiam admiserit extraneum quemlibet, cum libertatum causa sit publica, *l. si quis rogatus, tit. sequ. l.* 4. *D. ne de statu def.* Additur in extremo hujus legis, *quod beneficium minoribus annis heredibus, scriptis, auxilium bonis præstitutum more solito desiderantibus, non auferetur*. Beneficium scilicet hujus constitutionis, hic est sensus, non aufertur iis, qui a domi- D no libertatem acceperunt, si heredes scripti minores 25. annis initio abstinuerint se bonis, deinde post factam addictionem bonorum, libertatesque servis conservatas, vel præstitas, restituti sint in integrum adeundorum bonorum, adeundæ hereditatis causa: neque enim servis ideo auferentur libertates, quæ semel competierunt, nec patroni, qui semel eorum effecti sunt, mutabuntur, ut *d. l.* 4. *§.* 1. quoniam adversus libertates non extenditur restitutio in integrum, *l.* 11. *§. ult. de minorib.* Et ait, *auxilium bonis præstitutum*, id est, auxilium generali edicto de minoribus præstitutum, & præfinitum minoribus, ut ad bona, quibus se inconsulto abstinuerunt, restituti in integrum, regressum habeant. Hæc vero est secunda interpretatio Accursii rectior, quam prima, quam tamen Græci sequuntur 48. Basil. ut scilicet e converso E minoribus heredibus scriptis initio hereditatem adeuntibus: deinde beneficio restitutionis abstinentibus se, post audiantur, qui bona sibi addici desiderant libertatum conservandarum gratia. Male: nam hoc frustra desideraturi sunt, quia libertates semel competierunt adita hereditate, ne eis restitutio in integrum quicquam officit heredibus restitutis abstinendi causa, *l.* 3. *C. de testam. manumiss.* Et hæc est vera interpretatio hujus legis.

Ad L. XXIII. de Fideicom. libert.

Fideicommissaria libertas prætextu compilatæ hereditatis, aut rationis gestæ non differtur.

Ini-

INitio legis hoc proponitur: Severus, cui per speciem fideicommissi libertas pure relicta est, dicitur expilasse hereditatem jacentem, vel rationes gessisse hereditarias jacente hereditate, & conturbasse. Quæritur, an ideo differenda sit præstatio libertatis, quoad purgatis rationibus, & maleficio, quod ei objicitur, absolutus fuerit. Denique quæritur, an suspensa cognitione maleficii sit ei repræsentanda libertas ex causa fideicommissi? Et ait, moram non esse faciendam eo prætextu puræ libertati, quod & Divus Marcus constituit, *l.si pure, inf.hoc tit.l.1. §.sed si fideicommissaria, si quis test.lib.esse juss.fuerit, l.pen.C.de crim.expil.hered.l.4.C. de testam. manumiss.* Neque obstat l. quam opponit Accurs. *l.5.C.de leg.* cum qua consentit *l.48.sup.ad Trebell.* quæ dicunt, non habere legatarium petitionem rerum legatarum, quas furatus est. Primum respondeo, hoc verum esse, si legatarius postquam furti damnatus est eas res petat, quas ante subripuerat, frustra enim petit, non si suspenso crimine furti, nec dum facto, sive peracto eas res petat, arg. *l. pen. D. de accusat.* Deinde ex eo, quod illis ll. continetur, male infertur, non recte peti fideicommissariam libertatem ab eo, qui res aut rationes hereditarias intervertit. Id enim non intervertit, quod petit.

Ad §. Fideicommissariam.

Fideicommissariam libertatem ab herede non præstitam, cogendus est heredis heres, qui restituit ex Trebelliano Senatusconsulto hereditatem, præstare, si ejus personam eligat, qui manumittendus est.

HEres, a quo relicta est servo libertas per fideicommissum, vel heres ejus, heres heredis, si hereditatem alii restituerit ex SC. Treb. quæritur, an cogitur eum servum manumittere, translata jam hereditate in fideicommissarium Trebellianum? Sic videtur Papinia. ut heres etiam post restitutam hereditatem, aut heres heredis cogatur eum servum manumittere, videlicet, si servus ab eo manumitti malit, quam a fideicommissario Trebelliano, quia is servus fideicommisso hereditatis non continetur, *l.apud Julian.sup.h.t.* quæ lex recte ait idem servari in persona fideicommissarii Trebelliani, quod in persona emptoris. Nam si eum servum quis ab herede emerit, si hoc malit servus, cogitur eum heres, idemque venditor redimere & manumittere, *l.15. sup.hoc tit.l.generaliter, §.ult.h.t.l.Titius, de act. empt.* Hoc relinquitur in arbitrio servi, ut eligat, quem volet manumissorem, quoniam sæpe interest manumitti potius ab uno quam ab alio, pro varietate morum, quibus manumissores præditi sunt, vel etiam pro ætate, quoniam interest manumitti potius a sene, cui non diu edat operas officiales libertatis causa, quam a juvene, *d.l.15.*

Ad §. Servum.

Servum peculii castrensis, quem pater fideicommissi verbis a legitimis heredibus filiis liberari voluit, filium militem, vel qui militavit, si patris heres existit, manumittere cogendum respondi, quoniam proprium manumisisse defunctus post donationem in filium collatam existimavit: portionem enim a fratre domino fratrem eundemque coheredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum, nec ob eundem errorem cetera, quæ pater in militia profecturo filio donavit, fratri qui mansit in potestate conferenda; cum peculium castrense filius etiam inter legitimos heredes præcipuum retineat.

NEmo ambigit in castrensi peculio filiifam. numerari, quod filio in militiam profecturo pater donavit, *l.castrense, inf.de castr.pec.* Donatio inter patrem & filiumfam. regulariter quidem non valet, sed si fiat in causam peculii castrensis omnino valet, quia filius in castrensi peculio pro patrefamil. habetur, *l.2.sup.ad SC. Maced.* Nunc finge, filiofamil. proficiscenti in militiam, arma, equos, ornamenta, & multa alia patrem donasse, & inter cetera etiam servum calonem, sive caculam, *un goviat*, & ei servo codicillis reliquisse fideicommissariam libertatem a duobus filiis, quos habuit tanquam legitimis heredibus ab intestato, uno milite aut veterano, id est, militia jam functo & emerito, altero pagano. Quæritur, an si uterque filius patri heres exstiterit ab intestato, an ab utroque libertas fideicommissaria peti possit? Et respondet, a filio tantum milite peti posse, cui is servus a patre donatus est in castrensi peculio. Nec obstat, quod pater eum servum a filiis, ut posuimus, manumitti jussit, quia error in eo fuit patris, qui eum servum in dominio suo mansisse perperam existimavit post donationem collatam in filium, id est, qui existimavit eam donationem non valere, quæ valet optimo jure, quum fit in causam castrensis peculii. Et hoc errore falsus quasi proprio servo pater a filiis legitimis heredibus reliquit fideicommissariam libertatem, quam a filio servi domino tantum relinquere potuit, quia alter filius in eo servo nihil juris habet. Itaque is solus, qui servi dominus est, servum manumittere cogitur, nec propter errorem patris, ac si servus patris proprius fuisset, qui non fuit: & proinde communis utriusque filii jure hereditario, ut eum manumittat filius miles, aut veteranus, non cogitur redimere portionem fratris, qui ejus servi castrensis nulla ex parte dominus est, quia non fuit communis servus fratrum; sed filii militis aut veterani proprius in solidum. Verum quod hoc loco tradidit Papinianus, emendanda sunt Papiniani verba, dum ait: *Portionem enim a fratre domino fratrem, eundemque coheredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum.* Illud enim, *domino*, glossema est. Dominus enim fuit servi, qui redimere portionem a fratre non cogitur, non is a quo redimere non cogitur, quem tamen si addas, *domino*, facis dominum. Itaque perspicuum est illud, *domino*, irrepsisse in contextum, & ait, *citra damnum voluntatis*, ut damnum conditionis, *l. Imperator, sup.ad Treb.* hoc sensu, quod valde notandum est, quod non cogatur frater dominus servi a fratre portionem redimere, ut eum manumittat, secutus errorem patris potius quam veritatem, non ideo fieri contra voluntatem patris, id est, hoc fieri citra damnum voluntatis paternæ, quia non intelligitur voluisse, qui erravit in jure, *l.si per errorem, de jurisd.l.116. §.ult.de reg. jur.* Qua de causa ut subjicit, nec is error patris efficit, qui servum donatum filio ex causa castrensi putat proprium suum esse, non filii, cui donavit proprium in solidum, uti est. Is, inquam, error non efficit, ut filius ille non habeat eum servum, ceteraque omnia bona castrensia, quæ pater ei donavit, præcipuum ab intestato: Is, inquam, error non efficit, ut ea bona conferat fratri pagano: imo sibi retinebit propria in solidum, ut *l.1.§. nec castrense, de collat.bon.l.54.ad Trebell. l.cum duobus, §. idem Papin.pro soc.* Nec obstat, quod dicitur, errorem testatoris facere jus, *l.3. in fi. sup.de supell. leg.* quoniam hoc dicitur de errore facti, quo non læditur jus publicum, ut in exemplo ibi proposito, si vasa argentea, quæ sunt in supellectili, rationibus testator referat in argento, non in supellectili, propter errorem testatoris, legato argento, ea vasa continebuntur, quia error, id est, voluntas illa testatoris, errantis scilicet, pro jure est: error hic est index voluntatis non injustæ, aut juri publico adversæ: At hic est error juris maxime adversus juri publico, ut manserit servus proprius, quem donavit ex causa castrensi, & ut conferatur fratri a fratre, utque habeatur pro communi inter fratres, qui errores sunt stultissimi. Etiam illud adnotandum, irrepsisse mendum aliquod illo loco: *Qui mansit in potestate*, quo significatur, paganum mansisse in potestate, & ex contrario igitur fratrem militem fuisse solutum potestate, quod est falsum, alioquin non esset legitimus heres, sicut proponitur hoc loco. Ac præterea non fuisse eum emancipatum, nequaquam proponitur, nec potest dici, militia solvi pa-

patriam poteſtatem, *l.filiusfam.de ritu nupt.l.7.C.de pat. poteſt.§.filiusfam.Inſtit.quib.mod.jus pat.poteſt.amit.* Quinimo neceſſario ponendum eſt, etiam militem manſiſſe in poteſtate, ut etiamſi in poteſtate, in eo jus iſtud ſingulare obſervemus, ut ſit ei caſtrenſe peculium proprium patrimonium, quod habiturus eſt præcipuum mortuo patre, nec collaturus fratri. Igitur mendum hoc quoque loco dum ait, *Qui manſit in poteſtate*, aliquod irrepſit, & videtur eſſe legendum, *Qui manſit in paganis*, ut loqui alii auctores ſolent, eſſe in puerilibus annis, in ſenioribus, noviſſimis. Et etiam in *l.7. de reg.jur.* jus noſtrum non patitur eundem hominem in paganis, id eſt, qui ſit in paganis, non in militibus. Atque ita expoſuimus tria reſponſa hujus legis.

Ad §. etiam fideicommiſſaria.

Etiam fideicommiſſaria libertas a filio poſt certam ætatem ejus data, ſi ad eam puer non pervenit, ab herede filii præſtituta die reddetur. Quam ſententiam jure ſingulari receptam ad cetera fideicommiſſa relicta porrigi non placuit.

QUod ad §. penult.attinet, in eo proponitur, patrem a filio impubere codicillis factis ab inteſtato ſervo libertatem fideicommiſſariam reliquiſſe. Pono filium fuiſſe impuberem, quia Papin. eum puerum vocat illo loco, *ſi ad eam puer non pervenit*. Et hoc ſane multum facit ad §.ultimum, qui ſimul cum iſto explicandus eſt: A filio igitur impubere reliquiſſe fideicommiſſariam libertatem his verbis, *illum ſervum cum filius meus ad 14. annum ætatis pervenerit, manumitti volo*. Hæc verba in ſe conditionem continent, *ſi filius effectus fuerit annorum* 14. Et tamen mortuo filio intra pubertatem, intra eam ætatem nondum facto annorum 14.placet heredem ejus filii ſervo debere præſtare libertatem ex cauſa fideicommiſſi præſtituta die. *Præſtituta die*, id eſt, qua die eam ætatem filius attigiſſet, ſi vixiſſet, quod ait fuiſſe receptum jure ſingulari, hoc eſt favore libertatis, ut in *l.10. C.eod. tit.l.ſi ita ſcriptum, ſup.de manum.teſt.l.19.D.de ſtatulib.* favore libertatis conditio defecta pro impleta habetur. Defecta enim conditio eſt, qua qui mortuus eſt intra annum 14. ſane non intelligitur eſſe annorum 14. aut fuiſſe, *l.ſi Titio, ſup.quando dies leg.ced.* Sed pro impleta habetur favore libertatis, impleto tempore quo, ſi vixiſſet filius, ſervo ea libertas debita, & præſtita fuiſſet, ut e contrario favore piæ cauſæ, conditio impleta nonnunquam habetur pro defecta in Novella 23. quod expoſui hoc ipſo libro in *l.cum avus, ſup.de cond.& dem.* Multa contra juris rigorem, contra communes regulas juris pro libertatibus benigne recepta ſunt, inſtituto a majoribus favore libertatum *l.generaliter, §.ſi quis ſervo, h.t.l.in bello, §.manumittendo, inf.de capt.& poſtl.rev. l.pœnales, in fin.ſup.ad l.Falcid.§.ult.Inſtit.de don.* Philoſophia amplectente libertatem, ut eleganter ait *lex pen. C.de iis quibus, ut indig.* Philoſophia ſcilicet Stoica, in qua verſantur omnes Juriſconſulti noſtri, & cujus verbum hoc eſt apud Diog.Laertium φαύλη ἡ δεσποτεία. *C'eſt mavvaiſe choſe que d'avoir un maiſtre*. Idem vero non ſervatur in fideicommiſſo pecuniario, quod in libertate, eidem ſervo relicto ſub eadem conditione: quum filius erit annorum 14. nam filio mortuo intra pubertatem, fideicommiſſum exſtinguitur, quaſi defecta conditione. Libertas quidem & fideicommiſſum ſimul relicta ſunt eidem ſervo, & ſub eadem conditione, ſed libertatis conditio pro impleta habetur, fideicommiſſi pro defecta. Quæ eſt ſententia §.*p.n.* cui nihil obſtat *lex Firmio, §.1. ſup.quando dies leg.ced. vel l.pen.C.eod. tit.* Quoniam, ut oſtendi in *d. l.Firmio*, id purum fuit non conditionale fideicommiſſum: Eodem vero modo ſi adſcripta ſit libertati & fideicommiſſo pecuniario hæc conditio, *ſi heredi decem dederit, cum eidem ſervo relinqueretur libertas ſimul, & legatum, vel fideicommiſſum ſub conditione, ſi heredi decem dederit, ſervus non dederit heredi, ſed heredi heredis*, quantum ad libertatem attinet, conditio pro impleta habetur: quantum ad fideicommiſſum pecuniarium, pro defecta: eſt ſimilis ratio & cauſa *l.ſub diverſis, §.ult.l.cum ita, in fin. ſup.de condit.& demonſt.*

Ad §. Ult.

Servum a filio poſt quinque annos, ſi eo tempore mercedem diurnam filio præſtitiſſet manumitti voluit: biennio proximo vagatus non præſtiterat, conditione defectus videbatur, ſi tamen heres filius, aut tutores ejus miniſterium ſervi per biennium elegiſſent, eam rem ex præterito, quod per heredem ſtetiſſet, impedimento reſiduæ conditioni non eſſe conſtitit.

IN ſpecie quoque §. *ult. hujus l.* conditio defecta pro impleta habetur, ſed hoc intereſt, quod in §.*pen.*pro impleta habetur jure ſingulari, in ultimo, jure communi. Quo argumento, quia ſive libertati, ſive fideicommiſſo, aut legato adſcripta ſit conditio, ſemper habetur pro impleta. In ſpecie §.ultimi, puta, cum per heredem, in cujus perſona conditio ſit, ſtat aut mora fit quo minus impleatur, communis hæc eſt regula juris, *l. in jure, de reg.jur.* quod jus commune vocat Papin. in *l.cum pupillus, in princ.ſup.de condit. & demonſt.* ad differentiam ſcil.juris ſingularis, de quo dixit in §. *pen. h. l.* nam hic ſane §.*ult.* omnino conjungendus eſt cum initio *d.l.cum pupillus*. Hoc loco ait, *filius aut tutores*, & illo quoque loco ait, *pupillus aut tutor*. Et rurſus cum illa in *l.cum pupillus* ait, *Tam legati, quam libertatis conditionem impletam videri*, niſi ad differentiam ejus, quod propoſuit in §.*pen.* non ut libertatis, ita legati conditionem impletam videri. Denique jus ſingulare proponitur in §. *ult.*coaptato cum *l.l.cum pupillus*, jus commune. Et cohæret etiam hic §. *ult.* cum *pen.* cum uterque eſt de filio impubere, & ex conjunctione utriuſque exoritur, & emergit illa differentia inter jus ſingulare, & jus commune: & ea quoque convenientia in eo, quod utroque jure conditio defecta habetur pro impleta, jure ſingulari favore libertatis: jure communi culpa pupilli vel tutoris, in cujus perſonam conditio collata fuit. Et utraque ſpecies §. *pen. & ult.* eſt de pupillo, propterea quod conditio confertur in majorem ætatem heredis, adultam puta, vel juſtam. Unde apparet ex §.*ult.*in *d. l.cum pupillus*, proprie ita eſſe ponendam ſpeciem. Pater a filio impubere poſt quinquennium, ſervum manumitti, & legatum certum ac fideicommiſſum ei præſtari voluit ſub conditione, *ſi tempore toto quinquennii is ſervus filio diurnam mercedem præſtiterit, ex ſua induſtria & locatione operarum, ex ſuo quæſtu diurno*. Servus triennio diurnam penſionem ſive mercedem filio præſtitit, biennio autem proximo feriatus & vagatus, inquit, per orbem terrarum, filio nihil intulit: ſane conditio libertatis defeciſſe intelligitur, & perempta igitur ſpes fideicommiſſariæ libertatis, hoc eſt extra omnem controverſiam: At ſi ſervus feriatus & vagatus non ſit, ſed per biennium filius vel tutor, per biennium illud filius vel tutor ejus miniſterium ſervi elegerit, & diurnæ penſitationi prætulerit, conditio tam libertatis, quam legati, aut fideicommiſſi pro impleta habetur, quia per filium aut tutorem, quod idem eſt, in cujus perſonam collata conditio fuit, ſtetit, quominus conditio impleretur. Jure ergo communi pro impleta habetur, non jure ſingulari, quia non tantum libertas, ſed etiam legatum ſervo deberi Papinianus ait: in fine hujus legis, ait, eam rem, quod biennio proximo ſervus filio miniſterium præbuerit, non diurnam mercedem, miniſterium præoptante filio vel tutore, quam mercedem ex præterito tempore, ex triennio ſcilicet, quo ſervus conditioni paruit, non eſſe impedimento reſiduæ conditioni, id eſt, eam rem non efficere, ut minus videatur ſervus paruiſſe conditioni biennio reſiduo, quia per filium ſtetit, quo minus, & eo biennio pareret conditioni. Hoc eſt maxime notandum.

Ad leg. XXXV. de Statulib.

Non videbitur per ftatuliberum non ftare, quo minus conditio libertatis exfiftat, fi de peculio, quod apud venditorem fervus habuit, pecuniam conditionis offerre non poffit: ad alienum enim peculium voluntas defuncti porrigi non potuit. Idem erit etfi cum peculio fervus venierit, & venditor fide rupta peculium retinuerit: quanquam enim ex empto fit actio, tamen apud emptorem peculium fervus non habuit.

SEntentia *leg.* 35. *de ftatulib.* pertinet ad hanc quæftionem vel fpeciem: Servo directe libertas data eft fub conditione, *fi heredi decem dederit*. Inter omnes conftat, & proditum eft in jure locis innumeris poffe ftatuliberum, id eft, cui directo data libertas eft, fub conditione dandi decem, dare ea 10. de peculio, fi quod habuit apud teftatorem a teftatore conceffum conditionis implendæ caufa, *l.* 3. §. 1. *h. t. l.* 3. §. *ult. fup. de cond. cau. data*. Et hoc quidem eft benigne receptum & probatum jurifperitis omnibus, ut ftatuliber ex eo peculio dando quafi ex fuo patrimonio fuave pecunia perveniat ad libertatem, conjectura facta voluntatis domini, quafi voluerit dominus, ut & poffet ea 10. dare ex peculio fuo tacite, *l.* 17. *h. t. l. in bello*, §. *fi ftatuliber, de capt. & poftl. rev.* At finge, nunc fervum non apud teftatorem habuiffe ullum peculium, fed habere cœpiffe apud heredem, ei conftitutum ab herede, & heredem ftatuliberum vendidiffe, quod poteft, *l.* 25. *h. t.* vendidiffe autem fine peculio, ftatuliber conditionem libertatis implere poteft in perfona emptoris, dando emptori 10. quod eft ex XII. tab. *l.* 29. *h. t.* & apud Ulpianum *lib. reg. tit. de ftatuliber.* At quæro, an eam conditionem poffit fervus implere fumpta pecunia, fumptis 10. ex peculio, quod habuit apud heredem eundemque venditorem. Et certum eft, non poffe fervum implere conditionem ex aliena pecunia. Peculium autem illud alienum eft, quia id fervus non habuit apud teftatorem, fed apud heredem habere cœpit, fine quo ftatuliberum heres vendidit. *Ad alienum peculium*, inquit Papinianus, id eft, quod alius ftatulibero conftituit, non teftator, voluntas defuncti non porrigitur: quod receptum eft ex tacita voluntate defuncti, ut ftatuliber dando de peculio, expleat conditionem libertatis. Id pertinet tantum ad peculium, quod habuit apud teftatorem, non quod habuit apud heredem eundemque venditorem: vel etiam pertinet ad id, quod nunc habet apud emptorem. An igitur fervus, quod ex peculio heredis dare non poffit, qui id fibi excepit in vendendo fervo: an videbitur per eum non ftare, quo minus conditio libertatis exiftat, id eft, an conditio habebitur pro impleta, & ftatim liber erit? Et refpondet, non videri per ftatuliberum non ftare, fic eft Florentiæ fcriptum rectiffime: & male adnotarunt, qui Pandectas illas exprimi curaverunt, fecundam negationem abundare: rectiffime enim, ut fcriptum eft hoc modo: *non videbitur per ftatuliberum non ftare*, id eft, ftat per ftatuliberum, quo minus conditio libertatis exiftat, quia etfi non poffit dare ex peculio heredis, dare aliunde poteft, aliunde pecuniam corradere poteft, qua data conditionem libertatis expleat. Et hæc eft fententia Pap. cui prima fpecie plurimum adverfatur *l.* 3. §. *fi quis fervum*, *h. t.* Servus juffus eft dare decem & liber effe: eum heres vendidit fine peculio; non erit ftatim atque venditus eft, liber quafi prohibetur dare de peculio, hoc ipfo quod fine peculio venditus fit, fed tunc liber erit, quafi conditione habita pro impleta, cum ab herede prohibebitur peculium tangere. At Papin. negat, eum liberum fore, quod peculium non poffit attingere, quod primum cœpit habere apud heredem, & apud teftatorem nunquam habuit. Sed ut perfpicue refpondeam abolita Gloffa, in §. *fi quis fervum*, agitur de peculio, quod habuit apud teftatorem, ex quo implere conditionem poteft; & fi prohibeatur ab herede, conditio merito pro impleta habetur, & ftatim liber exiftit: & in hunc locum hoc ita recte animadvertit Benedictus Plumbinus, qui proprie affectavit fcribere in hoc titulos de libertatib. folus: nec abs re, quoniam funt utiles, & conducunt maxime omnib. partibus juris noftri, ut plane fit ftultus, qui non & eis quoque titulis vult dare operam. At in §. *fi quis fervum*, ut dixi, agitur de peculio, quod apud teftatorem fervus habuit, ex quo fi prohibeatur ab herede, ne 10. fumat conditionis implendæ caufa, conditio habetur pro impleta, non ftatim hoc folo, quod fervum vendidit fine peculio. In hac autem l. Pap. tractat de peculio, quod non apud teftatorem fervus habuit, fed apud heredem, ex quo non poteft fumere quicquam implendæ conditionis caufa, cum non teftatoris, fed alius, id eft, heredis peculium fit. Et addit Papinianus, idem effe dicendum, fi heres fervum vendiderit cum peculio, quod apud eum fervus habuit, non apud teftatorem, fed fide contractus rupta emptori non tradiderit, quo nomine tenetur emptori actione ex empto nomine doli mali, quod fidem ruperit, quod & peculium vendiderit, nec tradere velit: actio ex empto eft bonæ fidei, dolus malus vindicatur actione bonæ fidei, fides rupta vindicatur actione bonæ fidei, ut *l.* 1. *C. de dolo*: actione mandati, de qua eam legem effe accipiendam probat obfervatio tertia, & actione depofiti, *l. ei apud quem*, *depof.* Et ideo fervus, tametfi ex peculio, quod apud heredem habuit, non apud teftatorem, dare non poffit decem, & implere conditionem, quod necdum habet etiam apud emptorem, quia etfi emptor actionem habeat ex empto ad peculium, ut fibi tradatur, quod veniit cum fervo; non tamen videtur habere peculium. Et in hoc cafu vitiatur regula *l.* 15. *de reg. jur.* quæ dicit, eum videri rem habere, qui actionem habet ad rem recuperandam, ut *l. fi quis de vi, de adq. poff.* quoniam aliud eft in peculio, quod ut intelligatur effe peculium, exigit naturalem five corporalem traditionem, *l. nec ftatim, de pecul.* Servus, inquam, non ideo, quod non poffit dare de illo peculio, quod habuit apud heredem, necdum habuit apud emptorem, dicere non poteft, per fe non ftare, quo minus conditio libertatis exiftat, fed per heredem, qui peculium detinet mala fide, atque ideo fe pro libero habendum effe, quafi conditione impleta. Denique nihil intereffe, vendiderit heres fervum fine peculio, an cum peculio, fed fide rupta peculium retinuerit, nec tradiderit emptori, utroque cafu per ftatuliberum ftare videri, quo minus conditio exiftat, quamvis non poffit eam implere ex peculio heredis. Valde notandum eft, quod ait Papinianus, *voluntas defuncti*. Quæ verba palam faciunt fententiam vulgo receptam, ut ftatuliber de peculio, quod apud teftatorem habuit, conditionem implere poffit, effe fubnixam voluntate defuncti tacita, nec ejus fententiæ aliam effe rationem. Ad alienum, inquit, peculium voluntas defuncti non porrigitur, qui fcilicet voluiffe intelligitur, ut fervus conditionem impleret de peculio, quod apud fe habuit ex conceffu fuo, atque permiffu: quod etiam *lex* 17. *hujus tit.* oftendit, dum ait, id concedi ftatulibero fine injuria dominorum, id eft, citra damnum voluntatis dominorum.

Ad L. pen. Qui fine manu. ad liber. perv.

Mancipia mater filiæ donaverat, ut filia curaret ea poft mortem fuam effe libera, cum donationis legi non effet obtemperatum, ex fententia conftitutionis D. Marci libertates obtingere matre confentiente refpondi: quod fi ante filiam mater vita deceffit, omnimodo.

IN hac lege Mater filiæ donavit inter vivos fervos aliquot ea lege & conditione, ut eos filia poft mortem fuam manumitteret, vel quemadmodum proponit Papinianus, *ut curaret filia poft mortem fuam eos effe liberos*, puta teftamento vel codicillis data eis vel relicta liber-

bertate: verbum, *curaret*, non facit fideicommissum, non fidem implorat, sed diligentiam aliquam tantum. Idque habuimus in *leg. Firmio*, §. 1. *sup. quand. dies leg. ced.* Quod quidem fideicommissum, nec potuisset relinqui a donatario inter vivos, *l. cum quis*, §. *pater*, *de leg.* 3. Itaque hæc verba: *ut filia curaret ea post mortem suam mancipia donata, esse libera*, legem efficiunt donationi, & imponunt donationi conditionem sive modum potius, non fideicommissum constituunt. Quæritur autem, an filia mortua servus non relicta libertate, servi ipso jure ad libertatem perducantur sine manumissione? Quod frustra in quæstionem deduceretur, si constaret ea lege donatos cessante donatario, & vita decedente, non manumissis servis, servos fieri ipso jure liberos ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus sæpe fit mentio in libris nostris. Si igitur constaret ex ea constitutione servos donatos ea lege, cessante donatario ipso jure eripi ad libertatem, frustra quæreretur in hac lege, an sint ipso jure liberi. Sed ea constitutio, ut jam pridem ostendi, pertinet tantum ad servos venditos ea lege, ut ab emptore manumittantur, qui cessante emptore, ipsa constitutione, ipso jure ad libertatem eripiuntur sine manumissione, *l. Paulus*, §. 1. *inf. de lib. caus.* nihilominus emptorem patronum habent, perinde atque si ab eo manumissi fuissent. Quod pene est incredibile, ut qui non manumisit, sit patronus: & ex ea constitutione tamen ita est, *l.* 3. *hoc tit. l. sed si ac lege, in princ. sup. de in jus voc. l.* 3. §. 1. *de suis & legit. hered.* non pertinebat autem ea constitutio ad servos donatos ea lege. De venditis tantum loquebatur, ut patet ex *d. l. Paulus*, §. 1. non de donatis ea lege, ut manumitterentur a donatario. Itaque non pertinebat constitutio proprie ad donatos, idque intelligere licet ex eo, quod Scævola respondit in *l. qui Romæ*, §. *Flavius*, *de verbor. obligat.* qui quidem Scævola vixit ætate eorum Imperatorum Marci & Commodi, & in servis donatis exigit omnimodo manumissionem donatarii, quasi constitutio eorundem Imperatorum, quod & verum est, & non pertineret ad donatos, sed ad venditos tantum. Sed postea Papin. qui postea possedit palmam Jurisprudentiæ, quem etiam constat, multa adinvenisse nova, & mirum in modum amplificasse jus civile, a Papiniano, inquam, ea constitutio porrecta est hoc loco, etiam ad servos donatos ea lege, non ex verbis quidem constitutionis, sed ut ait, ex sententia constitutionis, quod & donati ea lege eundem mereantur favorem consequendæ libertatis cessante donatario. Neque dicat quisquam ipsum sibi Papin. refragari ex *l. servus ea lege, in fine*, quam objicit Accursius, *sup. de serv. export.* qui tamen secum ipse pugnare videretur, si in ea lege ita legeretur: *Quod si ut manumitteretur*, ut legit Glossa: Sed Florentinæ Pandectæ non sic habent, non habent, *Quod si ut manumitteretur*, sed, *quod ne si pœnæ causa exportaretur*. Quod autem Papinianus constitutionem Marci & Commodi porrexit etiam ad servos ea lege donatos, id etiam postea Imperator Alexander comprobavit in *l.* 1. *C. si manc. ita fuer. alien.* Quin etiam interpretatione prudentum postea porrecta est ea constitutio ad casum pecuniæ datæ pro capite, & quasi pro pretio servi, ut a domino manumitteretur: nam & hic non manumittente domino, qui pretium servi accepit, meretur eundem favorem consequendæ libertatis ipso jure ex sententia, non ex verbis constitutionis, *d. l. Paulus*, §. 1. *l.* 4. *C. si manc. ita fuerit alien.* Denique ad hos etiam duos casus porrecta constitutio est, nec tamen eam nobis licet porrigere ad alios casus sine lege, sine auctoritate, ut sane constat eam nondum esse porrectam ad negotium do, ut facias, do tibi pecuniam non quasi pretium servi, sed do tibi pecuniam, ut servum manumittas, an te cessante fiet liber? minime *l. naturalis*, §. *at cum do*, *de præscrip. verb.* non porrigitur etiam ad servum legatum ut manumitteretur, *l. si fundum sub condit.* §. *Stichum*, *de leg.* 1. Verum hoc admisso etiam ad donatos inter vivos eandem l. constitutionem Marci &

A Commodi porrigi, quod, ut dixi, initio non obtinuit, sed invaluit auctore Papiniano, qui id introduxit, consequens est in specie proposita, si filia supervixerit matri, deinde vita decesserit servis sibi a matre donatis non manumissis, omnimodo eos fieri liberos, id est, etiam invitis heredibus matris, aut filiæ, quorum voluntas non est exquirenda. Sin autem mater supervixerit filiæ, sed ita demum ex constitutione fieri liberos, si mater non mutarit voluntatem: nam venditor vel donator, qui hanc legem dixit venditioni aut donationi, ut venditi aut donati servi manumitterentur intra certum tempus, potest acta pœnitentia jubere; ne manumittantur, forte emergente causa, quæ servos faciat indignos libertate. Itaque cum mater, quæ donavit servos, supervixit filiæ; quæ legem donationis non implevit, non protinus servi fiunt liberi, sed ita demum, si mater perseveret in eadem voluntate, *l.* 3. *hoc tit. l.* 3. *sup. de serv. export. l.* 1. *l. ult. C. si manc. ita fuerit alien.* Neque obstat lex prima hujus tituli: si mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertatem competere, quoniam, ut primo loco notavit Accursius, & sequuntur Græci interpretes, loquitur quidem l. 1. de venditore, qui mutavit voluntatem, & porrigi potest ad donatorem: sed de venditore, qui mutavit voluntatem, & postea decessit sine ullo herede, qui objicere possit, venditorem aut donatorem mutasse voluntatem, & sibi injuriam fieri, si eripiantur servi ad libertatem: nam hoc casu nullo existente herede venditoris aut donatoris, servo libertas competit ex constitutione, quia potest competere sine injuria cujusquam.

Ad L. XXXV. de Liber. Causa.

Servos ad templi custodiam, quod ædificari Titia voluit, destinatos, neque manumissos heredes esse constitit.

Titia herede instituto templum ædificari jussit, & ad custodiam ejus templi servos aliquot suos deputavit, ut in *l. servos*, *sup. de alimen. leg.* & in quibusdam antiquis inscriptionibus legitur, nec eos servos manumisit: voluit igitur ut servi manerent. Quæstionis est cujus servi maneant, heredis ne Titiæ an templi, sive Dei, cujus templum est vel erit, quum ædificatum erit, quasi scilicet templo legati sint, qui ei custodiendo destinati sunt? Et prudenter Papinianus respondit, eos servos esse heredis, non templi, quia nec consecrati sint templo, nec dedicati, nec legati. Denique non possunt manumitti nisi ab herede: legati aut consecrati proculdubio ejus Dei servi essent, cujus templum foret, ut Martialis Larini, & in Sicilia, *ministri Veneris Ericynæ*, apud Marcum Tullium in Cluentiana, & in divinatione in Quint. Cæcilium, de Agonide quadam in servitutem adjudicata Veneri. Nihil est præterea in hac leg. Sequitur *l.* 82. *de regul. jur.*

Ad L. LXXXII. de Regul. Jur.

Ex hoc loco est restituenda inscriptio, *l. donari*, *de donation.* In qua repetitur hæc regula, sed male attribuitur *lib.* 19. Ergo ita restituatur ex hoc loco, quod sequentia probabunt manifestius, ut sit ex nono, non ex decimo, & *l. quidam*, *eodem tit.* quæ sequitur *l. donari*, separata, a *l. donari*, ut in Basilicis, & in vulgaribus editionibus, non ut perperam in Florentinis, commista cum *l. donari*, ut sit ex libro decimo. Denique, ut lex *donari* sit ex nono, & quæ sequitur *lex quidem*, *ex decimo*: ac deinde, quæ interposita una valde pusilla subsequitur, *lex donationes*, sit ex duodecimo Responsorum: nam semper Tribonianus in digerendis responsis, servavit ordinem librorum. Fateor autem propriam speciem hujus regulæ esse sumendam ex *lege Cerdonem*, quam non ita dudum exposuimus, *sup. de oper. liber.* conjuncta *l. Campanus*, *eod. tit.* In lege *Cerdonem* Papinianus ait, servum ab herede manumissum ex causa fideicommissi

missi non cogi operas heredi promittere, etiamsi id jusserit testator, & promittere coactum ex stipulatione non teneri, ergo neque cogitur ex testamento, neque ex contractu: non cogitur, inquam, hæc sunt verba *l. Cerdonem*, sed ut Campanus ait in *d. l. Campanus*, cujus Jurisconsulti fit etiam mentio in *l.invitus*, §.1.*de fideicom. libert.* si servus, cum sciret se operas recusare posse, obligari se passus sit consulta opera, non est inhibenda operarum petitio, quia, inquit, donasse videtur, ut in hac regula ait, *donari videtur*. Quod & subjecisse Papinianum responso legis *Cerdonem* hic locus indicat, qui est ex eodem libro, quo Papinianus ait, *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur*. Donasse scilicet videtur servus ex causa fideicommissi manumissus, operas suas heredi, qui cum nullo jure cogeretur, nec ex voluntate defuncti, nec ex stipulatione, quæ interposita est, operas heredi præstare, ultro eas ei concessit, atque promisit. Et addatur quod ex eodem libro Papiniani refertur in *l.si cui legatum, de condit.& demonstrat.*

Ad L. si cui LXXXXII. de Cond. & Dem. eo loco. Papin. quoque.

Papinianum quoque libro nono Responsorum scribere referebam, non esse cogendum emancipare filios suos.

LEgatarium rogatum emancipare filios suos, agnito & accepto legato non cogi eos emancipare: non cogi, scilicet jure ordinario, vel secundum vulgarem formulam juris, id est, jure directo, ut ait lex *filius famil.§.secundum, sup. de leg.*1. quæ verba, *secundum vulgarem formulam juris*, quidam male applicant §. præcedenti, cum sit initium sequentis; Et secundum vulgarem formulam juris, id est, jure ordinario, legatarius non cogitur filios suos emancipare, quia patria potestas est inæstimabilis, est enim res sancta. Cogi tamen potest, ut ait *l.si cui legatum*, jure extraordinario, id est, auctoritate Principis, ut eadem lex declarat. Et ideo si ultro pater eos emancipaverit, nihil eis donare videtur, quia donari id tantum videtur, quod nullo jure cogente conceditur, & cogi hic potuit aliquo jure, puta, extraordinario. Unde in hac regula, *nullo jure*, sic accipio, neque ordinario, neque extraordinario, neque naturali, neque civili, neque ex contractu, neque ex testamento. Et hic est finis hujus libri.

JACOBI CUJACII J.C.
COMMENTARIUS
In Lib. X. Responsorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VIII. De Pactis.

Majorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit, quod si æquales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum præferendus est: in numero autem pari creditorum, auctoritatem ejus sequetur prætor, qui dignitate inter eos præcellit: sin autem omnia undique in unam qualitatem concurrant, humanior sententia a prætore eligenda est: hoc enim ex Divi Marci rescripto colligi potest.

SOLENT heredes scripti vel legitimi, qui se nolunt implicare negotiis hereditariis, nec temere sibi delatam hereditatem adire, forte pluribus creditoribus defœneratam: solent, inquam, priusquam hereditatem adeant, creditoribus hereditariis coactis in unum, cum eis agere & tractare, si se velint hereditatem adire, ut habeant cum quo reperiantur, & qua parte debiti contenti esse velint, facta gratia residuæ partis, & de qua convenerit, de ea cum eis pacisci, transigere, decidere, atque ita adire hereditatem. Exempli gratia: pacisci de dimidia parte tantum solvenda, & non solvenda altera dimidia, post aditam hereditatem, ut in *l.qui habebat*, §.1.*ff.de manum.testam.* puta, ut cui debentur centum, ei solvantur 50. tantum: cui mille, 500.tantum: quam pactionem etiam fieri cum sectore, sive emptore bonorum, creditoribus bona debitoris proscribentibus, & distrahentibus sub hasta & præcone, adhibito etiam quæstore Theophilus noster scribit in *tit.de success.sub.quæ fieb.per bon.possess.* & probatur *l.Imperator, inf.hoc tit.* Necesse autem est, eam pactionem fieri communi consensu omnium creditorum, & omnibus præsentibus, vel si forte dissentiant, aliis contentis dimidia parte debiti, aliis desiderantibus dimidiam & sextam, aliis dimidiam & tertiam. Olim quidem sibi quisque creditor rem gerebat, sibique paciscebatur cum herede debitoris suo arbitratu, nec alterius pactio sive consensio alteri nocebat. Sed hodie ex constitutione Divi Marci, de qua agitur hoc loco, quum inter se dissentiunt creditores in hac re, in modo pactionis, decretum interponit prætor vel præses, quo statuit, majoris partis creditorum sententiam atque consensum ceteris esse sequendum, & ut ferant omnes ab herede portionem, quam statuerit major pars creditorum: residuæ partis gratiam faciant, ut in *l.prox.§.ult.sup.l.si præcedente*, §.1.*inf.mand.* Majorem autem partem creditorum Papin. ex constitutione D. Marci, definit hoc loco, non numero personarum, sed pondere & cumulo debiti: ut si sint decem creditores hereditarii, & quatuor ex iis longe plus debeatur, quam reliquis sex, illorum quatuor sententia prævalet & prædominatur, atque adeo, si sint parati cum herede decidere dimidia parte debiti, & dimidia quoque ceteri contenti esse debent. Quam rationem etiam Justinianus censet esse sequendam in *l.ult.C.qui bon.ced.poss.* quum non bene convenit inter creditores, an debitori concedant dilationem quinquennii quam postulat, an magis admittant concessionem bonorum quam offert. Nam & hanc quæstionem dirimit major pars creditorum, quæ valeat pondere & quantitate debiti, non numero, quoniam ejus partis magis interest, vel quoniam res, qua de agitur, magis ad eam partem creditorum pertinet, magisque eorum interest pactionem justam fieri aliquam cum herede. Cajus quoque eodem exemplo majorem partem heredum, qui adierunt hereditatem, quibus res a defuncto deposita, restituenda est, accipit, æstimat, metitur non ex numero personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum, *l.si plures, in pr. ff. depos.* Dico qui adierunt, nam in ea l. hæc verba, *si major pars adierit*, non sunt accipienda secundum Glossam hoc modo, *si major pars heredum repetierit depositum*, sed si adierit hereditatem. Huic majori parti, quæ adiit, restituendum esse depositum, non expectatis ceteris heredibus, ut recte est in Basilic. scriptum, ἐὰν κατὰ τὸ πλεῖον μέρος ὑπεισέλθῃ, &c. *si*, inquiunt, *major pars adierit hereditatem* depositoris. Numero autem Papinian. non aliter æstimat majorem creditorum partem ex mente constitutionis D. Marci, quam si creditores omnes sint partes in summa debiti, in quantitate, cumulo debiti, vincit quantitas debiti numerum, sed si non sit alia major pars vincit numerus. Quod quidem ita verum est, si disparis numeri diversæ sententiæ fuerint: nam si sententiæ diversæ sint partis numeri, ut si ex 10. quinque declarent esse contentos dimidia parte debiti, quinque desiderent dimidiam & sextam, *s'ils sont partis*, ut loquimur, ea sententia superior est, eamque in decernendo prætor sequetur, in qua fuerint creditores dignitate excellentiores, id est, quoniam in eo verbo hæret Accursius, *dignitate*, id est, honestate, ut Cicero definit, & cultu, & honore, & verecundia digna auctoritate. Sin autem, ut ait, omnia undique in unam æqualitatem concurrant, si & numero personarum, & quantitate debiti, & dignitate omnes creditores pares sint, tum ait, humaniorem sententiam prætori eligendam esse: puta, ejus partis creditorum, quæ debiti parte minore contenta est: prætoris

est

A est humaniorem sententiam sequi & eligere: sicut & imperiale & regium esse dicitur, humaniorem sententiam sequi in *l.ult.in fin.C.de comm. servo manum.* Etiam simili modo in judiciis privatis, vel publicis jure nostro, ubi par est sententiarum numerus, ea sententia prævalet, quæ reum absolvit vel allevat, *il n'y a point de partage*: quoniam ea sententia prævalet, quæ pro reo facit, *l. inter pares, de re judic, l.si pars, de inoff.testam.l.si præses, de pœn.* Exceptis judiciis liberalibus, in quibus prævalet sententia, quæ pro libertate facit ex l. Petronia, & constitutione D. Pii, *l.lege, de manumiss. & d. l. inter pares.* Alias ea sententia potior est, non quæ pro actore, sed quæ pro reo facit. Inde vero legimus sæpe in auctoribus nostris, *reos absolutos paribus sententiis*: qui mos fuit & Latinorum & Græcorum. Euripides in Electra: *Lex*, B inquit, *est, vincere semper reum paribus sententiis*, & in Iphigenia in Tauris: *vincere reum, qui accepit sententias pares pro se.* Et favorabilior est reus, quam actor, quod dixi paulo ante: etiam hujusmodi pactiones a creditoribus fieri bona debitorum distrahentibus ex *l. Imperator, hoc tit.* & ex Theoph. nostro. Ad id etiam pertinet *l. 1. de privi.cred.* vel ut Florentiæ *l. cum bona, de reb.auct.jud. poss.* quæ vult in distractione, sive auctione bonorum debitorum, si plures existant, qui velint esse bonorum emptores, & quasi successores debitorum, ut eis & in eos competant omnes actiones, pactione prius habita cum creditoribus solvendæ tantum certæ partis, præferri extraneo & cognato creditorem, cujus res agitur, si quis ex multis creditoribus bona emerit, & in se recipere velit onus solvendi æris alieni ceteris creditoribus pro parte, de qua convenerint: creditor ad li- C citationem admittitur, *l.2.C. si in causa jud. pig. cap. sit*, & potior est cognato debitoris, quia rem suam persequitur. Extraneo autem parato emere bona, & pacisci cum creditoribus, potior est cognatus debitoris, si idoneus sit, & eo, quod convenerit solvendo, non impar. Et hoc est quod ait *l.Imperator, hoc.tit.* Si creditores parati sint partem ex bonis licet ab extraneo, bonorum emptore scilicet consequi, si parati sint pacisci de certa parte debiti, residua remissa & condonata, rationem habendam prius necessariarum personarum, id est, cognatis potius vendenda esse bona quam extraneo, si idonei sint cognati, id est, si sint solvendo, si habeant unde solvant partem debiti, qua creditores profitentur se fore contentos. D Quod si ex creditoribus plures sint, qui ea bona emere velint, inter creditores, *d.l.cum bona*, ait, in emptione bonorum præferri eum, cui major pecunia debetur, quia scilicet ejus interest magis: sicut hoc loco, in dicendis sententiis, quota parte cum herede ante aditam hereditatem creditores decidere debeant, ut eum impellant ad adeundum, dicitur eorum sententiam prævalere, quibus major pecunia debetur: & hic est sensus *d. legis cum bona*, quam Accursius assequutus nullo modo est. Denique tota ea *l.cum bona*, est de bonorum emptoribus, qui auctionantur bona debitoris, quæ creditores venditioni exposuerunt & proscripserunt uter utri præferatur, si plures sint parati bona a creditoribus emere, quæ distrahunt sub pactione certa, & ut Basilica habent illo loco, tota est περὶ προτιμήσεως εἰς τὸ ἀγοράσαι, E id est, de prælatione in emendis bonis debitoris, quæ veniunt sub hasta: varium & multiplex est jus προτιμήσεως, quod habet quis in emendis bonis debitoris, quæ a creditore distrahuntur, de quo in *d.l. cum bona.* Item quod habet dominus in emendo jure emphyteutico, id emphyteuticario volente vendere, de quo in *l. 3. de jure emphyt.* quod item habet agnatus vel dominus in emendo feudo, de quo in libris feudorum: quod habet item vicanus convicano volente fundum vendere: nam convicanus extraneo præfertur in emendo fundo, de quo jure προτιμήσεως est in *lib. 11. C. tit. non licere habitatoribus metrocomiæ, μητροκωμίας*, id est, *magni vici, &c.* Et postremo jus προτιμήσεως, quod habet in venditione & distractione pignorum antiquior creditor, de quo est titulus, *qui pot. in pign. hab.*

Ad L. XXXIII. de Neg. Gog.

Heres viri defuncti, uxorem, quæ res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatæ hereditatis postulare non debet: prudentius itaque faciet, si ad exhibendum, & negotiorum gestorum; si negotia quoque viri gessit, cum ea fuerit expertus.

IN hac l. ostenditur, crimine expilatæ hereditatis ab herede non posse accusari uxorem defuncti, quæ constante matrimonio res viri scilicet omnes in sua potestate, & in sua manu habuit atque administravit, ut hodie habent pleræque dominæ malo more, quæ vivo marito res mariti in sua potestate habent, post mortem B ejus non potest rea postulari expilatæ hereditatis, quod etiam ostendit *l.pen.ff. de crim.expil.hered. & l.4.C.eod.tit.l. quamvis, C.de furt.* Et ratio hæc est, quia nec compilare videtur uxor vel furari, si attrectat, quod vivus maritus in ejus potestate posuerit. Verum earum rerum nomine, ut subjicit in hac lege, heres potest agere cum uxore defuncti ad exhibendum. Prudentius, inquit, fecerit, si omisso crimine expilatæ hereditatis, egerit ad exhibendum, & exhibitas res vindicaverit: vel etiam, quod addi potest, si egerit petitione hereditatis, cum res uxor possidet pro herede vel pro possessore: vel, ut ait; si egerit heres cum ea uxore negotiorum gestorum, cum ea gessit negotia omnia viri, viro dedito ignaviæ: & ait, prudentius fecerit, si egerit his actionibus omissa actione, sive accusatione expilatæ heredita- C tis, si elegerit aptam actionem, & negotio, quo de agitur, competentem. Inepta actio frustra instituitur, & efficit sæpe, ut bona causa amittatur, *l. fidejussor, hoc tit.l.1.ff.si mens.fals.mod.dix.* Et tamen inepta actio, quæ semel instituta est, non consumit aptam & congruam actionem, quod notandum est, *l.cum indebitum, de condict.indeb.* & maluit etiam Papinian. dicere, *compilatæ*, sive, *concipilatæ hereditatis*, cum hoc loco, tum in *l.23. in pr. de fideic. libert.* quod alii omnes dicunt expilatæ.

Ad L. LVII. Mandati.

Mandatum distrahendorum servorum, defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit, quoniam tamen D *heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. Sed venalitiarium ex provincia reversum Publiciana actione non utiliter acturum: cum exceptio justi dominii causa cognita detur: neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.*

AD hanc l. præmittam, quod & ipse Papinian. præmisit, morte mandatoris sive domini, qui sui causa quid alteri negotii mandavit, vel morte mandatarii, sive procuratoris mandatum dissolvi, mandatum intercidere, *l.inter, in pr. & l.seq.§.morte, sup. hoc tit.* Morte, inquam, naturali vel etiam civili, id est, capitis deminutione, *argum. l.cum quis, in prin.de solut. & l. post litem,* E *sup.de procur.* quæ modo mors contigerit re integra, id est, negotio nondum inchoato: nam post negotium inchoatum mors hujus vel illius non solvit mandatum. Symmachus 1. Epistol. *venerabilis*, inquit, *Juliani sanctio stare procuratorum jussit officia causarum dominis viventibus inchoata.* Et ea constitutio Juliani est in *l.nulla, C. de procur.* Eodem vero modo dicimus etiam jussum re integra extingui morte ejus qui jussit, *l. si per epistolam, ff.de adquir.hered.* & si legitimus tutor alii tutelam in jure cessit, & moriatur, vel capite minuatur, cessitiam etiam tutelam extingui, ex Ulp. *lib.reg.tit.de tut.* Hoc præmisso, veniamus ad speciem hujus legis. Species est de venalitiario quodam, id est, de mangone, & quasi mercatore servorum venalium, quos solet emere ut vendat, non ut sibi habeat, qui & venalitius dicitur

tur a M. Tullio, & Suet. Tranq. atque etiam ut Græcis σωματέμπορος, in *l. ult. ff. de ædil. edic.* illo loco: *ex venalitio novitiorum emptum*, id est, a mangone emptum servum novitium; cum tamen propius sit, ea verba, *ex venalitio*, sic accipere de lapide, vel de pergula mangonis, de loco, non de homine, ut apud Petronium: *Erat*, inquit, *venalitium titulis pictum*. Denique de venalitiario species hæc est. Quidam venalitiarius Roma profecturus in provinciam novitiorum coemendorum causa L. Titio mandavit ut servos, quos Romæ relinquebat suo nomine venderet, quos quidem mango errans existimabat esse suos, qui eos emerat a non domino bona fide, nec dum usuceperat: sic est ponenda species, ut inferius demonstrabitur. Luc. Titius mandatarius mortuus est antequam servos vendidisset, & antequam magno ex provincia reverteretur; heres autem L. Titii servos vendidit, lapsus errore juris, ut ait, id est, mandatum morte L. Titii existimans non esse finitum: heres igitur L. Titii servos bona fide vendidit, & tradidit bonæ fidei emptori, non animo furandi, alioquin essent furtivi, & plane non possent usucapi, quos tamen subinfert fuisse usucaptos postea ab emptore: verum heres L. Titii illos vendidit animo exequendi mandati, quod putabat non esse extinctum, quod, ut ait eleganter, defunctus suæ curæ fecerat, quod defunctus susceperat. Per traditionem eorum mancipiorum heres L. Titii dominium non transtulit in emptorem, quia finito mandato morte mandatarii, jus vendendi servos heres non habuit. Verum fac, eorum servorum dominium postea emptorem adquisiisse per usucapionem possidendo legitimo tempore; Quæritur, an reversus mango ex provincia recte agat cum emptore, qui servos usu suos fecit, Publiciana in rem actione, quæ solet dari bonæ fidei possessori amissa possessione, ejus rei vindicandæ causa, quam ante possedit bona fide, nec dum usucepit? Quid est Publiciana actio? utilis rei vindicatio, quæ tanquam domino datur ei, qui rem bona fide possedit, nec dum usucepit, amissa possessione, adversus extraneum, non dominum, ad quem possessio pervenit, & aliquando adversus dominum, inventa & proposita in edicto, ut est in *Instit. tit. de action.* a Publicio Prætore, id est, a Quinto Publicio, quem Prætorem Urbanum fuisse cum M. Junio ex Cluentiana intelligimus. Videtur autem in specie proposita, mangonem adversus emptorem, qui servos usucepit, non utiliter agere Publiciana actione, quia emptor usucapione servorum dominium adquisivit, quod ipse mango non habet: & ideo agentem mangonem actione Publiciana excludere potest opposita exceptione justi dominii, *l. pen. & ult. sup. de Publ. in rem. act.* Regulariter actio Publiciana non datur adversus justum dominium: usucapione justum dominium adquiritur, quod legitimum dominium vocat Varro, *2. de re rustica, cap. 10. In emptionibus*, *inquit*, *dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit: si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit, cui cedere potuit, & id ubi oportuit, aut si usucepit: aut si e præda sub corona emit: tumve cum in bonis sectioneve, cujus publice venit*. Denique justus & verus dominus potior est fictitio, qualis est mango, qui servos bona quidem fide emit, & possedit a non domino, sed nondum usucepit. Non abs re posuimus, mangonem non fuisse verum dominum servorum, sed bonæ fidei possessorem, & possessionem amisisse venditis servis ab herede mandatarii, antequam usucapionem implesset: alioquin hic frustra tractaretur de Publiciana actione. Non posuimus mangonem sive venalitiarium fuisse verum dominum, quia dominus ab emptore usucaptis servis dominium amisisset, & actionem in rem directam bonæ fidei possessor, qui est fictitius dominus, & cui datur actio fictitia, quasi usuceperit, quod non usucepit, nempe Publiciana actio, nec servis ab emptore usucaptis eam actionem amittit: plus potest fictio juris quam veritas. Et Papin. quoque hoc loco concludit, mangonem ex provincia reversum contra emptorem: qui servos usucepit, Publiciana actione utiliter acturum, sic est legendum, *utiliter acturum* sine negatione, ut in Basil. καλῶς κινεῖ τὴν πουβλικιανήν, vel *non inutiliter acturum*: non ut Florentiæ perperam, *non utiliter acturum*. Quod & sequentia verba perspicue evincunt: ait enim mox Papinianus, mangonem utiliter agere Publiciana, quia nec ei obstat exceptio justi dominii, quod quæsivit emptor, quippe quia ea exceptio non datur passim & temere, quocunque casu agente non domino adversus dominum, non certe in casu legis *culpa*, *sup. de rei vindic.* non in casu legis *si is cujus*, *sup. ex quib. cau. major.* non in casu legis, *& generaliter*, *de noxal. actionib.* non in casu *l. 2. de except.* non in casu *l. si quis rem*, *de except. rei judic.* non etiam in proposito casu; quia exceptio justi dominii datur non temere, ut dixi, sed causa cognita & bene perpensa, id est, ita demum, si justa causa subsit dandæ ejus exceptionis, quæ nulla subest in casu proposito. Imo in casu proposito nulla est causa repellendi mangonem data exceptione justi dominii, cum non debeat ei, qui certi hominis fidem elegit in distrahendis servis, puta L. Titii error nocere, vel imperitia heredum, inscitia heredis L. Titii; *cum non oporteat*, inquit, *mangonem, qui certi hominis, puta L. Titii fidem elegit, ut eos servos venderet, ob errorem & imperitiam heredis L. Titii affici damno*. Itaque si mangoni agenti Publiciana emptor, qui servorum dominium adquisivit usucapione, opponit exceptionem justi dominii, ea exceptio a mangone submoveri poterit, opposita replicatione in factum, vel doli mali, quod non sit æquum, sibi stultitiam officere heredis mandatarii, cujus solius fidem elegerat in exequendo mandato.

Ad L. I. in Quib. Caus. Pign.

Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos ministravit.

IN hac lege ostenditur ex Senatusconsulto, sive oratione Divi Marci, quæ elicuit Senatusconsultum, domum, quæ corruerat aut exusta fuerat, restituta pecunia creditoris, creditori tacite pignori esse obligatam, qui eam pecuniam domino areæ numeravit ad domum restituendam, vel qui domino mandante redemptori subministravit, Redemptori, id est, ἀρχιτέκτονι, vel ei, qui domum restituendam conduxit, τῷ ἐργολάβῳ, ut est in Basil. Eidem creditori eodem Senatusconsulto datur privilegium in actione personali. Privilegium exactionis, *qu'il soit le premier payè*, ut *l. ventri*, *§. 1. de priv. cred. vel de rebus auct. judic. possid. l. creditor*, *ff. de reb. cred.* Puto etiam eodem Senatusconsulto datam tacitam hypothecam ei, qui cessante domino domum alienam restituit & restauravit, quoniam & huic invenio ex oratione Divi Marci dari privilegium exactionis inter creditores chirographarios, *l. cum duobus*, *§. idem respondit*, *sup. pro socio*. At quæret aliquis, an etiam detur tacita hypotheca ei, cujus pecunia domus, quæ vitium faciebat, refecta est? Et dicam, non dari tacitam hypothecam ei, qui credidit ad domum reficiendam, non restituendam, sed hoc tantum ei dari, ut si de pignore vel hypotheca convenerit nominatim, in ea præferatur etiam antiquioribus creditoribus hypothecariis, aut chirographariis, vel jure expressæ hypothecæ, quam nullam chirographarii habent. Facimus igitur differentiam inter restituere domum, & reficere, ut in *l. 58. & l. 61. de legat, 1.* Plus sane multo est restituere, quam reficere: & perperam Bartolus hoc loco restitutionem interpretatur refectionem. Rursus quæret aliquis, an is, cujus pecunia domus empta est, habeat in ea domo tacitam hypothecam? Et hunc quoque negabo habere

taci-

tacitam hypothecam, & dicam tantum habere expressam, de qua convenerit specialiter, vel generaliter, *l. 17. C. de pigno. l. licet, C. qui pot. in pign. hab.* Et quod ante dixi de eo, cujus pecunia domus refecta est, forte non probavi. Id patet ex *l. interdum, qui pot. in pign. hab.* Ei, cujus pecunia domus refecta est comparo eum, cujus pecunia domus empta est, quia neuter habet tacitam hypothecam, & necesse est, ut sibi caveat pignus vel hypothecam, si velit, quia a lege non habet tacitam: neque tamen id etiam probes ex eo, quod legitur in *argum. Mostellar. Comœd. Argentum*, inquit, *mutuum acceptum dicit pignus emptis ædibus*: quoniam pignus ibi accipitur pro arrabone, non pro hypotheca. Ceterum si is, cujus pecunia domus comparata est, expressim sibi caverit hypothecam, exemplo ejus, cujus pecunia domus refecta est, in ea hypotheca præfertur antiquioribus, *d. l. licet, d. l. interdum, & Novel. 97.* Excipiendus tamen est pupillus, quod favor ejus ætatis expressit: nam si pupilli pecunia res comparata est, in ea re pupillus habet tacitam hypothecam ex constitutione Severi & Antonini, *l. 3. inf. de reb. eorum, qui sub tut. vel cur. l. pen. C. de servo pign. dato man.*

Ad L. LXVII. de evict.

Emptori post evictionem servi, quem dominus abduxit, venditor eundem servum post tempus offerendo, quo minus præstet, quod emptoris interest, non recte defenditur.

PRoponitur in hac l. servum venditum, a non domino, dominum emptori jure, judicioque evicisse & abduxisse: non evicit rem, qui vicit, nisi & abduxit rem vel abstulit, *l. evicto, §. 1. l. habere, l. si pro ea re, §. ult. h. t.* Plus est evincere quam vincere: sicut plus est emigrare quam migrare. Marc. Tullius de jure dicundo: *domo ejus emigrat, atque ab eo exit; nam jam ante migraverat*, plus est eradicitus quam radicitus. Plautus in Mostel. *omnia ergo malefacta vestra reperi non radicitus quidem hercle, verum etiam eradicitus*. Post abductum autem emptori servum a domino, quæritur, an venditor, qui evictionis nomine tenetur emptori ex empto in id, quod interest, an liberetur si post aliquod tempus, si post evictionem transacto aliquo tempore, offerat eundem emptori agenti ex empto, redemptum forte a domino, vel qua alia ratione quæsitum? Et ait Papinian. quod venditor servum venditum evictum offerat emptori, non ideo liberari venditorem, nec defendi recte, nisi etiam præter servum offerat quanti interest emptoris, eum sibi servum evictum non esse, eumve sibi interim habere non licuisse: quæ est sententia hujus responsi. Neque huic responso quicquam obstat *l. fidejussor, de doli except.* quam opponit Accursius, cujus Glossam omnem esse abolendam, sequentia demonstrabunt, quoniam ea *l. fidejussor* suffragatur potius huic responso atque consonat: namque ait fidejussorem evictionis nomine condemnatum pro venditore: venditor est primus auctor: fidejussor secundus auctor, & neuter potest defugere auctoritatem emptore agente de evictione; fidejussorem, inquam, evictionis ait non liberari, si prædium evictum offerat emptori, & omnia, quæ jure empti continentur, nisi & pro damnis satisfaciat emptori: quid aliud est, quam nisi emptori pro eo quod interest, satisfaciat? Id, quod interest, est damnum datum, vel lucrum interceptum: atque ita plane ea lex congruit cum hoc responso: dices, fidejussorem etiam offerre id, quod interest in specie *leg. fidejussor.* Quoniam, ut ait, offert omnia, quæ jure empti continentur. *Omnia*, est verbum peremptorium, ut Valentinianus ait: imo dicam, hæc verba, *omnia quæ jure empti continentur*, non complecti quantum interest prædium evictum non esse, sed complecti ea quæ dicuntur, *cetera venditionis*, ut solent dicere nostri auctores, *cetera litis, cetera cognitionis, l. magis, §. si pupillus, de reb. eor. qui sub tut. l. si duo §. si quis juraverit, de jurejur.* quæ dicuntur etiam reliqua, quæ per consequentias emptionis propria sunt, *l. 5. de action. empt.* puta, ut rei venditæ vacuam possessionem tradat, ut caveat de evictione, de sanitate, de noxiis, ut purget se de dolo malo, *d. §. si quis juraverit, l. 1. de rer. permut.* Et illis verbis, *omnia non contineri etiam quod interest* propter evictionem, finis legis demonstrat, qui exigit, & fidejussorem pro damnis emptori satisfacere, quæ scilicet attulit evictio, id est, pro eo, quod interest, quod non obtulit. Magis videtur huic responso obstare *l. si vero, §. ult. solut. matrim.* quæ maritum, qui negotia gerens mulieris, vel invita muliere manumisit servum dotalem, quem quidem maritum eo nomine constat etiam manente matrimonio lege Julia obligatum esse mulieri condictione ex l. Julia, ut æstimationem mulieri præstet hereditatis liberti, id est, servi dotalis manumissi, quæ scilicet ad eum quasi ad patronum pervenerit. Maritum, inquam, liberari ait, si non æstimationem præstet hereditatis mulieri, sed res ipsas hereditarias offerat, & tradere mulieri malit. Et hoc benigne admitti, ut liberetur tradendo res ipsas, cui ex verbis legis Juliæ tenetur tradere æstimationem rerum. Cur ergo & in specie proposita hoc non benigne admittimus, ut offerendo servum evictum venditor liberetur judicio empti venditi? Et summa ratio hoc exigit: nimirum, quia in damno versatur emptor, cui etiam non offertur quod interest, id est, damnum quod fecit servo evicto, ob amissas servi operas, vel mercedes, vel adquisitiones: nec ulla hac in re est differentia, quod quidem Glossa notat inter actionem ex stipulatione duplæ interposita evictionis nomine, quæ semel commissa non perimitur, nisi solutione duplæ, *l. habere, in fine, hoc tit.* & actionem ex empto ob evictionem, in quantum emptoris interest, quæ etiam semel nata, non denascitur vel intercidit, nisi solutione & præstatione damni, quod evictio attulit emptori. At in dicta *l. si vero, §. ult.* nullo damno afficitur mulier, cui maritus præstat res ipsas hereditarias, quæ ad eum pervenerunt ex bonis liberti, id est, nihil amplius mulieris interest, & satisfit ei in solidum: eademque ratio est legis *si fundus, §. si pluris, de pignor.* Si debitor conventus actione hypothecaria noluerit creditori pignus restituere, & ideo damnatus sit præstare litis æstimationem creditori, quanti creditor jurasset in litem; subtili jure ex lege duodecim Tabul. scilicet *tit. de reb. judic.* propter auctoritatem rei judicatæ debet præstare integram litis æstimationem, quam creditor juratus fecit, forte immensam, & æstimavit ac probavit judex, si quidem velit liberari hypotheca. Verum humanius est, ut ait, dicere hypotheca liberari, hypotheca exonerari, etiamsi non offerat quanti lis æstimata est; quod plerumque est immensum, & pœnæ vicem obtinet, sed offerat id omne, quod revera creditori debet, id est, sortem & usuras, quia hoc præstito, & solutis sumptibus litis, qui semper victori restituuntur, revera nihil amplius creditoris interest, nihil præterea damni superest, quod creditor facere videri possit: & in æstimatione ejus quod interest spectamus veritatem, non quantitatem comprehensam jurejurando in litem, quæ plerumque superat justam æstimationem: spectamus utilitatem, id est, quod vere interest, non pœnam, *l. 4. §. in eum, de dam. infec.* Et æstimatio jurisjurandi in litem quasi pœnaria est, quia excedit veram æstimationem.

Ad L. LXXXVI. de Adquir. hered.

Eum bonis se miscere convenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videtur. Et ideo filius, qui tanquam ex bonis matris, ejus, cujus hereditatem suscepit, agrum ad hereditatem patris pertinentem, ut maternum ignorans possedit, abstinendi consilium, quod in bonis patris tenuit, amisisse non videtur.

NEmo est, qui nesciat, suos heredes proprie vocari, qui ipso jure statim post mortem parentis heredes exi-

exiſtunt, eoſque etiam invitos & ignorantes non adire hereditatem, quam amplecti cupiunt, nec pro herede gerere, ſed miſcere ſe, vel immiſcere ſe bonis quaſi rei ſuæ: extraneos autem heredes non exiſtere ſtatim, ſed fieri adeundo, vel pro herede gerendo. Adire vel pro herede gerere, eſt adquirere hereditatem, immiſcere ſe, eſt jam adquiſita uti: Adeo, vel pro herede gero tanquam, qui non fuerim ante dominus. Immiſceo me tanquam qui fuerim ante dominus. Denique quod in extraneo eſt pro herede geſtio, id in ſuo herede eſt immiſtio, *l. & ſi quis*, *§. plerique*, *ſup. de religioſ.* Verum quibus modis extraneus intelligitur ſe pro herede geſſiſſe, vel non geſſiſſe, iiſdem etiam ſuus heres intelligitur miſcuiſſe ſe, aut non miſcuiſſe. Et hoc eſt, quod ait initio hujus legis, *eum bonis patris ſe miſcuiſſe convenit*, id eſt, conſtitit inter omnes juriſperitos, *qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videtur*: familiæ vinculum vocat patriam poteſtatem. Sui non ſunt, niſi qui eo vinculo in familia devincti ſunt, remoto familiæ vinculo: emancipatione, vel alio modo legitimo ſui heredes fiunt extranei. Hoc igitur ait, quo modo emancipatus filius videretur pro herede gerere, eodem ſuus videbitur miſcere ſe bonis patris, vel hereditati paternæ. Atqui filius emancipatus, vel heres extraneus non videtur ſe pro herede gerere, qui utitur re hereditaria, quaſi non hereditaria: ſicut e diverſo videtur ſe pro herede gerere, qui utitur re non hereditaria per errorem, quaſi hereditaria, *l. ſi quis extraneus*, *§. 1. ſup. & l. ſeq. infra*. Ergo & ſuus heres non videtur ſe bonis immiſcere, qui utitur re hereditaria, quaſi non hereditaria, veluti re paterna, quaſi materna. Fac, filium ſuum cepiſſe conſilium abſtinendi ſe bonis paternis, non etiam maternis, & ignorantem fundum paternum poſſediſſe tanquam maternum, non videtur mutaſſe conſilium abſtinendi ſe bonis paternis, non videtur miſcuiſſe ſe bonis paternis: nihil nocet error ei, qui exiſtimavit maternum eſſe, quod erat paternum, *l. cum falſa*, *C. de jur. & fac. ign.* Notandum tamen eſt, aliquo caſu filium videri ſe immiſcuiſſe bonis paternis, quo tamen extraneus non videtur ſe pro herede geſſiſſe, ut ſi ſervum paternum filius manumiſerit, videtur ſe miſcuiſſe, *l. Julianus*, *§. ſi ſervum*, *hoc tit.* Si vero extraneus ſervum defuncti nondum agnita hereditate manumiſerit, atque ita nullo jure manumiſerit; qui nondum heres effectus erat, non videtur ſe pro herede geſſiſſe, *l. 1. C. de jur. deliber.* Facilius videtur miſcere ſe, qui ipſo jure heres exiſtit, quam pro herede gerere ſe, qui ipſo jure heres non exiſtit. Ad ſummam, res eo redit, ut non quemadmodum iiſdem modis, quibus extraneus ſe pro herede gerere videtur, etiam ſuus videatur miſcere ſe: quod proponitur initio hujus legis, non ita etiam quomodo omnis ſuus miſcere ſe intelligitur, & extraneus pro herede geret.

Ad §. Pupillis.

Pupillis quos placuit oneribus hereditariis eſſe liberandos, confuſas actiones reſtitui oportet.

Sententia hæc eſt: Pupillus poſt aditam hereditatem extranei liberatur oneribus hereditariis, ſi conſilium amiſerit retinendæ hereditatis: & liberatur pupillus quantum exiſtimo ipſo jure, mutata voluntate, ex edicto Prætoris, ſicut poſt immixtionem hereditatis paternæ mutato conſilio ipſo jure liberatur, etiam non petita reſtitutione in integrum, *l. impuberibus*, *l. neceſſariis*, *ſup. hoc tit.* At poſt aditionem pupillo liberato oneribus hereditariis, æquum eſt, ut ait, reſtitui actiones aditione confuſas & extinctas, quas in defunctum habuit ante aditionem, ut ſcilicet eodem loco ſit res omnis, quo fuiſſet non adita hereditate, integrato jure debiti, quod aditio, id eſt, concurſus juris debitoris & creditoris in unam perſonam conſumpſerat: & eodem modo æquum eſt redintegrari ſervitutes confuſas aditione, quas ſcilicet prædiis pupilli prædia defuncti debebant, *l. 18. de ſerv.* *l. ſi heres 3. §. ult. ad Trebell. l. ſi ſervus Titii*, *de leg. 1. l. cum filius*, *§. dominus*, *de leg. 2.*

Ad §. Quidam L. XXX. de Donat.

Quidam in jure interrogatus, nihil ſibi debere tutoris heredes reſpondit. Eum actionem jure amiſiſſe reſpondi: licet enim tranſactionem, ſed donationis hæc verba eſſe quis accipiat, attamen eum qui in jure confeſſus eſt, ſuam confeſſionem infirmare non poſſe.

Primi reſponſi ſpecies, quam noſtri interpretes nullo modo aſſequuti ſunt, hæc eſt. Heredes tutoris acturi contraria actione tutelæ adverſus minorem 25. annis, jam puberem factum, & ignorantes, an aliquid viciſſim ex adminiſtratione tutelæ defunctus pupillo deberet, ne plus petendo in periculum inciderent, & damnum ſentirent aliquod ob eam rem: quia, qui plus petit cauſa cadit, & plus petit, qui non habita ratione compenſationis, id eſt, non compenſato vel deducto eo, quod ipſe viciſſim debet, totum petit, quod ei debetur, ut recte Paulus ait, *2. Sentent. tit. 4. in fine*, *& l. 4. de compenſation.* Ideo in jure, id eſt, quo loco prætor more majorum jus dicere ſolet, Prætor ipſe, a quo heredes tutoris poſtulabant contrariam actionem tutelæ adverſus minorem, priuſquam conciperet formulam actionis deſiderantibus heredibus tutoris, interrogavit minorem, nunquid ei heredes tutoris debeant, qui reſpondit, nihil ſibi debere. Quæritur an jure & merito minor amiſerit directam tutelæ actionem, quam forte habet, quod reſpondit nihil ſibi deberi. Dicebat ſe non amiſiſſe, quia id donandi, non tranſigendi animo in jure reſpondiſſet, & donationem nullam valere factam a minore 25. annis, etiamſi veniam ætatis impetraverit, ut & ex ipſo Papiniano diſcimus in *l. tutores*, *§. ab eo*, *de adminiſt. tut.* & confirmat *l. ult. C. ſi major factus rat. alien. hab.* Tranſactio valeret aliquo dato, vel promiſſo, vel retento, ut *l. tranſactio*, *C. de tranſact.* puta, ſi quid heredes tutoris minori darent, aut promitterent, ut actionem tutelæ remitteret, vel ſi quid ipſe minor eo nomine ab heredibus tutoris retineret: At donatio non valet, ſive remiſſio actionis tutelæ facta donandi animo. At Papin. etiam ſi quis illa verba, *nihil ſibi debere heredes tutoris*, donationis, non tranſactionis verba eſſe accipiat, quæ quidem donatio non valet, id eſt, etiamſi quis dicat illa verba non facere tranſactionem, quæ poſſet valere, ſed facere donationem, quæ non poſſet valere, tamen reſpondit, *non poſſe eum, qui in jure confeſſus eſt ſibi nihil deberi, confeſſionem ſuam infirmare*, deniq; remiſſionem actionis valere, non vi donationis, ſed vi confeſſionis in jure factæ, quia confeſſio in jure facta apud Prætorem pro re judicata habetur, quaſi in jure, id eſt, loco juris reddendi proprio, & competenti: partes judicis agente in ſeipſum eo, qui confitetur, quæ partes judicis cum non poſſint alio loco agi, quam conſtituto lege vel more, conſequens & verum eſt, nec eum, qui confitetur alio loco quam in jure, pro judicato haberi. Et huc pertinet *l. poſt rem*, *de re judic. l. 1. §. proinde*, *ſi quid in fraud. pat.* Et quod eſt in 12. tabul. *Reis confeſſis*, *rebuſque jure judicatis*, jure, id eſt, ubi oportet: comparatur in ea lege confeſſioni res judicata, ſed confeſſionem tamen ſequi ſolet ſententia judicis confeſſioni compar, *l. 5. inf. de confeſſis*, *l. 5. de cuſtod. rer. l. qui ſententiam*, *C. de pœn.* Atque ita is, qui confitetur, fit, ut videatur damnatus duplici judicio, ſuo, & judicis, nec iterari judicia caret exemplis. Breviter hic eſt ſenſus hujus reſponſi, ut quamvis illa verba *nihil ſibi debere*, quæ dixit in jure minor viginti quinque annis, non accipiantur pro tranſactione, ſed pro donatione, quæ non valet, tamen confeſſio in jure facta non poſſit confirmari, quaſi ſcilicet donandi animo remiſſa actione tutelæ, ea res non valeat ut donatio, ſed ut confeſſio in jure facta. Neque obſtat, quæ objici poſſet *l. cum donationis*, *C. de tranſaction.* quæ donationem valere dicit,

cit, qua remittitur actio tutelæ, quia accipienda ea lex est, ut patet ex similibus ejusdem tituli legibus quamplurimis, de donatione vel transactione, qua remittitur actio tutelæ, quæ fit a majore 25. annis. Denique in hac specie remissio actionis valet vi confessionis, non vi donationis, quia facta est a minore 25. annis: Potest etiam huic responso opponi *lex 3. C. de repud. heredit.* Quæ lex e converso, vice versa & mutata, si transigendi, non donandi causa in jure profiteatur suus heres major 25. annis, ut in *l.4.eod.tit.* se hereditatem patris, quam jam agnovit, & per immistionem adquisivit, non petiturum, ait, neque eam transactionem valere, quia nihil datum vel promissum, vel retentum est, ut ponit, neque professionem valere non petendæ hereditatis, licet ea professio facta sit in jure, quia hereditas semel adquisita repudiari non potest. Donari potest a majore viginti quinque annis: Et pactum donationis causa interpositum valet. At quia interpositum est transactionis causa, neque ut transactio valet, nullo dato, vel promisso, vel retento, neque ut repudiatio hereditatis in jure facta. Ergo potest dici, & in specie proposita, neque donationem valere factam a minore, neque confessionem, licet facta sit in jure. Et hanc legem, quæ valere confessionem dicit, nec posse irritam fieri, pugnare videri cum *d.l.3.* verum, quæ post legem tertiam statim sequitur quarta, rem omnem explicat, & respondet tacite huic responso Papinianus hoc modo, ut quod dicitur hoc loco, confessum pro judicato haberi, vel quod idem est, confessionem in jure factam, non posse infirmari, quia instar est rei judicatæ, hoc ad eum tantum pertineat, qui fatetur se debere, aut sibi non deberi, non ad eum, qui repudiat in jure, profitendo se renuntiare bonis, qui repudiat hereditatem in jure, quam semel adquisivit, quia ea repudiatio, etiamsi fiat in jure, non valet. Repudiamus enim delata, non adquisita, *l.1.§.decretalis, de success.edic.l.Titia, §.Lucio, de legat.2.*

Ad §. donationem.

Donationem quidem partis bonorum proximæ cognatæ viventis, nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit, ac postea jure prætorio successit, quoniam adversus bonos mores, & jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.

IN hoc secundo responso ostenditur, non valere donationem partis bonorum cognati viventis, & ignorantis factam ab eo, qui ejus successionem sperat. Addidi, *ignorantis*, *ex l.2.in fine, sup.de iis quib.ut indign.& l.ult.C. de pact.* Cur non valeat ea donatio, causa est turpis præfestinatio ejus, qui donat, quod jure nondum ad se pervenit, nec forte unquam perventurum est, & præmatura atque improba spes illa successionis, cum adhuc vivat is, cujus de bonis donat. *Præmatura & improba* appellatur in *l.1.§.si impuberi, de collat.bonor.l.2.§.interdum, de vulg.substit.* & a Seneca, *nefaria, & l.ult.C.de pact.acerbissima spes*: nefaria igitur donatio est, & contra bonos mores, contraque jus gentium, ut ait hoc loco: *contra bonos mores*, civitatis Romanæ scilicet, *& contra jus gentium*, id est, contra bonos mores gentium omnium, rationemque diffusam in omnes gentes, qua ratione, furtum dicitur esse *probrum*, & *prohibitum*: nam probrum a prohibendo dicitur, furtum, inquam, esse probrum jure naturali, in definitione furti, quæ exstat in *l. 1. de furt.* & in *l.probrum, de verbor.signific.* furtum autem est de alieno donare, *l.si pignore, §.1.de furt.* de alieno igitur donare partem bonorum, eamque vivente domino alii mancipare solemniter per æs & libram, quo genere pono in hac specie fuisse perfectam donationem partis bonorum cognati viventis. Alioquin non tam ratione turpitudinis nulla donatio esset, quam quod imperfectæ esset: nec enim ante Justinianum donatio nudo consensu perficiebatur, sed mancipatione, vel traditione, vel cessione in jure, quo jure etiam utimur, *Donner & retenir ne vaut.* Qui autem dum præmature inhiat bonis cognati viventis, ita donavit, ut dixi, mancipando alii partem bonorum cognati viventis, si postea ei cognato successerit ab intestato agnita bonorum possessione unde cognati, non tantum ea pars, quam donare festinavit, ei aufertur ut indigno, & fisco vindicatur, sed etiam omnia bona, denegatis in totum hereditariis actionibus, ut ait hoc loco, *& l. seq. & l. 2. in fine, sup. de iis quibus ut indign.* Nec restitutis confusis actionibus si quid ei cognatus debuit, *l. heredem, eod. tit.*

Denique, qui præmature partem donavit, totum amittit. Neque huic sententiæ quicquam obstat *l. rescriptum, eod. tit. de iis, quib. ut indig.* Quoniam alia est ratio heredis, qui post mortem testatoris, vel ejus, de cujus bonis agitur, subripuit partem hereditatis, aut rem aliquam hereditariam, antequam adiret hereditatem: huic enim heredi ea tantum pars, ejusve partis tantum Falcidia aufertur quasi indigno, & applicatur fisco; quam subripuit; quoniam hic in parte tantum peccavit, autre hereditaria quam subripuit: ille de quo agitur hoc loco, peccavit in totum, quia donando partem inhiavit altera quasi esuriens lupus, & spe devoravit totum, & ob id etiam toto indignus est. Non obstat etiam huic responso *l. 14. C. de capt. & postl. rev.* quæ (ut ejus speciem, & sententiam perstringam paucis) matre capta ab hostibus, si filius hereditatem ejus adierit, vel ex ejus hereditatis causa cum alio aliquid præmature transegerit, nondum accepto certo nuntio de morte matris, deinde filius vita decesserit, & post filium mater decesserit apud hostes, ait, nihil officere, quod filius gessit viva matre, filiis sororis, quo minus ad materteræ successionem admittantur, quæ post filium vita functa est apud hostes; ac proinde bona non vindicari fisco, sed jure retineri a filiis sororis, quia scilicet ad eos bona jure meritoque pervenerunt, neque se egerunt pro indignis successione materteræ. Itaque fisco locus non est. Si pervenissent ad filium præmortua matre, qui viva matre transegerat de bonis cum aliis, vel adierat bona, tum sane fisco locus esset. Nihil etiam obstat huic responso *lex si quis servum, de action. emp.* ubi venditor servi, qui ante traditionem cum manumisit, recte promittit emptori stipulanti quidquid ex hereditate liberti ad se pervenerit restitutum iri. Libertus vivit, & tamen hæc conventio vivo eo admittitur: sed hoc ideo, quin venditor judicio empti in hoc tenetur, ut id promittat invitus, quod dixi, nec ipse festinavit, sed emptor sibi consulens & prospiciens in futurum. Nihil etiam obstat *l. 2. §. illud potest, sup. de heredit. vend.* ex qua male efficiunt, nondum delatam substituto hereditatem impuberis, recte vendi contra *l. 1. ejusd. tit.* quia ille §. de delata hereditate loquitur, quæ vendi potest, non, de non delata. Et quod ait ille §. *maxime si delata sit*, taxationis vim habet, ut ita demum recte vendatur hereditas, si delata sit. Nihil etiam obstat *l. qui superstitis, sup. de adquir. heredit.* ubi, qui viventis hereditatem repudiavit post mortem ejus, eam non prohibetur adire, excluso fisco, quia is sane, qui repudiavit præmature, non inhiavit hereditatem viventis. Nihil etiam obstat *lex 7.§.pen.de pact.* quæ recte ait, filium vivo patre pacisci cum creditore paterno, ne quid petat, vel ne totum petat, quia hic etiam non inhiat bonis paternis, sed rem gerit patris; denique gerit, quod ex re est patris, nec satagit suam rem. Postremo nihil etiam obstat *l. pen. in fine, de castr. pecul.* quæ ait; si vivo filio pater testamento manumiserit servum castrensis peculii, servo libertatem competere præmortuo filio, sive intestatus filius decesserit; quo casu peculium redit ad patrem, *l. 2. eod. tit.* sive testatus decesserit, si destitutum sit, & irritum factum testamentum ejus, puta, non adita hereditate ab herede scripto. Quo etiam casu bona castrensia filii, pater qui supervixit occupat jure peculii. Primum, nihil obstat ea lex, quæ vult competere libertatem datam vivo domino: at hoc responsum non vult valere donationem factam vivo domino. Nihil obstat primum, quia ut ait; hoc favorabiliter admittitur,

titur, ut competat libertas: deinde quia qui teſtamento A manumittit, ut poſuimus manumiſiſſe patrem, magis cogitat de ſuis bonis, quam inhiat alienis; Vis ſcire quam hoc ſit verum; finge, patrem non manumiſiſſe teſtamento, ſed inter vivos, puta, vindicta ſervum caſtrenſis peculii: ſane hoc caſu nec præmortuo filio inteſtato libertas competit, ut oſtendit eadem *l.pen.§.ult.* illo loco: *non tamen, ſi ut heres ſervo vindictam impoſuit.*

Ad L. XX. de Manumiſſ.

Cauſam minor xx. annis, qui ſervum donatum manumittendi gratia accepit, ex abundanti probat poſt Divi Marci litteras ad Aufidium Victorinum: etenim ſi non manumiſerit, ad libertatem ſervus perveniet: non idem in fideicommiſſaria libertate juris, cujus cauſam minor debet B *probare: nam libertas, niſi ita manumiſſo, non competit.*

IN hac l. ſunt tria reſponſa, quæ omnia pertinent ad conſtitutionem, ſive ad reſcriptum Divi Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum præfectum urbis, de ſervis venditis, vel etiam ex ſententia conſtitutionis, de ſervis donatis libertatis cauſa, ut ſcilicet ab emptore vel donatario manumittantur. Quod ad primum reſponſum attinet, certum eſt, ex lege Ælia Sentia quæ lata fuit Auguſti temporibus, minorem 20. annis ſervum ſuum inter vivos vindicta manumittere non poſſe, niſi cauſam ſe habere manumittendi juſtam probaverit in conſilio Prætoris, vel Conſulis, vel Præſidis provinciæ. Conſilio judicis lex Ælia Sentia exiſtimavit indigere eum, qui parum firmo conſilio valet, C parumve ætate firma, *l.4. ſup.de ſerv.export.* firma vel firmata ætas, ut Poeta loquitur, & noſtri quoque Imperatores, non eſt in mare ante xx. annum, *l. 1. C. Theodoſ. de iis, qui ven. ætat. impet.* Juſta autem ætas, ſive legitima non eſt ante xxv. annum, nec in mare, nec in feminis. Ad rem. Huic capiti legis Æliæ Sentiæ locus eſt, non tantum, ſi minor xx. annis ultro libertatem præſtare ſervo ſuo gratuitam velit, ſed & ſi debitam ex cauſa fideicommiſſi, ut puta, quod legato ſibi relicto rogatus ſit ſervum ſuum manumittere: nec enim eum poteſt manumittere ex fideicommiſſo, niſi cauſa cognita apud conſilium Prætoris, vel Conſulis, vel Præſidis provinciæ probetur, & oſtendatur, plus aut tantum eſſe in legato, quantum in pretio ſervi. D Nam ſi vilius eſt legatum, ſervo vix conſilium permittet manumiſſionem, & fideicommiſſum, quod alias dicitur neceſſitatem injungere vel imponere, *l. cum filius, §.pater, de leg.2,* hoc caſu neceſſitatem non injungere, nec agnito legato, quia non potuit teſtator derogare legi Æliæ Sentiæ, *l.nemo, de leg.1.l.Cerdonem, de oper. libert.* Et hoc quidem proponitur in hoc reſponſo inter cetera, itemque in *l.ſi rogatus, tit.ſeq.* In qua monendi eſtis, vulgares libros, & Baſilica rectius ſic habere, *minor annis* xx. male Florentiæ, *minor annis* xxv. quoniam illa lex pertinet ad l. Æliam Sentiam, & idem habet omnino, quod hoc reſponſum primum: atque adeo docet, quod & hic proponitur, aliud eſſe dicendum, ſi ſervus minori xx. annis donatus ſit ea lege, ut eum manumitteret, ſi donatus ſit libertatis cauſa: nam ſi minor eos, E qui ſunt in conſilio prætoris, doceat, ſervum eſſe donatum libertatis cauſa, hæc eſt ratio manumittendi juſtiſſima, nec alia exquiritur, *l.illud, §.1.tit.ſeq.* imo & conſilio, hæc manumiſſionis cauſa allegatur ex abundanti, ut ait, hoc loco, ſic loqui ſolet, ut & in *l.legata, de ſupellect. leg.* ἐκ περισσοῦ: quia etſi hæc cauſa non ſit allegata conſilio, vel allegata ſi forte non ſit probata conſilio, aut ſi conſilium in ea cauſa probanda, & manumiſſione permittenda cunctetur, protinus ſervus ipſo jure eripitur ad libertatem ex conſtitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus ſententiam etiam Papinianus porrexit ad ſervos donatos, *ſuprad. l.pen.inf.qui ſine man.ad libert.* Et eleganter Ulpianus in *d.l.ſi rogatus, tit. ſeq.* cunctante conſilio, cunctante judice cum ſine conſilio, in cognitione & probatione iſtius cauſæ, quæ juſtiſſima eſt, quod ſervus donatus ſit libertatis gratia, conſtitutionem D. Marci ſupervenientem iſtam judicis cunctationem dirimere, & amoliri repræſentata libertate. Sequitur ſecundum reſponſum.

Ad §. Puellam.

Puellam ea lege vendidit, ut poſt annum ab emptore manumitteretur, quod ſi non manumiſiſſet; convenit uti manum injiceret, aut decem aureos emptor daret, non ſervata fide, nihilominus liberam ex ſententia conſtitutionis fieri reſpondet, quoniam manus injectio plerumque auxilii ferendi cauſa intervenit: itaque nec pecunia petetur, cum emolumentum legis voluntatem venditoris ſecutum ſit.

VEndita eſt ancilla ea lege, ut poſt annum manumitteretur ab emptore, & adjectum eſt in conventione, ut ſi emptor non manumiſiſſet ancillam, venditori in eam manus injectio eſſet, vel uti emptor prout eligeret, pœnæ nomine venditori daret decem aureos. Quæritur, an ad hanc conventionem pertineat conſtitutio Divi Marci ad Aufidium Victorinum? Et videtur non pertinere: nam lex venditionis non eſt præciſa, vel diſtricta, non eſt ſcilicet concepta abſciſe, ut omnino ancilla manumittatur, ſed ut vel manumittatur, vel ſi non manumittatur, pœnæ nomine emptor venditori inferat aureos decem, aut in eam venditori ſit manus injectio. Et tamen Papinianus ait, ex ſententia conſtitionis, non ex verbis, ſicut & ſuperiore caſu dixit in *l.pen.qui ſine manum.ad lib.* ex ſententia conſtitutionis idem eſſe ſtatuendum in ſervis donatis, quod in venditis ea lege. Ergo & ſimiliter hoc caſu, ex ſententia conſtitutionis poſt annum, ceſſante emptore in manumittenda ancilla, ancillam fieri liberam ipſo jure ex conſtitutione, & ideo nec pœnam 10. aureorum committi, quia, ut eleganter ait *l. ult. C. ſi manc. ita fuerit alien.* qua ſane hoc ſecundum Papiniani reſponſum comprobatur, quia, inquit, *conditionis poteſtate*, ſic eſt legendum in *d.l. ult.* non *poteſtatem*, id eſt, vi ipſa pacti adjecti, ut puella manumitteretur, pacti, inquam, adjecti venditioni, ut puella manumitteretur: *factum manumittentis repræſentatur*: vis ipſa pactionis repræſentat factum manumittentis, ſupplet factum manumittentis. *Conditionis poteſtatem* vocat *d.l. ult.* quod hoc loco Papinianus vocat *emolumentum legis*, id eſt, δύναμιν legis, id eſt, pactionis additæ venditioni, id eſt, vim pactionis adjectæ venditioni ſequi voluntatem venditoris, & ancillam facere liberam ſtatim. Itaque in *d.l.ult.* conditio accipitur pro lege venditionis, ſive pactione, ut in *l.pen.eod. tit. l. Paulus reſpondit, in princ.ff.de lib.cauſa.* Ergo emolumentum legis ut ait Papinianus hoc loco, id eſt, vis ipſa & poteſtas legis datæ venditionis, *ut puella manumitteretur*, ſequitur voluntatem venditoris, & liberam facit puellam, perinde atque ſi ab emptore manumiſſa eſſet, ut *l.3. ff. qui ſine man. ad lib.* Quod autem ſibi venditor lege venditionis, ut initio poſuimus excepit manus injectionem, ſi ancilla non manumitteretur, vel ſi pœnæ nomine non darentur 10. aurei, non ideo, ut docet hoc loco Papinianus, actum intelligitur, ut ancilla in dominium venditoris redeat, & ſerva permaneat, ſed potius, ut manu injecta liceat venditori auxilium ferre ancillæ, & eam eximere ab injuria perpetuæ ſervitutis contra voluntatem ſuam, qui voluit eam manumitti poſt annum. Et eleganter manus injectio, inquit, non dominii vindicandi ſcilicet, ſed auxilii ferendi cauſa plerunque intervenit, ut ſcil. quis eximatur ab injuria. Tribuni plebis manu injecta cives eximebant ab injuria Conſulum; creati autem ſunt tribuni plebis auxilii ferendi cauſa. Et ita aperte in *l.pen. in fi.de ſerv.export.* manus injectionem ſibi reſervare venditores mancipii venditi cauſa, ut id vindicent ab injuria & eripiant auxilii cauſa, quo quidem auxilio jam non indiget, quæ ipſo jure fit libera, libertas ſatis eam vin-

vindicat ab injuria, quæ ipso jure competit. Est quidem tam manus injectio, quam libertas comparata pro mancipio, ut eximatur ab injuria, sed ubi concurrit libertas, & manus injectio, potior est libertas, ut ait *d. l. pen.* manus injectione potior est libertas: melius est remedium, sive auxilium libertatis potentiusque quam manus injectionis. Et ita hic locus explicandus est. Quod autem Accursius in hoc responso opponit *l. servum ea, in fi. de serv. export. & l. qui Romæ, §. Flavius, de verbor. significat.* id quemadmodum expediendum sit jam ostendi supra libro 9. explicatis illis legibus ad *leg. pen. qui sine man. ad lib. perv.* restat tertium responsum, quod pertinet ad istam constitutionem, quod sequitur.

Ad §. Ultimum.

Tempore alienationis convenit, ut homo libertatis causa traditus post quintum annum impletum manumitteretur, & ut certam mercedem interea menstruam præberet, conditionem libertati mercedes non facere, sed obsequio temporariæ servitutis modum præstitutum esse respondi, neque enim in omnibus libertatis causa traditum comparari statulibero.

VEnditus aut donatus est servus ea lege, ut post quinquennium manumittatur a donatario vel emptore, & ut interim donatario vel emptori præbeat, certam mercedem menstruam, ut in *l. 23. §. ult. de fid. lib.* Si eam mercedem menstruam medio tempore servus non præbuerit; Quæritur, *an & ad hoc genus conventionis pertineat constitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum, ut servus liber fiat post quinquennium, non præstitis mercedibus menstruis intra quinquennium?* Et respondet statim, liberum fieri: subtiliter, etiam si non præstiterit menstruam pensionem emptori vel donatario, quia hæc conditio non est imposita libertati vel hic modus non est impositus libertati, ut scilicet emptor eum manumitteret, si interim servus præstaret pensionem menstruam, vel ut ita eum manumitteret, ut interim servus præstaret pensionem menstruam: res inquit, sic acta non est, libertati nulla est imposita conditio, nullus impositus modus, sed obsequio tantum, & servitio quinquennii certus modus est præstitutus, ac si dixisset, *volo te emptori hoc modo servire servitutem interim, ut ei quot mensibus, tot inferas ex tuis operis.* Denique ea conditio sive modus non est impositus libertati, sed obsequio servitutis temporariæ, definito genere modoque obsequii. Quod quidem obsequium constat medio tempore servum libertatis causa traditum, debere emptori vel donatario. Breviter, impositus est modus, qui & conditio quandoque dicitur, obsequio interim debito non libertati. Ideoque etiam eo modo non impleto libertas competit, quæ neque conditionalis est, neque modalis, ut *l. Imperator, inf. de manum. testam.* Nec obstat, inquit Papinianus, quod servus traditus libertatis causa comparatur statulibero, & statulibertati scilicet inest conditio vel mora, alioquin esset liber, non statuliber. An igitur, quia comparatur statulibero, dicam & in hac specie, libertati ejus, qui traditus est libertatis causa, inesse conditionem, si medio tempore servierit? dico comparari quidem posse statulibero eum, qui traditur alii libertatis causa, manumissionis causa, sicut & statulibero comparatur is, cui fideicommissaria libertas relinquitur, qui dicitur quasi statuliber, *l. rogo, l. non tantum, §. qui per fideicommissum, de fid. libert.* Uterque est quasi statuliber, & qui traditur alii, ut manumittatur, & cui donatur fideicommissaria libertas: quoniam sicut statulibero dicitur esse implicitus casus libertatis, *l. ult. si ex nox. cau. ag.* ita illis implicitus est casus libertatis: & quasi medii generis sunt homines, inter servos & liberos: verum, ut respondet Papinianus non in omnibus comparantur statulibero, sed in quibusdam, puta, ut deterior eorum conditio non fiat, sicut nec eorum, qui revera sunt statuliberi, *l. statuliberum, inf. de statulib. l. is, qui ex causa, & d. l. non tantum, §. qui per fideicommissum, de fideicommiss. libert.* In omnibus autem non comparari statulibero, sic demonstro: statulibero libertas datur directo, & sub conditione semper, vel in diem: statulibertas directa est; & suspenditur semper ex conditione: illis autem libertas non datur directo, sed injungitur alii, atque mandatur, ut eam det, neque huic mandato semper additur conditio, vel dies, vel modus, ut in specie proposita, nulla conditio, nullusve modus libertati additus intelligitur, sed obsequio tantum, sive servitio temporario.

Ad L. pen. Si Libertus ingenuus esse dic.

Patronum post quinquennium sententiæ pro ingenuitate dictæ, quo ignorante res judicata est, non esse præscriptione temporis submovendum respondi.

SCiendum est sententiam dictam pro ingenuitate non posse retractari post quinquennium ulla ex causa, *l. 2. sup. de jure aur. annul. l. 29. §. ult. de lib. causa.* Ab hac sententia in hac lege penult. excipitur tantum unus casus, si pro ingenuitate dicta sententia sit alio quodam agente, ut in *l. 1. hoc tit.* non agente patrono, sed ignorante patrono: ignoranti non officere præscriptionem quinquennii, ignorantem patronum posse agere præjudiciali actione, etiam post quinquennium in eum, qui ingenuus pronunciatus est, & detegere forte collusionem, quam is exercuit cum adversario, ut ingenuus pronuntiaretur, ut *l. 2. inf. de collus. deteg.* Et nihil est præterea in hoc responso. Opponit tantum Accursius *l. ult. in fine, C. de præscript. longi temp.* quæ ait, in præscriptione longi temporis, id est, 16. aut 20. annorum, non esse spectandam scientiam vel ignorantiam domini: nam sive dominus sciverit, sive ignoraverit rem suam possideri ab alio, ei præscriptio longi temporis nocet: Et tamen hic dicitur, ignoranti præscriptionem non nocere quinquennii. Quid ni vero? nam illa lex ult. loquitur de præscript. longissimi temporis; præscriptionem brevissimi temporis, puta, quinquennii, non est æquum nocere ignorantibus.

Ad L. XLVIII. de Acquir. Possess.

Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit, si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est, per servum prædiorum possessionem quæsitam ceterorumque servorum, constabit.

SCiendum est, donationem secudum jus, quod obtinuit ante Justinianum, fieri quidem posse per epistolam, ut *l. Aquilius, & l. Lucius, sup. de don. & l. 5. & 13. C. eod. tit.* sed non perfici, nisi translato dominio, puta traditione, aut quasi traditione, *l. 6. C. eod. t. l. 2. C. de crim. stell. l. quædam, sup. de rei vindic.* vel ut olim solebat, cessione in jure, aut mancipatione: & alia est ratio emptionis, venditionis, quæ perficitur nudo consensu, impletur, & consummatur traditione: donatio non perficitur nudo consensu, sed perficitur simul & impletur traditione. In specie autem hujus legis facta est donatio prædiorum per epistolam, sed nondum intelligitur esse perfecta etiamsi per epistolam declaraverit donator, se ea prædia tradidisse, quia ea epistola, sive declaratio pro pacto nudo habetur, ut in *l. 15. de fundo dot. l. qui negotia, sup. mand. l. Paulus respondit, in pr. sup. de lib. caus.* Et certi juris est, traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri, *l. traditionibus, C. de pact.* Itemque traditionem non pactione fieri, sed datione possessionis naturali. At finge: absens ego per epistolam tibi donavi prædia cum servis, & me ea tibi tradidisse scripsi & declaravi; at revera naturaliter ad te possessio eorum prædiorum non pervenit, & unius tantum servi ex iis, qui in prædiis morabantur, possessio ad te pervenit, quem mox in prædia illa remisisti. Quæritur an videaris & ceterorum ser-

fervorum, fimul ac prædiorum poffeffionem nactus? fic Papiniano videtur nempe, ut per eum fervum, quem femel nactus es, & quem in prædia donata remififti, ut ea poffideret tuo nomine, videaris poffidere prædia, & reliquos fervos: idque conftat inter omnes, *l. 1. §. veterês, h. t.* Quæ eft fent. h. l. Malo in fin. l. ut aliis plerifque locis Papin. loquitur, legere, *conftitit*, quod quidam Codices habent, quam *conftabit*. Ponendum autem eft in fpecie, quam propofui, unius ex fervis prædiorum poffeffionem ad te perveniffe me volente, alioquin prædo effes, fi me nolente rei donatæ aut venditæ, aut promiffæ poffeffionem nactus effet, *l. fi ex ftipulatione, fup. h. t.* Pofui etiam abfentem me donaffe, abfentemve declaraffe per epiftolam me tibi tradidiffe poffeffionem, quod folum per fe pro traditione non eft, nec præfumi poteft, aut fingi pro traditione effe repugnante natura, quæ non patitur, ut nulla interveniente perfona interpofita, abfens quicquam tradat alteri in manus: fictiones & præfumptiones convenire naturæ oportet: at fi præfens præfenti, & in re præfenti epiftolam fcripfero, qua contineatur, me tibi rem tradidiffe, fane ea fcriptura, five actus facile intelligitur pro traditione, ut *l. 1. §. pen. & l. quod me, §. fi venditorem, h. tit.* Et ita accipiendum eft, quod de traditione inftrumento emptionis comprehenfa proditum eft in *l. 2. C. eod. tit.* Præfens autem res eft, quam tenemus, vel cui infidemus, vel quam intuemur, ut *d. §. fi venditorem*, quam oculis adverfam habemus. Et hujus diftinctionis quæ vulgo recepta eft, ratio illa eft, quia fictiones, quæ naturæ non congruunt, prorfus rejiciuntur: ficut & de confeffionibus, quæ fiunt in jure, proditum eft in *l. confeffionibus, §. 1. & l. feq. §. ult. & feq. §. 1. de in jure fac.* ut fi dicam, me filium effe adolefcentis, fi maritum mortuæ mulieris, inanis confeffio eft. Et ita fi abfens prædium tibi donem, quod fitum eft, ubi tu es, & fcribam, me tibi prædium tradidiffe, quod propter abfentiam meam nec fecit, nec facere potuit per rerum naturam, nifi nuntio miffo, aut procuratore, ea fcriptura inanis eft, quia natura fcripturæ repugnat. At fi præfens præfenti fcribam in re præfenti, vel, fi quis alius me volente fcribat, me tibi eam rem tradidiffe, etiamfi reapfe non tradiderim, hæc fcriptura pro traditione eft; quia, quod continet, non abhorret a facultate naturali. Et fimili modo, fi tibi præfenti ftipuler dari, vel fieri, facile quis fingat, aut præfumat te ftipulatum effe, quod præfens fueris, tibique facile dederit utilem actionem ex ftipulatu, ut *l. fi procuratore, de verb. obl. l. fi dictum, §. fi præfente, de evict.* non etiam fi ftipuler tibi abfenti, *l. 3. C. de contrah. ftipul. l. 3. C. de inut. ftip.* quia naturæ convenienter fingi non poteft ftipulatum effe, & habuiffe fermonem tecum eum, qui abfuit. Et eadem ratione, fi abfens peregre fcripfero, me tibi ftipulanti promififfe, inanis fcriptura eft, quia ftipulatio non poteft fieri inter abfentes: verba funt præfentium tantum. Sed fi præfens te præfente id fcripfero, me promififfe tibi ftipulanti, licet revera tu ftipulatus non fis, ftipulatio præfumitur jure perfecta, *l. 1. & l. pen. C. de contrah. ftipul.* Et ita intelligenda eft *l. fciendum, de verb. obligat.* fi quis fcripferit fe promififfe, omnia videri jure perfecta, & folemniter acta, videlicet, fi res gefta fit inter præfentes, alioquin non fingitur actum, quod agi per naturam non potuit. Quibus argumentis poteft dici, fi re gefta inter præfentes tabellio refcripferit mihi, a te numeratam efse pecuniam in creditum, vel in folutum, nihil refert fcripturæ ftandum efse, quafi pecunia revera numerata, licet teftes dicant fe folutionem, aut numerationem nullam vidifse, quod Bartolus fenfit hoc loco, *fi modo id ita, tabellio fcripferit volentibus nobis*, alioquin tabellio falfi reus eft, qui ita fcribit abfentibus & nolentibus nobis. Et hæc funt, quæ pertinent ad hanc legem.

Ad L.XLV. de Ufurp. & Ufucap.

Præfcriptio longæ poffeffionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non folet. Quòd ita procedit, fi quis A *ædificio funditus diruto, quod in littore pofuerat, aut dereliquerat ædificium: alterius poftea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat. Vel fi quis quod in fluminis publici diverticulo folus pluribus annis pifcatus fit, alterum eodem jure prohibeat.*

INitio legis oftenditur, præfcriptionem longi temporis id eft, x. annorum inter præfentes, & xx. inter abfentes, non dari ad retinenda five obtinenda loca publica jurifgentium. Obtinere plus eft, quam tenere. Tenemus cum primum nacti fumus poffeffionem, deinde obtinemus, *l. clam, fup. tit. prox.* Imo nec tenuiffe videmur, nifi obtineamus, *l. non videtur, eod. tit.* Loca autem publica jurifgentium vocat flumina & littora, quæ ufu communia funt omnium hominum, *l. 7. §. quod fi toto, de adquir. rer. dom. §. littorum, Inftit. de rer. divif.* Nec ulla gens B eft tam barbara, ut poeta ait, quæ arenæ hofpitio prohibeat, *primaque vetet confiftere terra*. Quamobrem, & his duobus exemplis Papinianus utitur, quibus propofitioni initio pofitæ oftendat effe locum, uno de littoris ufu, hoc modo, *fi quis funditus diruto ædificio, quod in littore pofuerat, aut deferto ædificio*, id eft, fi poftquam ædificium poffidere defiit quod pofuerat, & longo tempore poffederat, alii eodem loco ædificanti, fupradictam præfcriptionem, five exceptionem opponat, quod ibi ipfe longo tempore ædificatum habuerit: nec enim ei qui poffidere defiit, hæc præfcriptio dabitur, quoniam ædificio dilapfo, vel derelicto, quafi jure poftliminii locus recidit in priftinam caufam, & perinde publicus eft jurifgentium, ac fi in eo nunquam inædificatum fuiffet, *l. quod in littore, fup. de adq. rer. dom. l. in tantum, in* C *pr. fup. de rer. divif.* Proinde is locus funditus diruto ædificio, idve ædificium, fi non dirutum fit, fed pro derelicto habitum a domino, occupanti conceditur, *l. 1. infra pro derelicto*. Servius in illum locum,

. . . *Hofpitio prohibemur arenæ.*

Occupantis, inquit, *eft poffeffio littoris*. Exigit autem Papinianus, ut funditus dirutum fit ædificium, id eft, fundamenti fini: nam fi pars ædificii fuperfit, ejus manet, cujus fuit: vel etiam exigit, ut non dirutum ædificium pro derelicto habitum fit, quo loco male Accurf. ponit disjunctionem, vel, accipit pro conjunctione. Proponam autem verba Papiniani fere juxta vulgarem fcripturam, quæ melior hoc loco eft quam Florentina. Cum propofuiffet initio regulam, non dari præfcriptionem longi temporis ad obtinenda loca publica jurifgentium, fub- D jicit propofito uno exemplo: *quod ita procedit*, inquit, *fi quis ædificio funditus diruto, quod in littore pofuerat aut dereliquerat, ædificio alterius poftea eodem loco extructo, occupanti dictam exceptionem opponat.* Hoc tantum mutata vulgari, quod fcribo; *dictam*, non *datam exceptionem*, id eft præfcriptionem longi temporis, vel longæ poffeffionis, quam initio nec dari folere propofuit, quod eft perfpicue rectum. Ædificii etiam nomine hoc loco comprehendo omne ædificium, quod fit propofitum in littore, vel in mari, aut flumine publico: ergo comprehendo etiam moletrinam, de qua & DD. tractant hoc loco, & idem in ea ftatuo, quod in quolibet alio ædificio. Sequitur alterum exemplum de ufu fluminis, *fi quis quod in fluminis publici diverticulo pluribus annis*, id eft, longo tempore, *pifcatus fit*, qui nunc pifcari defiit, nec perfe- E veravit in poffeffione pifcandi, eodem loco, *alterum pifcantem eodem jure uti prohibeat*, id eft, publico jurifgentium oppofita fupradicta præfcriptione longi temporis. Præfcriptiones opponuntur, vel exceptiones non agentibus tantum in judicio, fed etiam tentantibus aliquid in præjudicium alterius: ut exceptionem non numeratæ pecuniæ conftat opponi, etiam fi nondum agatur. Hoc vero cafu, etiam illa præfcriptio non admittitur, nec poteft prohibere illa præfcriptio pifcari volentem, cum ille alter pifcari defiit eodem diverticulo. Et huic refponfo Papiniani nota eft & vexata fatis, quæ opponitur *l. fi quifquam, ff. de diverf. & temp. præfcript.* In qua funt eadem verba, fed adfirmantia; alterum fcilicet

eodem

eodem jure uti prohiberi posse, quæ hic vi ipsa sunt negantia; alterum eodem jure uti prohiberi non posse, nullus tamen in eo dissidio componendo est labor. Nam *l.quisquam* accipienda est de eo, qui est in possessione piscandi certo quodam fluminis publici diverticulo, qui alium eodem loco piscari volentem prohibet recte, atque submovet præscriptione longi temporis. Contra hæc lex, ut superiore exemplo de usu littoris posui, desiisse possidere ædificium eum, qui id posuerat in littore: nec enim possidetur, quod in rerum natura esse desiit, quod funditus dirutum est, nec etiam quod pro derelicto habetur, *l.quod servus, ff. de stipul. serv.* Ita sane consequens est, hoc posteriore exemplo poni eum, qui longo tempore certo fluminis diverticulo piscatus erat, intermisisse piscationem, & desiisse possidere, quod sibi longo tempore paraverat, jus piscandi in flexu illo, & diverticulo fluminis: ideoque eodem loco piscari volentem non posse prohiberi, quia locus rediit in pristinam causam: & nunc non privatus, sed publicus est jurisgentium. Et ita Joannes & Angelus sentiunt recte, & Accurs. quoque breviter: Solve, inquit, hic non erat in possessione, ibi erat, nihil est rectius: postremo quod additur in hac lege, *post mortem, &c.* hanc sententiam exprimit.

Ad §. Post mortem.

Post mortem domini servus hereditarius peculii nomine rem cœpit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditæ: quemadmodum enim usucapitur, quod ante defunctus possedit?

SI servus hereditarius jacente hereditate, alioquin non diceretur hereditarius, igitur nondum adita, peculiari nomine, quod servus peculiatus esset, a defuncto rem emerit, & tenere cœperit post mortem domini, ante aditam hereditatem, ut dixi, non procedere ejus rei usucapionem, si forte fuerit aliena, & bona fide empta, antequam aliquis heres extiterit adita hereditate, usucapionis primordium esse tempus aditæ hereditatis, quia possessio non cœpit a defuncto, cœptam possessionem & usucapionem a defuncto, & ante aditam hereditatem impleri, *l.cœptam, hoc tit. l. qui cum, §.ult.inf.pro empt.l.cum miles, sup.ex quibus caus.maj.* non cœptam a defuncto non inchoari ante aditam hereditatem. Quod verum quidem est jure communi, sed jure singulari aliud esse receptum idem Papinianus scribit in *l.prox.§.nondum, sup. hoc tit.* nec alia ratione hic locus cum illo sine calumnia conciliari poterit. Et verisimile est, finem hujus l. imperfectum, aut mutilum esse, quoniam verisimile est, subjecisse Papinianum, aliud esse receptum jure singulari.

Ad L. XII. Pro emptore.

Misso legatario in possessione, res pro emptore usucapiuntur, salva prætorii pignoris causa.

EX hac lege intelligitur prætorium pignus constitui creditore, vel legatario misso in possessionem bonorum debitoris, vel bonorum hereditariorum, ex edicto, & ex primo decreto prætoris, ut in *l.2.C.de præt.pign.* Quo genere a debitore vel herede possessio bonorum non transfertur in eum, qui missus est in possessionem, sed custodia tantum & observatio bonorum, id est, possessori, qui debitor est, vel heres, creditor vel legatarius custos apponitur, *l.5.in pr.sup.ut in poss.leg.l.3.§.ult.sup. de adq. poss.* Nam primo decreto creditor vel legatarius non jubetur possidere, neque fit possessor, sed jubetur esse in possessione, & aliud est esse in possessione, aliud possidere: sicut aliud est esse in servitute, aliud servum esse. Et hoc quidem maxime distat prætorium pignus a conventionali: nam conventionalis pignoris naturalis possessio transfertur in creditorem, *l.cum & fortis, §. ult. sup. de pigner. act. l. per servum, in pr. sup. de adq. poss.* Denique constituto & tradito pignore ex conventione, debitor possidere desinit. Constituto autem pignore ex primo decreto prætoris, debitor possidere non desinit: verum post primum decretum si debitor non satisfaciat creditori, quo jure utimur etiam hodie, secundo decreto prætor possessionem bonorum transfert in creditorem vel legatarium, simul ac præbet occasionem usucapionis, *l. prætoris, in pr. & l. si finita, §. Julianus, de damno infec.* ubi dominum acccipere oportet, cum ait; creditorem secundo decreto dominum fieri, pro possessore, non proprietario, quia ut prætor non facit heredem, sed facit bonorum possessorem, ita nec dominum facit, aut facere potest, id est, proprietarium, sed dominum possessionis tantum, id est, possessorem, heredem & proprietarium facere est solius juris civilis, non honorarii. Itaque primo decreto facit creditorem in possessione bonorum debitoris, secundo facit possessorem: usucapio autem facit dominum jure civili. In hoc tamen prætorium pignus & conventionale inter se conveniunt, quod sicut debitor rem pignori datam ex conventione, quam forte pro emptore bona fide possidebat, etiam translata possessione in creditorem, usucapere potest eam rem, quia quantum ad usucapionem attinet, non intelligitur debitor, qui cœpit possidere, desiisse possidere, hoc est, usucapio procedit, & impletur, etiam si reapse non possideat, qui dimisit possessionem creditori, *l. 1. §. per servum corporaliter, sup. de adquir. possess.* ita & multo quidem magis constituto prætorio pignore debitor vel heres, pro emptore vel pro herede usucapere, vel inchoatam usucapionem implere potest, salva causa prætorii pignoris, ut ait, sicut, & rem pignori datam ex conventione debitor usucapit salva causa pignoris conventionalis, quia neque conventionalis, neque prætorii pignoris causam usucapio perimit, quia nihil quicquam cum dominio, quod usucapione quæritur, commune pignus habet. Denique res usucapitur cum sua causa, *l. 1. §. cum prædium, sup. de pign. l. usucapio, C. eod. tit. l. 2. tit. seq. l. justo §. non mutat, supr. de usurpat. & usucapion.*

Ad L. XL. de re Judic.

Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi.

HÆc lex est etiam de pignore, non tamen conventionali, vel, ut superior, de prætorio, sed de eo, quod in causam judicati capitur, quod discretionis causa interpretes nostri vocant *judiciale*, cum & id, quod prætorium est, sane etiam judiciale sit, & utrumque jussu prætoris constituatur, vel præsidis, sed non ex edicto utrumque: prætorium ex edicto, judiciale extra ordinem, *l. si pignora, sup. de evict.* Et docet hoc loco Papinianus in causam judicati, id est, judicati exequendi gratia, posse capi jure pignoris etiam commoda præmiorum, *quæ*, inquit, *propter sacras coronas præstantur*, videlicet, si qua commoda judicato competant ob victoriam, quam ex sacris certaminibus domum reportavit. *Commodis*, inquit, *præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur*: nam qui vincebant sacris certaminibus, veluti Olympicis, coronabantur, *l. 1. C. de Athletis, l. 6. §. Ulpianus, sup. de excus. tut. l. spem, C. quæ res pign. oblig. poss.* Alii, ut nostris, frondibus oleastri, alii lauri, alii pinus, alii apii more Græcorum, quorum etiam vox coronæ, est mera Græca. Ac præter istam coronam etiam de publico victoribus præstabantur annonæ annuæ vel menstruæ, quod pensitandi verbum demonstrat in *d. l. spem*, & Vitruvius initio 9. scribens, *Victores e Republica constitutis vectigalibus perpetua vita frui*. Et hæc quidem vectigalia, hæc commoda sive præmia, ἔπαθλα, sive annonæ publicæ possunt capi in causam judicati, judicato prohibito ea percipere, & quo die ea præstari solent, executore rei judicatæ ea auferente judica-

dicati faciendi causa. Quo argumento dici potest, etiam commoda, quæ clericis præstantur posse capi, & in causam judicati converti. Et probatur hoc etiam in capite 2. *ext. de fidejuss.* Itemque stipendia militum, quoniam *l.stipendia, C.de exsec.rei judic.* sub conditione tantum vetat stipendia militum pignori capi, si alia ratio suppetat, qua rem judicatam magistratus exequantur, & perducant ad effectum: quam conditionem etiam apponimus commodis athletarum, ut non possint capi in causam judicati, nisi quum alia bona condemnato non supersint. Ex conventione vero constat hæc omnia commoda pignori jure non obligari, *d. l. spem.*

Ad L. XXI. de Privil. cred.

Antiochensium Cœlesyriæ civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, jus persequendi pignoris durare constitit.

HÆc quoque lex est de pignore, non tantum de conventionali, vel prætorio, vel judiciali, sed de eo, quod lege datur, quod tacitum pignus dicitur, ut Antiochiæ splendidissimæ civitati Cœlesyriæ, curvæ vel Cavesyriæ ad differentiam Syriæ Phœnicis & aliarum Syriarum; Antiochiæ, inquam, lex sua propria dedit privilegium in bonis defuncti debitoris; defuncti, non viventis, id est, dedit tacitam hypothecam in bonis defuncti debitoris, sicut in *l.simile, inf.ad municip.* dicitur, fiscum habere privilegium in bonis debitoris, id est, tacitam hypothecam, quod & privilegium dicitur in *l.2.C. de servo pign. dat. man.* Est sane privilegium hoc fisci, ut habeat tacitum pignus, ut tacite ei sint pignerata bona debitoris, etiam viventis, quoniam idem privilegium non habet quælibet Respu. nisi quæ id accepit nominatim a Principe, ut ait *d. l.simile, & l. 2. C. de jure Reip. lib.11.* vel quæ id habet sua lege, & more vetusto, ut habuisse Antiochiam civitatem Cœlesyriæ, ait, non quidem in bonis viventis, ut fiscus: sed defuncti tantum debitoris. Quod privilegium Antiochiæ etiam durare, hoc loco Papin. ait: quid hoc est, *etiam durare?* nempe non esse sublatum edicto Severi Imperatoris, quo omnia jura & privilegia eum Antiochenis ademisse, eo quod in bello civili Nigri Nigrum juvissent. Ælius Spartianus scribit in Severo, & in Anton. Caracalla: post adempta Antiochenis privilegia, tamen hoc privilegium tacitæ hypothecæ Papin. ait durare, quoniam id habuit ea civitas lege sua. Ratio igitur hæc est, quia tantum ea ademit Severus Antiochenis, quæ dederat ipse, vel data ab aliis Principibus initio sui Imperii confirmaverat. Ita quod fit hodie, est vetustissimum, ut soleant Principes initio sui Imperii, confirmare omnia privilegia, omnes immunitates, quod in jure nostro scriptum est, & scriptum esse pauci animadvertunt in *l. 6.* quæ Græca est, *de excus. tut.* quo loco agit de immunitate & privilegiis philosophorum, quæ eis, inquit, confirmavit D. Severus, *παρελθὼν εὐθὺς ἐπὶ τὴν ἀρχὴν διατάγματι τὰς ὑπαρχούσας, τιμὰς, καὶ ἀτελείας ἐβεβαίωσεν: statim atque principatum adeptus est, suos honores & immunitates confirmavit.* Quod quidem esse ex instituto Tiberii Imperatoris Suetonius scribit, & Aurel. Victor in Tito. Ademit ergo Severus Antiochenis sua beneficia, aut Principum superiorum, non ademit, quæ ea civitas lege sua & more patriæ recepto antiquitus habuit & exercuit; non ademit igitur jus taciti pignoris, quod habuit in bonis defuncti debitoris lege sua. Et hæc ratio significatur his verbis: *Quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit.* Recte enim editio Florentina expressit illud, *quòd*, cum accentu gravi. Et hic sane est sensus hujus legis, quem & Basilica conservarunt, & expresserunt his verbis, *Ἀντιοχία ἡ τῆς Συρίας κοίλης τὸ νόμιμον ἔχει, ἵνα ἐνέχυρα λάβῃ ἐκ τῶν πραγμάτων αὐτοῦ: Antiochia Cœlesyriæ privilegium habet, ut si debitor ejus vita decesserit, pignora capiat ex bonis ejus crediti servandi causa*, licet de pignore nihil convenerit, scil. male igitur Alciatus hanc

A legem accipit de jure *προτιμήσεως*, quasi lex diceret, in persequendo pignore convento, singulos Antiochenos præferri extraneis creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus. Quod hæc lex nullo modo dixit, quæ non est de jure prælationis, non de hoc privilegio, sed de jure & privilegio tacitæ hypothecæ. Male etiam Accurs. hanc legem accipit de eodem jure *προτιμήσεως*, in quo tamen longe aliter, quam Alciatus statuit, & tradit hic, Papinianum velle, civitatem vi privilegii, quod accepit sua lege, vel a Principe, non præferri privato antiquiori creditori hypothecario. Accursius nullum dat civitati privilegium, Alciatus dat aliquod, sed non quod erat in mente Papiniani.

Ad L. XIX. de Jure fisci.

B *Denique non esse præstandas usuras, cum pecunia revocatur, convenit; quoniam res, non persona convenitur.*

CErtum est fiscum in actione hypothecaria habere privilegium tacitæ hypothecæ ex suis contractibus, vel ex causa tributorum, non ex omnibus causis, ut demonstrat *l. rescriptum, sup. de pact.* Et jure tacitæ hypothecæ non habet privilegium, ut præferatur ceteris antiquioribus: denique pro privilegio habet tacitam hypothecam, sed non etiam, ut jure tacitæ hypothecæ excludat priores creditores hypothecarios. Denique in actione hypothecaria non habet nisi privilegium & prærogativam temporis: si fiscus sit prior, erit potior in hypotheca, si posterior, servabit suum ordinem. At in C actione personali fiscus habet privilegium, & primum locum obtinet inter omnes creditores chirographarios, etiam antiquiores: nam & hoc idem privilegium exactionis in actione personali habet quælibet Resp. *l. quod quis, & l.pen.sup.de reb.auctor.jud.possid.vel de privil. cred.l. 3.C.qui pot.in pign.hab.* Et ideo si quis ex aliis creditoribus occupet suum repetere a debitore, integrum est fisco, solutam creditori pecuniam revocare & repetere jure privilegii sui, ut *l.prox.§.ult.sup.l.5. C. de privil. fisc.* Revocat ergo fiscus, quod solutum est alii creditori, cui ipse est anteponendus, & revocat sortem tantum ei solutam, non etiam, ut ait hoc loco, ejus sortis usuras, quod creditor interim ea pecunia usus sit, quia, inquit; res, non persona convenitur, id est, fiscus non agit in personam creditoris, qui festinavit suum repetere, quasi sibi D obligatum, sed agit in pecuniam ipsam, quæ soluta præmature creditori est, non habita ratione privilegii fiscalis, eamque pecuniam vindicat. Constat autem in actionibus sive persecutionibus in rem usuras non venire, sed in actionibus in personam tantum, *l.si navis, de rei vindic.* Pertinet etiam ad hoc idem privilegium exactionis, quod fiscus habet, *l.37. hujus tit.*

Ad L. XXXVII. Eodem.

Quod placuit fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint: eo pertinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat.

E OStenditur, privilegium exactionis fiscum habere si suum persequatur, quod sibi abest, non si persequatur pœnam ex causa delicti. Nam antiquiores creditores chirographarii potiores sunt fisco pœnam persequenti, non rem, vel pecuniam suam. Et hoc est, quod dicitur, pœnam fiscalem esse post creditores, *l. in summa, l. Statius, §. ult.hoc tit.l.1.C.pœn.fisc.cred.præfer.lib.10.* creditores antiquiores scilicet, quoniam æquius est subveniri antiquiori creditori de damno sollicito, qui suum repetit, quam fisco affectanti lucrum ex præstatione pœnæ, quod adventitium lucrum est. Verum si pœnæ debitio sit antiquior credito, sane hoc casu fisco non auferetur, quamvis certet de lucro, jus commune privatorum, ut ait, opponens; jus commune, privilegio, id est,

pœna

pœna exsolvenda prius erit fisco, quam pecunia posteriori creditori, ut *l.ult.§.pen.C.qui potior.in pign.hab.* Atque ita prærogativa temporis facit, ut qui de lucro certat, potior sit eo, qui certat de damno. Et ita hæc lex explicanda est. Et nihil est præterea in *lib.*10.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib.XI. Responsorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XLI. De Pactis.

Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram, & te liberabo: licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit.

SPECIES hujus legis hæc est. Convenit nudo pacto inter debitorem & creditorem, non, ut stulti fingunt, in ipso tempore credendæ pecuniæ, alioquin pactum formaret actionem, & daretur actio ex pacto, quod tamen lex negat, sed id ita convenit postea, intermisso aliquo spatio temporis, ita scilicet convenit, ut, *si debitor intra certum diem solveret creditori partem debiti* (sermo est conditionalis) quod plerunque paciscuntur creditores, qui pecunia egent, *creditor ei residuum acceptum ferret*, vel quod idem est, residuo eum liberaret per acceptilationem: forte creditor, qui pecunia indigebat ante diem solvendæ pecuniæ, si debitor rei vellet intra diem breviorem solvere, & repræsentare partem debiti, pactus est, se residui gratiam facturum debitori, & eum liberaturum residuo per acceptilationem. Quæritur an debitor intra eum diem agere possit, ut per acceptilationem residuo liberetur oblata scil.parte debiti, alioquin qua fronte id desideraret? oblata igitur parte debiti, de qua convenit, & creditore nolente partem oblatam accipere? Et respondet Papinianus, nullam debitori eo nomine competere actionem, quia ex pacto nudo non nascitur actio, sed quia nascitur exceptio: si post oblationem partis, quam creditor recusavit, creditor totum petat, & agat in solidum, debitor se tueri potest exceptione pacti conventi, vel doli mali: nuda oblatione pactum non transire, non verti in contractum, ut actionem pariat, sed datione & obsignatione, *l.qui mutuam*, §.1.*mand.l.*9. *C.de solut.* Accursius & Doctores male ponunt, a debitore fuisse datam & solutam partem debiti: nam si soluta esset quasi pacto nudo jam perducto ad effectum, & in contractum converso, *do, ut facias, do partem debiti, ut mihi residuum acceptum feras*, tum debitori competet proculdubio actio præscriptis verbis in creditorem, ut se residuo liberet per acceptilationem, quia, ut nihil refert, quod & Doctores fatentur, statim atque pactus sum, stipuler, an postea, ut mihi competat actio, ita nihil interest, dem statim, an postea: & quod ait *l.petens*, *C.de pact.* in stipulatione, quæ sequatur, statim, inquit, id ad eam legem satis ostendi quo referendum sit. Observatio 10. nam ex eo non sequitur, quin, si id, quod pactus sum longo tempore, post deducam in stipulationem, mihi pariam actionem ex stipulatu. Quidni? datione vel stipulatione pactum sumit effectum, *l. divisionis*, *hoc tit.* Ergo in specie proposita nihil interest conditio pacti, *si solveris partem debiti citeriore die*, nihil interest ea pacti conditio impleatur statim, an postea: nam & conditio postea impleta retro recurrit, *l. potior, qui potior. in pign. hab.* Denique pactum transit in contractum, & in obligationis civilis causam, vel statim, vel postea pacti conditione impleta, unde nascitur actio, quia jam non est pactum, sed contractus. At quia in hac specie non fuit impleta conditio pacti, non fuit soluta pars debiti, de qua convenerat, sed oblata

A tantum: ideo ait, *offerenti*, quia nondum res pacti fines egressa est, id est, nondum transiit in contractum, sed stetit intra finem pacti; ex eo pacto non esse actionem debitori, ut liberetur, sed exceptionem tantum, secundum vulgarem regulam toto hoc titulo diffusam: ex pacto exceptionem dari, non actionem.

Ad L. XIX. de Compensat.

Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: Obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit.

B DEbitor Reipub. vel fisci (nihil refert) pecuniam debitam ex contractu Reipub. (sic est ponendum, non ex contractu servi publici, servi Reipub.) servo publico solvit eam pecuniam citra voluntatem ejus, qui præpositus est administrationi rerum civitatis, puta, curatoris Reipub. non recte solvit: ergo nec se liberavit a Repub. Curatori Reipubl. recte solvisset: servo publico sine voluntate curatoris Reipublicæ non recte solvit: ergo se non liberavit, & pristina obligatio manet, atque adeo integra est Reipublicæ actio in debitorem, qui, cui non debuit, solvit, perinde atque si nemini solvisset. Verum, ut monet Papinianus hoc loco, si cum eo agatur nomine Reipul. quia ex negotiis gestis cum servo publico, sicut quilibet alius dominus, Respubl. tenetur de peculio, quod peti posset a Republ. actione de peculio, id est, quod servo C publico solutum a Republ. repeti posset actione de peculio, non in solidum, sed in peculium tantum, quatenus ferunt vires peculii. Item si agatur nomine Reipub. ex pristina obligatione Reipubl. compensari potest, *peculii fini*, ut ait, id est, *peculio tenus*, quantum peculii tenus, quod arcus genus est, intendi potest, ut in *l. si sine herede*, §. *Modestinus*, *de administ. tut.* Itaque si tantum sit in peculio, quantum solvit servo citra voluntatem administratoris Reip. nulla Reipubl. actio competit: sin minus sit in peculio, superflui tantum petitio Reipub. superest: etiam Reip.vel fisco compensatio opponi potest, *l.idem, & l.ult. h.t. l.aufertur*, §. *quod in compensationem*, *de jure fisci*, & opponitur in hac specie Reipub. compensatio *peculii fini*, ut ait, quia Resp. agit ex suo contractu, quod initio posui: nam si Respub. D ageret ex contractu servi, quum servo solutum est, ex eo contractu nolente Republ. ut *l. quod servus tit. seq. l. quod servus, inf. de solut.* si inquam, Resp. ageret ex contractu servi, solidum compensaretur, quod servo solutum est, non peculii fini. Idque probat aperte *l.si cum filiofam.in princ. hoc tit.*

Ad L. LIII. Locati.

Qui fidejussor extitit apud mancipem pro colono publicorum prædiorum, quæ manceps ei colono locavit, Reipublicæ non tenetur, sed fructus in eadem causa pignoris manent.

LEx est de eo, qui conduxit prædia publica, quem E mancipem vocat, ut *l.*11. *C.de vectig. & comm.* Aggenus 2. de limitibus constituendis: *Mancipibus*, inquit, *agros Reipublicæ conducentib. in annos centenos*. Et Festus: *Manceps est*, inquit, *qui quid a populo conducit*, quia manu sublata, ut fit in auctionibus significat, se esse auctorem conductionis. Ponit autem hoc loco Papinianus, mancipem prædia publica colono locasse: nemo prohibetur, quod conduxit alii locare, quod quidem vocant ablocare, *l.6. C.de locat.* quia non tantum uti, sed etiam frui conductori permissum est. Ponit igitur mancipem prædia quædam publica colono locasse, *baille à ferme*, colonum autem mancipi cavisse de mercede sua die solvenda, dato fidejussore: Quæritur, an Reipub. sit actio in fidejussorem. Et ait non esse, quia fidejussor se Reip.

Reip. non obligavit, ſed mancipi: fidejuſſor cum Rep. non contraxit, vel adminiſtratoribus ejus, ſed cum mancipe. Ideoque nec in colonum ullam actionem habet, cum quo etiam non contraxit: ſi non in colonum, nec in fidejuſſorem ejus igitur. At fructus prædiorum tacite ſunt Reip. pignori obligati, quisquis eos perceperit, pro mercede, ſcilicet, quam manceps, ſive publicanus, quem hic Græci notant poſteriores vocaſſe *commerciarium*; pro mercede, inquam, quam manceps Reipub. cavit, perinde atque ſi eos fructus manceps percepiſſet, ut *l. ſi in lege*, *§. 1. hoc tit. l. in prædiis*, *inf. in quib. cau. pign. vel hypoth. tac. cont. l. 3. C. eod. tit.*

Ad L. IX. de Præſcript. verb.

Ob eam cauſam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, ſi fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur: itaque judicis officio non vetus obligatio reſtaurabitur, ſed promiſſa præſtabitur, aut condemnatio ſequetur.

SPecies hæc eſt. Te debitorem meum accepto liberavi ea lege, ut mihi vice tua delegares nomen debitoris tui: contractus eſt, non pactum: quia ego jam cœpi facere. Pactum eſt, ſi cauſa non ſubſit, id eſt, datio vel factum, ſed nuda & ſimplex actio tantum, nudum ſolumque placitum dandi vel faciendi: ut faciam, ut des, pactum eſt: facio ut des, contractus eſt, ut hoc loco, te accepto libero, ut tu mihi cedas nomen debitoris tui, utrumque eſt facere, *l. ſi mandatu*, *§. quoties*, *ſupra mand.* negotium igitur ita geſtum eſt, facio, ut facias, te accepto libero, ut mihi deleges nomen debitoris tui: pro pecunia, quam mihi debebas malui per delegationem ſequi nomen debitoris tui, ut in *l. 68. §. ult. ff. de evict.* At finge: ego te accepto liberavi, & tu non mihi delegas nomen debitoris tui: mihi in te competit actio præſcriptis verbis, quaſi ex articulo, facio, ut facias: quæ quidem actio datur in hoc, ut vel mihi cedas nomen debitoris tui, vel, ut Papinianus loquitur, ut promiſſam præſtes, ἀρχαικῶς, pro *promiſſionem*, ſicut *miſſam* pro *miſſionem*, & Cyprianus, *remiſſam* pro *remiſſionem*: ut igitur mihi promiſſam præſtes, ut ſcilicet mihi cedas nomen debitoris tui, vel præſtes id quod intereſt. Qua de cauſa hæc actio dicitur incerti actio, quia perſequitur id, quod intereſt, cujus æſtimatio non eſt certa, quia pendet ex facto, non ex jure, *l. quatenus*, *de reg. jur. l. ult. de præt. ſtip.* Verum an officio judicis ego, qui egi præſcriptis verbis, compelli poſſum, ut ſatis habeam, ſi reponas te in veterem obligationem, quam acceptilatio mea ſuſtulit ipſo jure. Poſſum id ſatis habere ultro, ſi velim, & agere in id tantum, ut vetus obligatio reſtituatur, aut reſtauretur, qua tu mihi tenebaris, ut *l. ſi mulier, & l. ſi accepto*, *ſup. de condict. cauſ. data*, *l. licet*, *inf. de jur. dot.* Sed hoc judicio præſcriptis verbis non poſſum compelli officio judicis, ut id ſatis habeam: ſed, quoniam nihil aut parum hic poteſt officium judicis in ſtrictis judiciis: quod ego ago, id mihi omnino præſtandum eſt, hoc eſt, vel obligatio, quæ promiſſa eſt, vel id quod intereſt, ut & *l. 5. hoc tit.* proponitur duobus locis aut tribus, actione præſcriptis verbis non hoc agi, ut reddas, quod accepiſti, cum tamen poſſem agere condictione ob rem dati, ſi vellem, ſed non id ago actione præſcriptis verbis: verum ut mihi præſtetur id quod intereſt, quanti mea intereſt a te viciſſim dari, aut fieri id, de quo convenit, & fidem eandem mihi ſervari, quam ipſe prior exhibui dando, vel faciendo.

Ad L. I. de Pignor.

Conventio generalis in pignore dando bonorum, vel poſtea quæſitorum recepta eſt. In ſpeciem autem alienæ rei collata conventione, ſi non fuit ei, qui pignus dabat debita, poſtea debitori domino quæſito: difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur. Sed facilior erit poſſidenti retentio.

IN Pandectis Florentinis hæc lex 1. adſcribitur libro 11. In Noricis autem & vulgaribus adſcribitur libro 2. quam inſcriptionem veriorem eſſe arbitror, quoniam lex, quæ ſequitur, eſt ex tertio. Et Tribonianus in diſponendis prudentum ſententiis vel opinionibus ſequi ſolet ſemper ordinem librorum, unde eas ſententias vel opiniones ſumit: primo loco dans eas, quæ ſunt ex primo, deinde eas quæ ſunt ex ſecundo, & ſic deinceps, niſi cum unius ſcripto interſeritur aliquid ex alio. Sunt autem in hac l. 1. reſponſa quinque. In primo proponitur differentia una inter generalem obligationem pignoris, & ſpecialem. Generalis eſt obligatio, ſi quis obliget præſentia bona & futura, ſi quis obliget, quæ habet, habituruſve eſt, quæ generalis obligatio vulgo recepta eſt, quamvis nunc non ſint in bonis debitoris, quæ quandoque habiturus eſt, quia collata obligatio in tempus intelligitur, quo in bonis debitoris erunt, ut *l. & quæ nondum*, *§. 1. hoc tit. l. ult. C. de remiſſ. pign.* Ergo generali obligatione, exceptis his rebus, quæ enumerantur in *l. 6. & ſequentibus*, *hoc tit.* continentur non tantum, quæ debitor habet in bonis, ſed etiam, quæ poſtea adquiſierit, licet nunc ea non habeat in bonis: Specialiter autem poſſum quidem obligare fructus, qui ex fundo, vel ex pecore meo naſcentur, vel partus, qui ex ancilla mea, tametſi nondum ſint in bonis meis, ob id ipſum, quod nec ſunt, quia intelligitur obligatio collata in tempus, quo mihi naſcentur fructus vel edentur, *l. & quæ nondum*, *in princip. l. potior*, *§. pen. inf. qui pot. in pign.* Itemque poſſum ſpecialiter pignori obligare rem mihi debitam ſive nomen debitoris mei, *l. 3. §. 1. ff. qui pot. in pign. l. ſi convenerit*, *ſup. de pigner. actio. l. nomen*, *C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Quod & in hoc reſponſo Papinianus ſignificat illo loco: *ſi non fuit ei, qui pignus dabat, debita*. Item ſpecialiter pignori obligare poſſum rem mihi pigneratam, in qua habeo jus pignoris, *l. grege*, *§. cum pignori*, *hoc tit.* vel etiam eam rem, in qua uſumfructum habeo, *l. 11. §. uſumfructum*, *& d. l. & quæ nondum*, *in princip. hoc tit.* vel etiam rem, in qua habeo jus ἐμφυτευτικὸν, vel jus ſuperficiarium, *l. tutor*, *§. ult. ſup. de pigner. act. l. etiam ſuperficies*, *ff. qui pot. in pign.* vel etiam rem, in qua habeo jus poſſeſſionis partæ bona fide, & juſta ex cauſa, *l. ſi ab eo*, *inf. hoc tit.* Quod quidem jus videtur jus ἐμβατευτικόν appellari in *l. 3. §. ſi jus*, *de reb. eor. qui ſub tut.* Denique rem alienam, in qua habeo jus pignoris, vel jus uſusfructus, vel jus emphyteuſeos, vel jus ſuperficiei, vel jus poſſeſſionis, pignori obligare poſſum, quia non rem ipſam obligo, quam non habeo in bonis meis, ſed jus, quod in ea re habeo. Rem autem alienam, in qua nihil juris habeo, & quæ mihi non debetur, poſſum quidem pignori obligare ſub conditione, *ſi in dominium meum pervenerit*, *l. ſi fundus*, *§. aliena*, *hoc tit.* Pure autem & ſpecialiter rem alienam, in qua nullum jus habeo, & quæ mihi non debetur, pignerare non poſſum ſine voluntate domini, *l. ſi ſervum quem*, *in fine*, *ff. de act. empt. l. ſed etſi lege*, *§. ſi quis re ſua*, *ſup. de petit. heredit. l. aliena*, *ſup. de pignerat. act.* Et ſi eam rem alienam forte pigneravero, non eſt pignus. Et tamen rem alienam, ut conſtat inter omnes, vendere poſſum, *l. rem alienam*, *de contr. empt.* quæ nobis explicanda eſt ex libr. 5. Ulpianus ad Sabinum. Hoc eſt obſervandum in primis, & initio hoc proponi ex Sabino: Rem alienam diſtrahere quem poſſe nulla dubitatio eſt, quæ ſententia, quod videretur dura, aſpera, & iniqua, ut & *l. 1. C. de comm. rer. alien.* ait, ſatis illicitam eſſe venditionem rei alienæ, ideo eam ſententiam Sabini ſtatim Ulpianus ſic explicat: nam hæc verba Papiniani, Ulpiani ſunt: *nam*, inquit, *emptio eſt & venditio*: ergo ultro citroque actio empti & venditi: ſed res emptori a domino auferri & evinci poteſt, quia ſcilicet venditio rei alienæ, jus dominii non mutat, & re evicta a domino, evictionis nomine, emptori eſt regreſſus adverſus venditorem actione ex empto, vel ex ſtipulatu. In hoc igitur conſiſtit differentia inter pignus & venditionem, quod rei alienæ pignus non eſt, rei alienæ emptio, ven-

ditio est. Et ratio differentiæ est, quia pignore contracto, vel convento hoc agitur, ut res sit obligata, obnoxia, nexa; nemo autem potest obligare rem alienam, in qua nihil juris habet: venditione autem hoc non agitur, ut res obligetur emptori, nec ut dominium rei transeat in emptorem, nisi interveniat mancipatio, sed ut possessio tantum transeat in emptorem, quam venditor habet præstita cautione evictionis nomine, & de dolo malo, *l.1. de rerum permut.* Potest rei alienæ mea esse possessio: Ergo & ejus rei emptio, venditio est, cujus possessionem tantum habeo, non dominium. Solius domini est pignori obligare: vendere non est solius domini, sed etiam possessoris. Et quod dicitur in *l.9. §.1. hoc. tit.* quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere, id est ita supplendum, ne latius accipiatur, quod nostrum emptionem & venditionem recipit, etiam pignerationem recipere potest: neque enim in locum habet in re aliena, quæ venditionem recipit, non pignerationem: sed ea sententia locum tantum habet in eo, quod nostrum est jure dominii, vel jure ususfructus, vel jure pignoris, vel quo alio jure: usumfructum possum vendere, ergo & pignerarre; quo argumento utitur *l.11. §. usumfructum, hoc tit.* At quæritur in hoc primo responso, si rem alienam specialiter pignori obligavero, in qua nihil habebam juris, & quæ mihi non debebatur, quæ obligatio jure non consistit, & vitiosa est ab initio, an tamen convalescat postea, si ejus rei dominium adquisiero, ita ut vel utilis actio hypothecaria creditori detur? Et respondet Papinianus creditori, si scierit rem esse alienam, quæ sibi pignori opponebatur, vix prætorem daturum utilem actionem hypothecariam, possit dare quasi convaluerit pignus dominio adquisito debitori, sed difficilius dederit, vix dederit scienti creditori: facilius autem & sine cunctatione hoc casu, creditori, qui ignoravit, rem esse alienam dederit utilem hypothecariam, quia quod vulgo dicitur, *id quod ab initio non valet, ex post facto non convalescere*, quod audio quotidie objici. Ut facessat deinceps ejusmodi regula, cujus adeo frequens objectio est, statuendum eam esse regulam summi juris, ut omnes, quæ sunt in titulo *de reg. jur.* sunt veræ regulæ & de rigore juris, & ita omnes accipiendæ sunt. Unde objicienti eam regulam, duorum alterutrum contra objici potest. Primum, vitiari regulam, si sit lex specialis quæ statuat convalescere, quod initio vitiosum fuit: ut ecce, donatio inter virum & uxorem ab initio non valet, sed convalescit morte donatoris ex oratione Antonini. Regulæ derogat specialis constitutio, vel lex. Vel etiam in plerisque causis licet respondere, *quod initio vitiosum est, ex post facto non convalescit*: directo non convalescit, fateor, sed convalescit ex causa, æquitate suadente, prætore dante, non directam quidem actionem, cui obstat rigor juris, sed utilem actionem, cujus parens est æquitas: ut in hac specie, si rem alienam ignoranti creditori pignori opposuero, & postea ejus rei dominium nactus fuero, quasi pignus convaluerit adquisitione dominii, creditori prætor dabit utilem actionem, sive utilem hypothecariam contra debitorem, qui eam rem possidet jam ut suam, nec agenti creditori debitor probe resistit & adversatur, alioquin ex mendacio suo argueretur, qui eam rem pignori posuit quasi suam, si nollet eam vindicari a creditore, vel utili hypothecaria, quæ est ratio Pauli elegantissima in *l. rem alienam, in fi. sup. de pigner. act.* Utilis actio bifariam accipitur in hoc titulo. Uno modo, pro actione hypothecaria directa, quæ & Serviana dicitur & quasi Serviana & utilis Serviana; & nonnunquam pigneratitia: utilis, inquam, actio dicitur, pro hypothecaria directa: quæ tamen ipsa actio omnino comparatur actioni Servianæ: quæ directo competit locatori tantum, de rebus coloni pignori obligatis pro mercedibus fundi, ad cujus exemplum actio hypothecaria datur cuilibet creditori hypothecario: & comparata actio hypothecaria actioni Servianæ, quæ locatori tantum datur, est utilis Serviana, vel quasi Serviana, ut in §. *cum prædium inf. h. l.* Altero modo utilis actio accipitur pro utili hypothecaria, ut in primo responso conjuncta *l. cum res, C. si res alien. pign. data sit.* Denique hypothecaria collata cum Serviana, utilis est collata cum utili hypothecaria, directa: potest ad exemplum utilis actionis, quæ & ipsa datur ad exemplum directæ, formari alia actio utilis, id est, actionis utilis: actio utilis, ut Publiciana actio est utilis, quæ datur ad exemplum directæ vindicationis, *l. in honorariis, inf. de obligat. & action.* Est tamen quædam Publiciana utilis, id est, quasi Publiciana, *l. nec quasi, de rei vindic.* & collata quidem Publiciana cum directa vindicatione, utilis vindicatio est: collata cum utili Publiciana, directa est.

Scienti autem creditori, ut ad responsum redeam, rem esse alienam, quam debitor pignori opponebat, re postea facta in bonis debitoris, Papinianus ait, vix prætorem daturum utilem hypothecariam, si pignus creditor non possideat. Et facilius, si creditor possideat eam rem, daturum retentionem rei, beneficio exceptionis doli mali adversus debitorem agentem directa vindicatione, qua dominium petitur, quod postea adquisivit. Et similem casum, quo pignoris retentio est, non persecutio per hypothecariam dabit paulo post *l.1.* quæ est ex eod. lib. *inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & dat alium *l.1. C. etiam ob chirog. pec. pign. ret.* ex qua pignoris ex alia causa obligati etiam ob chirographariam pecuniam retentio est, non etiam persecutio, id est, actio hypothecaria; facilius datur retentio quam persecutio. Hanc autem sententiam Papin. ut rei alienæ, quam debitor pignori opposuit, quæ obligatio jure non consistit, postea dominio debitori quæsito, creditori maxime ignoranti detur utilis hypothecaria, nedum retenttio, difficile scienti, hanc, inquam, sententiam Papiniani nostri comprobat etiam Paulus in *l. rem alienam, sup. de pigner. act.* reddita ratione, quam exposui ante. Verum idem non admittit Paulus isto casu, si res aliena pignori frustra obligata a debitore sine voluntate domini, postea ejus rei dominus debitori heres extiterit. Hoc enim casu, Paulus ait, non videri pignus convalescere, nec ignoranti creditori dari utilem hypothecariam, aut agenti creditori probe & merito resistere dominum, qui pignerationi rei suæ non consensit. At in proposito casu debitor ipse pignori consensit, sive pigneravit rem ipsam, cujus postea dominus effectus est: atque adeo improbe resistet, quo minus rata habeatur pigneratio, quam ipse fecit. Ergo Paulus differentiam facit inter hunc & illum casum, & adfert illam rationem differentiæ quam notavi. Verum animadvertendum est postea libris differentiarum, ea ipsa differentia exposita, quam Paulus tradit in *d.l. rem alienam*, Modestinum (qui longe fuit post Paulum: nam ad ætatem pervenit Gordianorum) docere in *l. si Titio, hoc tit.* idem obtinuisse tandem, & hoc posteriore casu, domino rei succedente debitori: atque ita utroque casu pignus, non directo quidem convalescere, ut ait *d. lex si Titio*, sed dari creditori utilem hypothecariam, utilem pigneratitiam, hoc est, utiliter convalescere: nec sine ratione postea obtinuit idem hoc posteriore casu, quia æquum est herede facere ratum, quod defunctus gessit, quamvis id gesserit sine sua voluntate, *l. 3. C. de reb. alien. l. si ab eo, C. de lib. caus.* Postremo quod in specie, de qua tractat Papinian. in hoc primo responso, ait, facile dari creditori retentionem rei, tam scienti quam ignoranti, ei nihil obstat *lex cum vitiose, inf. hoc tit.* quæ ait, pignore vitiose vel inutiliter contracto retentioni pignoris locum non esse, etiam, inquit, si bona creditoris ad fiscum pertineant, quoniam ea lex de pignore est accipienda, quod ex post facto non convaluit tuitione Prætoris, ut de fundo dotali, quod exemplum est appositissimum, quem maritus obligavit contra l. Juliam, cujus pignoris nec retentio est, etiamsi bona debitoris, ut etiam videtur legendum in *l. cum vitiose, ex l.2. de fundo dot.* ad fiscum pertineant, qui semper est locuples, & semper est solvendo, vel *bona creditoris*, non est locus retentioni, quia pi-

pignoris causa vitiosa permansit. At in hoc responso agitur de pignore, quod ex æquitate convaluisse intelligitur, cujus retentio est, & non retentio tantum, sed etiam persecutio maxime ignoranti creditori. Ait Modestinus in *l. cum vitiosæ*, quæ pro regula est, quoniam est ex libro Regularum, *cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locum non esse*, hæc est regula, quam amplificat subjiciens, *nec si bona creditoris ad fiscum pertineant*: & nullo verbo immutato breviter sensus hic est: Pignore vitiose vel inutiliter contracto, neque persecutionem, quod est certissimum, neque retentionem pignoris creditori esse, neque fisco, qui creditori successit: creditore forte damnato in metallum, aut deportato, hoc est fiscum jure suo quodam proprio non retinere pignus, quod privatus creditor, cui successit vitiose contraxit, nec retinere potuit, sed fiscum uti jure privati creditoris, quod congruit cum *l. 6. in pr. ff. de jure fisci*, & *l. 2. de fundo dot. l. 1. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Vitiose autem contrahitur pignus, ut puta, si prædium dotale pignori detur contra legem Juliam, ut si res pupilli aut adolescentis pignori detur sine decreto contra orationem D. Severi, vel si quæ res pignori detur supra modum legitimæ usuræ contra legem Gabiniam, *l. 4. inf. de naut. fœn. l. pretii, C. mand.* Inutiliter autem contrahitur pignus, ut puta si res aliena pignori detur, vel res litigiosa: hoc modo creditor repellitur exceptione litigiosi, *l. 1. §. ult. ff. quæ res pign. oblig. poss.* vel hac exceptione, *quod ea res in bonis debitoris numeratæ pecuniæ tempore non fuerit*, ut *l. 3. h. tit. l. qui prædium, C. si aliena res pign. data sit*. Priore casu, quum pignus datum est contra legem, creditor repellitur ipso jure, lex vitiosum pignus facit, exceptio justa, inutile & inefficax, & neque vitiosi, neque inutilis pignoris retentio est cuiquam, ac ne fisco quidem, nisi ex causa interveniente prætore, quasi quodammodo convaluerit. Et ita explicanda est *l. cum vitiose*. Veniamus ad secundum responsum hujus legis.

Ad §. Servo.

Servo pignori dato, peculium ejus creditor, citra conventionem specialiter super eo conceptam, frustra distrahit. Nec interest quando servus domino peculium adquisierat.

IN secundo responso legis primæ ostenditur, servo a domino pignori obligato, non videri etiam pigneratum peculium servi, nisi ita actum sit nominatim; & ideo non posse distrahi peculium a creditore; servum posse distrahi jure pignoris, nec quicquam interesse, peculium id domino adquisitum sit, antequam servum pignori obligaret, an postea: nam quoquo tempore adquisitum sit, pignori non tenetur, nisi ex manifesta alia conventione. Denique peculium non sequitur creditorem, cui servus pigneratur, sicut nec legatarium, cui servus legatur tantum, *l. si legatus, ff. de pecul. leg.* nec emptorem, *l. quotiens, de contrah. empt.* & in fructibus fundi pignerati aliud dicimus, quam in peculio servi pignerati: nam fructus fundi pignerati tacite pignori esse creduntur, si modo percepti sint a debitore, vel herede ejus, *l. 3. C. in quibus caus. pign. vel hypoth.* pro qua *l. in §. seq.* Accursius adducit male *l. in prædiis, inf. eod. tit.* quæ lex non est de fructibus fundi pignerati, sed de fructibus fundi locati. Itemque partus editi ex ancilla pignerata, tacite pignori esse creduntur, si dominium eorum ad debitorem pervenerit, vel heredem ejus, *l. Paulus, §. 1. ff. hoc tit.*, *l. 1. C. de part. pignor.* At peculium servi pignerati tacite, non intelligitur esse pignori obligatum. Et ratio hæc est, quia fructus vel partus, ex re ipsa, quæ pignerata est, natura proveniunt & nascuntur. Peculium non nascitur ex servo ipso, sed ex industria ejus, vel negotiatione, vel adventitio lucro, & peculium res separata est a servo, nec accessio quidem est servi: ne hoc dixeris, nisi quum servus pigneratur, aut venditur, aut legatur cum peculio: tum accessionis locum obtinet, *l. 2. ff. de pecul. leg. l. 2. ff. de pen. leg.* At si sine peculio legetur, pigneretur, aut vendatur, sane falsum est, peculium esse accessionem servi: quod tamen hoc loco Angelus imprudenter admittit, & adstruit, alioquin semper peculium sequeretur suum venditum, aut pigneratum, *l. libertorum, §. ult. de leg. 3.* Sequitur tertium responsum.

Ad §. Cum Prædium.

Cum prædium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent convenit: eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt:

PRoponitur in specie hujus §. fundum simul ac fructus, qui ex fundo nascerentur, fuisse pignori obligatos: quæ conventio non est supervacua, quia non sunt fructus omnes fundi tacite pignerati, si ea conventio non intervenerit, sed ii tantum, ut dixi in secundo responso, qui percipiuntur a debitore, vel herede ejus, quia perceptione facti sunt in bonis debitoris. At qui percepti sunt ab alio, veluti a bonæ fidei emptore, cui debitor vel alius fundum creditori obligatum distraxit; non sunt pignori, nisi ex conventione expressa; At quemadmodum hoc loco proponitur, ubi conventio expressa intercessit, ut fructus fundi pignerati & ipsi pignori essent, si sint percepti ab emptore bonæ fidei, cui debitor vel alius fundum vendidit, ita distinguendum est: Aut ii fructus, quos percepit bonæ fidei emptor extant, aut consumpti sunt, si extant, eos simul ac fundum emptor creditori agenti utili Serviana, id est, hypothecaria restituere cogitur, *l. si fundus, §. in vendit. in fi. inf. hoc tit.* maxime, ut ait, si fundus credito non sufficiat, si minoris sit fundus, quam id quod debetur creditori, tum etiam fructus creditori restituendi sunt, & veniunt fructus extantes in actionem hypothecariam, quia & ipsi fructus nominatim pignerati sunt creditori, ut proponitur: & licet nunquam in bonis debitoris fuerint, tamen ex fundo nati sunt, qui in bonis debitoris fuit: sed si consumpti sunt, puta, si eos emptor consumpserit, non tenetur creditori actione hypothecaria eos fructus restituere, eorumve æstimationem. Qui bonæ fidei emptor est, fructus perfecte & ad plenum suos facit consumptione *l. quæsitum, in fine, de adquir. rer. dom. l. sequitur, §. lana, de usurp. & usuc. §. si quis a non domino. Instit. de rer. divis.* Consumptio plenum dominium tribuit bonæ fidei possessori: extantium non est plenus dominus, quia vindicari a domino possunt, *l. certum, C. de rei vindic.* Consumptorum autem nulla repetitio vel actio est in bonæ fidei possessorem: ex quo sequitur consumptione adquisito dominio fructuum, perimi pignus, quo fructus tenebantur obnoxii ex conventione expressa, quia eorum nomine creditori nulla superest actio hypothecaria. Inane est pignus, cujus nulla est actio. Atqui huic sententiæ, quamvis sit verissima, objicit Papinianus, quod vulgo dicitur, usucapione, quæ est etiam species adquisitionis dominii pignus non perimi, cur tamen perimitur consumptione, inquit? Quærit rationem differentiæ: nam differentia negari non potest. Consumptione fructuum pignus perimitur: usucapione fundi pignus non perimitur, neque conventionale, neque prætorium, *l. justo, §. non mutat, ff. de usurp. & usucapion. l. usucapio, C. de pignorib. l. missio, ff. pro empt. l. 2. ff. pro her.* Pignus prætorium neque interpellat usucapionem, neque interpellatur, aut perimitur usucapione. Eademque est ratio conventionalis pignoris: ideoque creditori usucapto fundo pignerato, vel qua alia re integra est actio hypothecaria adversus eum, qui usucepit. Perimitur quidem pignus & actio hypothecaria præscriptione longi temporis, vel longissimi adversus omnes, *l. creditor, ff. de diversis tempor.*

tempor. præscript. l. 7. & ult. C. de obligat. & action. l. 19. C. de evict. l. 1. & 2. C. si adv. cred. sed non etiam perimitur usucapione anni in mobilibus, aut biennii in immobilibus, quod fuit usucapionis tempus legitimum ex XII. tab. quod sequuti sunt semper in Rep. usque ad Justinianum. Dominium, id est, proprietas adquiritur usucapione, non liberatio pignoris, quia res usucapitur & alienatur alio quoque modo cum sua causa: dominium a pignore sejunctum & separatum est; itemque ab usufructu, vel alio jure, quod rei cohæreat, *l. locum, §. pen. de usufr. d. §. non mutat.* Vis videre, quam jus pignoris, vel jus ususfructus, vel aliud jus, quod rei cohæreat, sit sejunctum a jure dominii? fieri potest, & fit plerumque, ut in eadem re unus habeat jus dominii, alter jus pignoris, vel ususfructus, vel emphyteuseos, vel superficiei: nulla igitur dominium cum hisce juribus societate conjungitur: & aliud juris est in legato operarum servi, quod usucapto servo perimitur, *l. 2. de usufr. leg.* quod ad hoc responsum notat Accursius subsistens in ratione reddenda, quæ talis est: qui legatum operarum servi debuit, non servus, sed heres quasi dominus: & debere desiit igitur amisso dominio servi, puta usucapto servo, nec porro is debet legatum operarum, qui servum usucepit, quia ab eo legatum relictum non est. Usumfructum vero non debet dominus, sed fundus vel res, in qua ususfructus constitutus est. Quamobrem nec mutatione dominii, sed mutatione rei, ususfructus perimitur, & pignus similiter, quia rei cohæret, *l. sicut, in princ. ff. quib. mod. pign. vel hypot. sol.* Verum adnotandum est ad hæc, hodie usucapione transformata a Justiniano, & prolata in longius tempus, juri antiquo consequens esse, rerum immobilium pignus perimi usucapione Justiniana, quia hodie non completur usucapio rerum immobilium nisi longo tempore, id est, decem annis inter præsentes, & 20. inter absentes, quo etiam perimitur pignoris causa rerum etiam mobilium usucapione, quæ hodie est triennii: olim ante Justinian. fuit anni, & ejus juris vetustissimi etiam vestigium remansit in *l. cum sponsus; §. pen. de Pub. in rem act.* illo loco, *nondum anniculo*: rerum, inquam, mobilium usucapione Justiniana, contra quam Accurs. sentiat etiam hodie perimi etiam pignerationem hisce rationibus: nam præscriptionem longi temporis, quæ hodie usucapio est, invenio requiri tantum in rebus immobilibus ad tollendam actionem hypothecariam, non in mobilibus: & par est atque conveniens productionem temporis factam a Justiniano, qua omnium rerum usucapionem produxit in longum tempus, eandem vim habere in mobilibus, quam immobilibus, ut & directam vindicationem perimat, & hypothecariam, ac si jure veteri (quod est verisimile obtinuisse) etiam rerum mobilium pignus perimeret præscriptio triennii. Secundum hæc autem quæ diximus, Papinianus, hoc loco statuit, consumptione fructuum pignus extingui, quamvis & eo genere bonæ fidei possessor dominium fructuum adquirat, usucapione tamen prædii pignus non extingui, reddita ratione differentiæ hujusmodi, quia facilius dominii adquisitione perimitur pignus fructuum perceptorum ab alio, qui nunquam fuerint debitoris, quam pignus prædii, quod fuit semper in bonis debitoris. Et hæc est sententia hujus responsi, ad quod multa quærit Accurs. sed ex eis jam enarratio hujus responsi multa profligavit. Restant quædam quæstiones Accurs. ad hoc responsum, de quibus tractabimus die proxima. Ex tertio responso, quod est in *l. 1. de pign.* intelleximus, fundo & fructibus, qui ex eo nascerentur, nominatim pignori obligatis, fructus perceptos a bonæ fidei emptore, si extent venire in actionem hypothecariam, si consumpti sint, non venire. Consumptione perimi pignus fructuum, quasi infirmius, quod fructus illi nunquam fuerint in bonis debitoris. Usucapione tamen, quæ non minus perficit dominium fundi, quam consumptio dominium fructuum, non perimi pignus fundi, quia semper fundus fuit in bonis debitoris, & firmius est in fundo jus pignoris, quam in fructibus. Ad hæc duæ ab Accursio quæstiones proponuntur.

Prima quæstio Accurs. hæc est. Usucapto fundo si creditor ab eo, qui usucepit actione hypothecaria fundum avocaverit, ut potest, quia pignus non est peremptum usucapione, an creditor debitori offerenti pecuniam debitam, teneatur actione pigneratitia, quæ de pignore restituendo datur, ut restituatur debitori absoluto creditore? Movet dubitationem, quia fundus desiit esse in bonis debitoris, & usucapione factus est alterius; neque tamen ideo debitori si offerat debitum, deneganda est actio pigneratitia: nam etsi ab initio debitor in causam pignoris rem alienam tradidisset, vel si rem alienam a debitore pignori oppositam, creditor per injuriam & sordes, vel per errorem judicis domino abstulisset, edita actione hypothecaria, quamvis pignoris obligatio non consistat, tamen soluta omni pecunia debita, debitori adversus creditorem competeret actio pigneratitia, ut est proditum in *l. 9. §. pen. sup. de pign. act. l. rescriptum, §. pen. ff. de distr. pign.* Et si hoc ita procedit, cum pignus non consistit, puta, re aliena pignori data, & multo magis, quum pignus consistit, puta, re sua pignori data, quæ postea usucapta sit: nam quodcunque per obligationis occasionem evenit, quodcunque per occasionem contingit obligationis qualis qualis, justæ, vel injustæ a debitore interpositæ, id æquius est debitori, quam creditori proficere, *d. l. rescriptum, §. 1. arg. l. is qui alienum, ff. de solut. & l. qui alienam, in princ. de evict.* nec quidquam interest debitor mala, an bona fide rem alienam quasi pignori dederit: nam & prædoni, id est, malæ fidei possessori, & furi datur actio pigneratitia soluto debito, *l. si pignore, §. si prædo, sup. de pignor. act.* sicut datur etiam prædoni, & furi commodati actio, quia & interest ejus, eo quod domino tenetur, *l. commodare, & l. seq. sup. commod. l. 1. §. si prædo, ff. depos.* quas etiam Accurs. addit hoc loco: Et ita explicita est prima quæstio. Altera quæstio Accursii hæc est, an restituta re pignerata debitori per actionem pigneratitiam ei, qui eam rem usucepit, ulla sit actio cum debitore, qui rem recuperavit? Et constat esse in rem actionem, usucapio parit in rem actionem, & locupletat eum, qui usucepit cum damno alterius, *l. 18.* conjuncta *l. seq. sup. ex quib. cau. major.* Ergo frustra rem a creditore repetierit debitor actione pigneratitia omni pecunia soluta, si postea dominus, id est, qui eam rem usucepit, eam a debitore jure suo vindicet? Sane ita est, frustra repetierit rem pigneratitio judicio, si is, qui usucepit jure suo uti velit: neque enim ullo remedio potest se debitor tueri adversus eum, qui rem usucepit: non si forte creditor in accipienda pecunia debita, debitori cessit actione hypothecaria. Hoc remedium non est idoneum, quia, ut & Accursius animadvertit, inutilis ea cessio est: nec enim, ut & idem Accursius præcidit in *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* cedi potest actio hypothecaria sine principali, nec nisi omni jure nominis cesso, ut in *l. pen. inf. de distract. pign. l. emptori, sup. de heredit. vend.* Competere quidem potest actio hypothecaria quibusdam casibus ei, qui desiit habere personalem, ut in *l. 1. & 2. C. de luit. pign. & l. debitor, ff. ad Trebell.* sed non potest cedi, aut competere actio hypothecaria, ei qui nunquam habuit in seipsum, nec cedi ei potest utiliter, quoniam cessione confunderetur, eodem & debitore, & creditore constituto ejusdem pecuniæ: ergo & hypothecaria eidem debitori utiliter cedi non potest. Nec obstat *lex in creditore, ff. de evict.* quoniam in ea l. actio personalis non ceditur debitori, sed emptori pignoris, non proponam speciem, quoniam est apertissima. Nihil etiam obstat *l. mulier, ff. qui pot. in pign.* cujus species necessario exponenda est. Mulier marito dedit fundum suum in dotem, quem creditori pigneraverat: post mortuæ uxori in matrimonio ex testamento heredes extiterunt maritus & liberi, ex eo & ex alio marito nati: creditor actione hypothecaria vindicat fundum a marito, qui eum juste possidet ex causa dotis,

quo-

quoniam præmortua uxore dotem lucratur, & adventitiam & profectitiam, si pater non sit; & creditori vindicanti fundum actione hypothecaria maritus offert pecuniam debitam: oblatione debiti creditor removetur a vindicatione pignoris, ab actione hypothecaria, & removeretur etiam offerente injusto possessore, *l. Paulus*, *§.ult.inf.quib.mod.pign.vel hypoth.solv.* quæ est conjungenda cum *d.l.mulier*. Non tamen injustus possessor offerendo pecuniam, creditorem etiam cogere potest, ut sibi cedat jus nominis, injustus possessor creditorem removere potest a vindicatione pignoris, cogere non potest ad cessionem nominis, quia qui injuste possidet cessionarius, vel procurator in rem suam justus esse non potest: maritus est justus possessor, prædo non juste possidet: at maritus quia justus possessor est, ut paulo prius dixi, creditorem compellere potest, ut sibi cedat jus nominis, non tantum ut recedat a pignore, sed etiam ut sibi cedat jus nominis, personalem actionem scilicet, quia cum maritus sit morte uxoris factus plenus dominus fundi dotalis, consequenter non potest ei in suo fundo cedi jus pignoris: res mea non potest mihi esse pignori, *l. neque pignus*, *de reg.jur.* At recte marito ceditur actio personalis adversus coheredes, id est, liberos ex se & alio natos: ceditur marito, fateor. Sed ut respondeam, quum marito ceditur, non ceditur debitori in solidum, sed debitori pro parte tantum hereditaria; atque adeo non ceditur pro sua parte, pro qua cessio inutilis esset ratione confusionis, sed ceditur actio personalis pro partibus coheredum, & recte. Præterea notandum est, non posse etiam adversus usucapionem debitorem eo se remedio tueri, quod protulit Accursius hoc loco, nec Bartolus probat, videlicet, si debitor creditori rem pigneratam dederit in solutum, quia hoc modo debitor rem gesserit domini, id est, ejus qui usucepit potius, quam creditoris vel suam: nam actionem utilem negotiorum gestorum de pretio in se domino paraverit, si dominus ratam faciat dationem in solutum, *l.3.C. de neg.gest.* Est enim datio in solutum similis emptioni & venditioni, vel dominus ratam non faciat dationem in solutum, ei in creditorem paraverit efficacem in rem actionem pignore dato in solutum, creditore jam non possidente jure pignoris, sed titulo pro soluto: ac proinde sublato jure pignoris, etiam rei alienæ datio in solutum, sicut venditio, valet; & alio jure est solutio, alio datio in solutum. Solutio rei, pecuniæve alienæ non valet nec liberat debitorem pristina actione, *l.etiam*, *l.qui sibi*, *de solut.* datio in solutum liberat pristina actione, etiam si res aliena data sit, sed re evicta creditori competit actio ex empto de evict. *l.4.C.de evict.* quia datio in solutum emptioni venditioni adsimilatur. Et ita sunt definiendæ hæ duæ quæstiones Accursii.

Ad §. Pacto.

Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensentur fini legitimæ usuræ, quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ majores usuræ stipulanti recte promitti potuerunt.

IN *§.pen.* proponitur hæc species; Creditor crediti nomine accepit hypothecas, & stipulatus est usuras trientes ad diem certum solvi, addito pacto, ut si debitor ad diem non solveret usuras trientes, fructus hypothecarum creditor compensaret, & retineret in vicem usurarum, *fini* tamen, ut ait, *legitimæ usuræ*, id est, centesimæ, non supra centesimam: nam & quod supra modum licitum excederet, quod centesimam excederet, pro non adjecto esset, *l.pecuniæ*, *& l.placuit*, *ff. de usur.* Et Papin. ait, hanc pactionem, ut minoribus usuris ad diem non solutis, fructus hypothecarum retinerentur ad finem centesimæ usuræ, qua nulla est gravior, hanc pactionem esse justam & ratam: nam stipulatio majorum usurarum sub conditione concepta, si minores, de quibus initio convenit, ad diem non solvantur, valet, ut ait, idemque repetit Papinian. hoc ipso libro in *l.pecuniæ*, *&* §. 1. *inf.de usur.* si rata est illa stipulatio, rata quoque est, quæ ei similis est pactio superior: & quamvis non sit quidem ex ea pactione petitio usurarum, erit tamen retentio hypothecarum, sive fructuum ad finem legitimæ usuræ, ut *l.per retentionem* 4. *& l.pignoribus*, *C.de usur.* Quæ est sententia h. §. Dixi, quod excedit legitimam usuram esse inutile, & pro non adjecto haberi: & ideo pacto placuisse, ut fini tantum legitimæ usuræ fructus hypothecarum usuris compensarentur. Quid igitur si sit contracta ἀντίχρησις, ut vocatur ab auctoribus nostris, id est, ἀντὶ τῶν τόκων χρῆσις, puta, si actum sit, ut fructus hypothecarum retineantur, & compensentur in vicem usurarum, hæc conventio vocatur ἀντίχρησις, & valet jure civili, etiamsi quo anno fructus excedant finem legitimæ usuræ, propter incertum proventum fructuum, qui sæpe frustrantur dominos, *l. si ea lege*, *C. de usur.* Verum in specie proposita non est contracta ἀντίχρησις, quia non est actum simpliciter, ut fructus in vicem usurarum perciperentur, nullis ante usuris in stipulationem deductis, quo genere ἀντίχρησις contrahitur, sed actum est, ut in vicem usurarum, quæ in stipulationem deductæ erant, si non solverentur ad diem, fructus retinerentur ad finem legitimæ usuræ, quæ res indicat, animum fuisse creditori contrahendi fœnoris, non contrahendæ ἀντιχρήσεως, quia quum ἀντίχρησις contrahitur, nullæ usuræ specialiter in stipulationem deducuntur.

Ad §. Ultimum.

Cum prædium uxor viro donasset, idque prædium vir pignori dedisset, post divortium mulier possessionem prædii sui recuperavit, & idem prædium ob debitum viri pignori dedit. In ea duntaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit meliore prædio facto, scilicet si majores sumptus quam fructus fuissent, quos vir ex prædio percepit. Etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur.

IN *§.ult.* proponitur: uxor prædium viro donavit, idque vir creditori suo pignori dedit: donatio prædii non valet, quæ facta est constante matrimonio. Ergo nec pignus valet, quia rei alienæ pignus nullum est. At finge, divortio facto mulier prædium vindicavit, utpote neque donatione valente, neque pignore, *l. si sponsus*, *§. ult. & l. si sponsæ*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.* Et rursus mulier ipsa idem prædium ob debitum viri, a quo diverterat, pignori obligavit. Intercessit igitur pro marito: nam datio pignoris intercessionem facit, *l. quamvis*, *in pr. sup. ad Vellejan. l.* 4. *C. eod. tit.* Sed finge rursus, marito debere mulierem sumptus meliorati prædii, quos vir fecit in prædium, quamdiu eo fruitus est, ut prædium faceret melius & luculentius. Finge igitur, mulierem debere marito meliorationes, ut loquimur, prædii donati, quod ipsa revocavit, forte quia ii sumptus longe exuperant fructus a viro ex prædio perceptos. Et hoc casu compensata concurrente quantitate fructuum perceptorum, & meliorationum factarum in prædium, in superfluo sumptuum, quod viro mulier debet, consistit pignus prædii constitutum a muliere propter debitum viri: neque pro ea quantitate, id est, pro superfluo sumptuum pignus infirmatur Senatusconsulto Vellejano, quia in ea quantitate mulier non intelligitur intercessisse pro marito, sed suum negotium gessisse, quia erat obligata marito, ut in *l. si mulieri dederim*, *sup. ad Senatusc. Vellejan.* Illud maxime notandum est, sumptus meliorati prædii uxori, quæ prædium donatum revocat, reputari utiles scilicet, vel necessarios, ut in *l. sed si vir*, *§. si vir*, *de donat. inter vir.*

vir. & uxor. l. sin autem, §. pen. in fin. ff. de rei vind. sicut eos quoque sumptus conductor reputat locatori, *l.pen. sup.loc.* & bonæ fidei emptor venditori, *d. l. sin autem, §. pen. l. si prædium, C. de præd. minor.* non etiam malæ fidei emptor, *l. 3. & ult. §. pen. C. comm. de leg.* Sumptus ergo meliorationum non reputari uxori, sed compensari, ut ait, cum fructibus a marito medio tempore perceptis: nam fructus ex prædio donato suis operis adquisitos maritus sane suos facit, *l. fructus, ff. de usur.* sed compensat cum meliorationibus. Qua in re hic §. maxime notandus est.

Ad L. III. Qui pot. in pign. hab.

Creditor acceptis pignoribus, quæ secunda conventione secundus creditor accepit novatione postea facta, pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere, primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

TRia sunt responsa in hac l.3. quæ explicabimus, & primi quidem species est hujusmodi: Fundum Tusculanum meum Titio primum, qui mihi crediderat centum aureos, in eam summam obligavi; deinde eundem fundum obligavi Cajo secundo creditori; post novata obligatione, qua tenebar Titio, aliis centum aureis mihi ab eo creditis, & utraque pecunia cumulata in eandem summam & obligationem, eidem Titio eundem fundum Tusculanum cum aliis quibusdam fundis pignori obligavi, auxi posteriorem obligationem quantitate debiti, & additis aliis pignoribus; verum feci hanc novationem post obligationem contractam cum Cajo, ut Cajus videatur esse prior in causa pignoris fundi Tusculani. Quæritur, in distractione & persecutione fundi Tusculani, tam Cajo, quam Titio obligati, an Cajo Titius potior sit? Quod prima facie non videtur, quia tametsi exordio Titius fuerit prior in hypotheca fundi Tusculani, postea tamen cœpit esse posterior novatione facta. Et tamen aliud Papinian. judicium est, qui respondet, Titium esse potiorem in fundo Tusculano, quasi novatione facta mutarit obligationem tantum, aucta quantitate debiti, & additis aliis pignoribus, non etiam locum & ordinem suum, non privilegium prærogativamque sui temporis. Quod attinet ad causam fundi Tusculani pro primis centum aureis obligati, quia, ut ait, in ejus pignoris causa, in suum ordinem & locum Titius successisse intelligitur, id est, in priorem locum; aut nova obligatione locum pristinum non amisit, vel amissum mox recepisse. Et hæc est Papiniani sententia, quam ex hoc ipso libro Marcianus refert in *l. 12. §. Papinian. hoc tit.* hoc addito ex eodem responso, quod hoc loco relictum est imperfectum, Posteriore creditore, id est, Cajo non offerente pecuniam debitam Titio, nec hac ratione succedente loco Titii, sibique confirmante pignus, Titium jure suo posse distrahere fundum Tusculanum. Ita ut primam tantum pecuniam, quod maxime notandum, expensam ferat, id est, prima centum, quæ mihi credidit, antequam eundem fundum obligarem Cajo, non etiam secundam pecuniam, id est, alia centum, quæ postea credidit mihi: quoniam in prima tantum pecunia jure hypothecæ persequenda, non in secunda, Cajo Titius præfertur. Itaque si Titius ex distractione, vel venditione fundi Tusculani redegerit 120. debet centum expensa ferre, quasi a se mihi credita primum, & 20. quæ supersunt restituere Cajo secundo creditori. Qua actione vero? Non condictione ex lege, non officio judicis, non actione in factum, ut incertus, & hæsitans Accurs. tradit, sed utili hypothecaria, quasi superfluo, id est, eo, quod plus esset in pretio fundi Tusculani Cajo obligati, cui idem fundus pigneratus est, ut in *l. pen. hoc tit.* ubi illud superfluum eleganti nomine appellatur *hyperocha, la plus value*. Igitur illa 20. quæ supersunt, persequetur Cajus actione hypothecaria, quasi ὑπεροχὴν fundi sibi obligati. Nec ab hac sententia discrepat, quod ex eodem Papin. proponitur in *l.1.tit.seq.* Nam & in ejus l. specie fundo specialiter Titio obligato in centum, deinde Cajo generaliter omnibus bonis, ac postea novatione facta etiam Titio obligatis omnibus bonis, ob alium, vel ob eundem contractum, Titius jure suo eum fundum vendere potest, & ex pretio ferre centum duntaxat: superfluum si quod sit, servare Cajo, cui cetera bona omnia pignerata sunt prius quam sibi, & lex ea tantum tractat de venditione ceterorum bonorum a Titio non jure facta, quæ bona Cajus a quocumque possessore persequi potest actione hypothecaria: nullam vero in personam actionem habet in Titium eo nomine, puta quod cetera bona non jure vendiderit. Et hæc tantum pertinent ad primum responsum.

Ad §. Cum ex causa.

Cum ex causa mandati prædium Titio cui negotium fuerat gestum, deberetur priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem prædium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset. Verum in ea quantitate quam solvisset, ejusque usuris, potiorem fore constaret: nisi forte prior ei pecuniam offerat: quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem præferendum.

SEcundi responsi species hæc est: mandavi tibi, ut prædium mihi emeres: emisti, & tibi traditum est tuo, non meo nomine: si meo nomine, meum esset effectum, *l. si procurator, ff. de adquir. rer. dom. l. qui mihi, ff. de donat.* At quia tuo nomine tibi traditum est, traditione factum est tuum, non meum, sed tu id mihi ex causa mandati tradere debes, & cum tradideris, tunc fiet meum, *l. res, ff. de adquir. rer. dom. l. 2. C. de iis, qui a non dom. manum. sunt.* verum antequam traderes, id ego prædium Titio pignori dedi, ut ait, id est, pacto obligavi, non dedi re ipsa, id est, non tradidi, & ita, pignori dare, sæpe accipitur in jure nostro, sicut in dotem dare, dandi verbo demonstrato placito, demonstrata conventione, non traditione corporali. Ergo prædium, quod mandatu meo emisti, antequam id mihi tradidisses pignori obligavi, & valet obligatio, quia prædium, etsi nondum sit meum est tamen mihi debitum ex causa mandati, *l. 1. in pr. sup. de pignor.* At finge: postea tu mihi prædium, quod emeras, quodque jam Titio pigneraveram, tradidisti, & post traditionem idem ego prædium Cajo denuo pignori dedi, & tradidi; Quæritur, quis in eo prædio jure hypothecæ sit potior, Titius, an Cajus? movet quæstionem, quod Cajo priori pignus tradidi, Titius, prior est conventione, Cajus traditione; & constat, quamvis Cajo priori res tradita sit, Titium ei præferri, cui conventa, non tradita est, *l. 12. §. ult. ff. hoc tit.* Et alia ratio est in venditione, si primo fundum vendidero, secundo vendidero & tradidero, hoc casu secundus est potior, quia traditio eum fecit dominum rei venditæ, *l. qui tibi, C. de hered. vendit.* In pignore autem traditio nihil facit, nihil adjicit, nec eo quicquam magis augetur jus pignoris, sed melius semper jus ejus est, potentiusque cui prior res pacto obligata est, ex quo pacto nascitur actio jure prætorio: est pactum legitimum: melius, inquam, semper est jus ejus, cui priori res pacto obligata est, licet tradita non sit, traditio non auget jus pignoris. Verum quod ait Papin. hoc loco: In pignore privilegio temporis Titium esse potiorem, hoc, quemadmodum idem explicat subtiliter, ita procedit, si tu, qui prædium mihi emisti mandatu meo pretium venditori solvisti ex tuis vel alienis nummis: nam si pretium solvisti ex nummis Caij, quos scilicet Cajus mihi credidit sub pignore ejusdem prædii, ut ex ejus nummis venditori solveretur pretium,

hoc

hoc caſu certum eſt Cajum in ea pecunia & uſuris medii temporis eſſe potiorem, quia ejus pecunia prædium comparatum ſit, idemque prædium eo nomine ei ſpecialiter pignori nexum, ut in *l.licet, C.qui pot.in pign.l.13.C.de pign.l.5.§.plane, ſup.de trib. act. l. potior, hoc tit.in pr.& Nov.97.* Hoc igitur caſu Cajum præferri Titio, *niſi*, ut ſubjicit, *Titius Cajo eam pecuniam offerat.* Hoc enim modo Titius ſuccedit in locum Caji, & ſibi confirmat pignus. Et hæc eſt ſententia hujus reſponſi ab Accurſio non intellecta, qui fingit me procuratori, cui mandavi, ut prædium emeret, idem prædium pigneraſſe, quod lex nullo modo dicit, vel ſubjicit. Item fingit, procuratorem pretium prædii ſolviſſe de ſuo, cum lex dicat, id ſolviſſe, hoc eſt, *numeraſſe*: ſæpiſſime, *ſolvere*, pro *numerare*, & contra, *numerare*, pro *ſolvere*: cum, inquam, lex dicat, pretium ſolviſſe, id eſt, numeraſſe, ſecundum creditorem procuratori, ut id ſcilicet procurator ſolveret venditori, non quaſi debitum procuratori, cui nihil debuit quique debitor ipſe tantum fuit prædii ex cauſa mandati ante traditionem. Quod autem ſtatuit Accurſ. dominio prædii procuratori adquiſito per traditionem, procuratorem habere retentionem quaſi pignoris loco quoad ſibi pretium ſolvatur, ſi id dedit de ſuo: Id equidem facile concederem exemplo *l.Julianus, §.offerri, ſup.de act.empt.* Res mea mihi non poteſt eſſe pignori, fateor: ſed poteſt eſſe quaſi pignori, ſi mihi jus ſit rei meæ retinendæ, quam alii debeo, *d. §. offerri*. Sed dicerem male id Accurſium colligere ex *l. 1. tit. ſeq.* quam adducit, quæ non loquitur de procuratore, qui rei dominium adquiſivit, quem potius excludit ea lex, & ſecernit his verbis *citra emptionem*; ſed loquitur de procuratore voluntario, qui rem amici ſui ſuis nummis pignore liberavit, cui dat ejus rei retentionem, non perſecutionem jure pignoris. Reſtat tertium & ultimum reſponſum, eſtque brevius.

Ad §. Ultimum.

Poſt diviſionem regionibus factam inter fratres, convenit, ut ſi frater agri portionem pro indiviſo pignori datam a creditore ſuo non liberaſſet, ex diviſione quæſitæ partis partem dimidiam alter diſtraheret: pignus intelligi contractum exiſtimavi, ſed priorem ſecundo non eſſe priorem, quoniam ſecundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem ſuam frater, non conſentiente ſocio non potuit obligare.

Facito, fundum eſſe communem inter fratres, primum & ſecundum, & omnia bona paterna pro indiviſo. Primus partem ſuam dimidiam, quam in eo fundo habuit pro indiviſo, creditori ſuo obligare poteſt, non etiam partem alteram, quam habet frater etiam pro indiviſo ſine voluntate ſocii pignerare poteſt. Hoc eſt notiſſimum, *l. 1. C. ſi commu. res pign. data ſit.* Pone igitur primum obligaſſe partem ſuam pro indiviſo, & poſtea accepto arbitro familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo, & diviſione bonorum facta inter fratres conſortes, certis regionibus eum fundum fratres inter ſe partitos ex æquo: poſt hanc diviſionem, ne dicas eam tantum partem eſſe obligatam creditori primi, quæ obtigit primo, diviſio non mutat cauſam pignoris, ſicut nec uſucapio, nec venditio, nec alienatio ulla; Ab initio autem ante diviſionem pars fundi ejus dimidia pro indiviſo creditori obligata fuit. Ergo & poſt diviſionem eadem pars creditori pro indiviſo obligata manet, quo fit, ut non tantum partis, quæ in eo fundo obtigit primo, ſed etiam partis quæ obtigit ſecundo, pars dimidia, dimidiæ dimidia pro indiviſo creditori maneat obligata: Et ita eſt proditum in *l. 7. §. ult. inf. quibus modis pign. vel. hypot. ſolv.* Et ratio hæc eſt, quia primus, non quam partem in fundo nunc habet, quæ certa eſt, & certis finibus ſive regionibus circumſcripta pignori obligavit, ſed eam, quam tum habuit: habuit

A autem tum partem etiam in fratris conſortis parte, quæ nunc ei obtigit, partem pro indiviſo ſcilicet, quæ pars incerta eſt, quia non poteſt ſenſibus percipi, aut digito demonſtrari: ſed percipitur intellectu tantum, & abſtrahitur: pars pro diviſo oculis percipitur, & cerni & tangi poteſt, pars pro indiviſo nec cerni, nec tangi poteſt, & occupat totam rem, *l. placet, ſup. quib. mod. uſuſf. amitt. l. 1. §. hoc interdictum uti poſſid.* Quamobrem proponitur in ſpecie hujus §. in diviſione fundi conveniſſe inter fratres, ut ſi primus non lueret fundi partem a creditore ſuo, cui eam obligavit pro indiviſo, ſecundo ut liceret partis, quæ ex diviſione obtigit primo partem dimidiam pro indiviſo diſtrahere, permiſſa diſtractio ejus partis, quod maxime notandum, eſt argumentum contracti pignoris, id eſt permiſſum ſecun-
B do intelligitur, ut eam partem diſtraheret jure pignoris, ſi ceſſaret primus in luenda parte dimidia pro diviſo partis certæ, quæ obtigit ſecundo, quam utique debet primus ei præſtare immunem & liberam, quaſi obligatus de evictione: nam diviſio vicem emptionis obtinet, *l. 1. C. comm. utriuſq. jud.* Erit autem ſecundus in eo pignore potior creditore primi, quamvis creditor primi ſit prior, quia ſcilicet, ut etiam docet in *l. 2. hujus tit.* ſecundus in eo pignore non tam eſt potior, quam ſolus, id eſt, in eo pignore creditor primi, ſecundo non concurrit. Denique ſecundus in eo eſt ſolus, quia ſcilicet non partem jam obligatam creditori ſuo primus ſecundo pigneraſſe intelligitur permiſſa diſtractione, in qua creditor eſt prior & potior; ſed partem, quam neque pigneravit, neque pignerare potuit
C creditori, invito ſecundo fratre ſuo, id eſt, partem dimidiam pro indiviſo, quæ ex diviſione obtigit primo; ſic hæc pactio ſive conventio accipienda eſt, cujus argumentum præbet, quod permiſſa diſtractio eſt ſecundo: nam ſi diceres videri pigneratam ſecundo partem dimidiam pro diviſo partis, quæ obtigit primo, videretur id pignus directum ad eam partem, quæ obligata eſt creditori primi, nec in ea potior eſſet ſecundus. Et ita explicanda eſt hæc lex.

Ad L. IV. de Diſtract. pign.

Cum ſolvendæ pecuniæ dies pacto profertur, conveniſſe videtur, ne prius vendendi pignoris poteſtas exercea-
D *tur.*

In hac lege oſtenditur, prolato die ſolvendæ pecuniæ pacto convento, *ne pecunia, quæ debetur petatur intra certum diem*, ſive id ita convenerit ab initio, ſive aliquanto poſt creditam pecuniam, etiam tacite prolatum videri jus vendendi pignoris in eam cauſam obligati, nec poſſe diſtrahi pignus ante diem ſolvendæ pecuniæ, quod confirmat etiam *l. 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypot.* Aliquid tamen intereſt, pactum ſit perpetuum, puta, ne omnino pecunia petatur, an temporale, puta, ne petatur intra certum diem; nam ſi pactum ſit perpetuum, id etiam pacto tacite ineſt, ne creditori ſit perſecutio pignoris, & tollitur actio hypothecaria per exceptionem pacti, *l. ſi tibi, §. de*
E *pignore, ſup. de pact.* Actio hypothecaria naſcitur ex pacto ipſo jure, quaſi legitimo pacto, id eſt, jure prætorio: non tollitur autem actio hypothecaria pacto convento ipſo jure, ut actio furti, vel injuriarum ex duodecim tabulis, *d. l. ſi tibi, §. 1.* ſed oppoſita exceptione pacti, *d. §. de pignore*. At ſi pactum ſit temporale, quo dies ſolvendæ pecuniæ differatur vel proferatur, videtur tantum dilata vel prolata venditio pignoris, non etiam perſecutio, quia creditoris intereſt pignori incumbere, ut in tuto ſit creditum, *l. quæſitum, ſup. de pignor.* Plus eſt cautionis & ſecuritatis in pignore, quam in perſona, *l. 25. de reg. jur.* in re quam in perſona, *l. eos, C. de pignor. §. furti autem, Inſtitut. de obligation. quæ ex delict.* Quamobrem, non perſequendi, ſed vendendi pignoris tantum poteſtatem Papi-

Papinianus ait hoc loco ante diem ſolvendæ pecuniæ exerceri non poſſe.

Ad Leg. I. Quibus modis pign. vel hypothec. ſolvitur.

Debitoris abſentis amicus, negotia geſſit, & pignora citra emptionem, pecunia ſua liberavit, jus priſtinum domino reſtitutum videtur. Igitur qui negotium geſſit, utilem ſibi Servianam dari non recte deſiderabit, ſi tamen poſſideat, exceptione doli defenditur.

IN hac lege ſunt tria reſponſa; in primo oſtenditur, procuratorem voluntarium, ſive negotiorum geſtorem, qui amici ſui pignora creditoribus obligata ſuis nummis liberavit, jus priſtinum amico reſtituiſſe, id eſt, pignora ita liberaſſe, ut nec ei eo nomine teneantur obnoxia, nec ejus propria efficiantur, ſed plena & libera domino reſtituantur. Ideoque nec earum rerum, quas amici cauſa liberavit perſecutionem ei dari, quaſi taciti pignoris jure per actionem hypothecariam, ſi eas non poſſideat, vel ſi poſſeſſionem earum amiſerit, ſed dari retentionem tantum, ſi eas res poſſideat oppoſita exceptione doli mali, domino eas res vindicante, quoad dominus pecuniam abſolverit, qua res liberavit: habet etiam ejus pecuniæ repetendæ actionem negotiorum geſtorum, *l. res, C. de pignor.* Et recte ponit Papinianus, eas res, negotiorum geſtorum liberaſſe, retuliſſe, repigneraſſe *citra emptionem*: nam ſi eas emit a creditore jure ſuo diſtrahente pignora, ſi emit, ut extraneus quilibet, dominus rerum efficitur, & earum perſecutionem habet amiſſa poſſeſſione, non jure pignoris, ſed jure dominii directo. Et alia eſt cauſa fidejuſſoris, vel ſecundi creditoris, qui emit pignora a primo creditore, quoniam ii dominium pignorum non nanciſcuntur, ſed ſuccedunt tantum in locum creditoris, a quo pignora redemerunt, quia non tam adquirendi dominii, quam in ſe transferendorum pignorum cauſa, ea pignora emiſſe videtur, ut *l. 2. & l. 5. §. ult. & l. 6. ſup. tit. prox. l. 3. ſup. quæ res pign. oblig. poſſ.* Et habent igitur actionem hypothecariam, non directam vindicationem.

Ad §. Cum venditor.

Cum venditor numerata ſibi parte pretii prædium, quod venierat, pignori accepiſſet, ac poſtea reſiduum pretium emptori litteris ad eum miſſis donaſſet, eoque defuncto donationem quibuſdam modis inutilem eſſe conſtabat: jure pignoris fiſcum fruſtra petere prædium, qui ſucceſſerat in locum creditoris, apparuit, cujus pignoris ſolutum eſſe pactum prima voluntate donationis conſtabat, quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit: cui non eſt locus in pignore liberando.

SEcundi reſponſi ſpecies hæc eſt: prædii venditi a me & traditi pretium mihi emptor pro parte ſolvit, & reliqui pretii idem prædium pignori dedit: poſt emptori per epiſtolam donavi reliquum pretium, reliquam partem pretii, quo modo donationem recte fieri oſtendi libro ſuperiore ad *l. 48. de adquir. poſſeſſ.* Et donatione reſidui pretii, cujus nomine prædium obligatum eſt, conſtat ſolvi pignus, ſolvi pactum pignoris, ut ait, & prædium liberari. At quid fiet, ſi poſt mortem meam conſtiterit, eam donationem quibuſdam modis, rationibuſve inutilem eſſe vel ex l.Cincia, quæ fuit de donationibus, vel ex conſtitutionibus. Facito, me donaſſe poſt contractum capitale crimen, quæ donatio ſequuta condemnatione inutilis eſt ex conſtitutione Severi & Antonini, *l. poſt contractum, ff. de donat.* & me capitis fuiſſe damnatum, ac proinde fiſcum mihi ſucceſſiſſe, quod etiam hoc loco proponitur; Quæritur, an fiſcus poſſit prædium perſequi actione hypothecaria, quaſi per donationem inutilem non ſoluto vel perempto pignore? Et Papinianus ita reſpondet, *jure pignoris fiſcum fruſtra petere prædium apparuit*, id eſt, viſum mihi eſt, ut in *l. 3. §. ſup. qui pot. in pign.* Prioris cauſam potiorem eſſe apparuit. Cur vero fiſcus fruſtra prædium petit jure pignoris? Cur fruſtra agit actione hypothecaria? quia ut declarat lex, ſive conſtitutio Severi & Antonini, lex pro conſtitutione, ut in *l. tutor, ſup. de pign. act. & l. lex, C. de adminiſt. tut.* quia, *lex*, inquit, *donationem tantum pecuniæ ſive reſidui pretii inutilem & irritam facit*, non etiam liberationem pignoris, quæ donationi ineſt, quia ea liberatio non naſcitur ex donatione ipſa, quæ inutilis eſt, ſed ex nuda voluntate & pactione, quæ utilis eſt, licet donationi inutili inſit: nam etſi reſidui pretii donatio non valet, ut donatio, valet tamen ut nuda voluntas, nudave pactio, *l. Modeſtinus, ff. de donat.* ſicut acceptilatio inutilis valet ut pactio, *l. an inutilis, de acceptilat. l. ſi unus, §. pen. de pact. l. cum emptor, de reſcind. vend.* Pacto autem certum eſt remitti pignus, nec eam ſolam remiſſionem pignoris, quæ fit pacto, videri eſſe donationem, *l. 18. quæ in fraud. credit.* qua oſtenditur, recte virum uxori, vel contra, uxorem viro remittere pignora, quia ea remiſſio non intelligitur eſſe donatio, propterea quod integra manente principali obligatione, nihil ob eam rem ex patrimonio ejus, qui pignus remittit, abſcedit, nec de ſuo quicquam largitur. Huic autem reſponſo Papiniani Accurſius opponit *l. debitum, C. de remiſſ. pign.* qua ſe expedire nequit: lex ait, debito remiſſo per inutile pactum, & debiti & pignoris remiſſionem nullam eſſe: nihil eſt facilius, per pactum inutile remiſſæ ſortis non remittitur pignus, fateor: at per donationem inutilem, ut hoc loco, pignus remittitur, non donationis, quæ eſt inutilis, ſed pacti poteſtate, quod non eſt inutile, quamvis inutili donationi inſit. Et ita ad eam legem reſpondendum eſt, Gloſſa omni circumſcripta Accurſii.

Ad §. Ultimum.

Defenſor abſentis cautionem judicatum ſolvi præſtitit: in dominum judicio poſtea translato, fidejuſſores ob rem judicatam, quos defenſor dedit, non tenebuntur, nec pignora quæ dederunt.

IN tertio reſponſo & ultimo hoc proponitur: qui in judicio offerebat ſe ultro defenſioni debitoris abſentis, ante litem conteſtatam, ut debuit, cavit actori, judicatum ſolvi, datis fidejuſſoribus, qui & in eam cauſam pignora obligaverunt. Notiſſima eſt regula juris, neminem idoneum & locupletem videri defenſorem eſſe litis alienæ ſine ſatiſdatione hujuſmodi, quæ proponitur multis in locis, ut *tit. de proc. & de reg. juris*. Finge, debitore reverſo pendente judicio, judicium; ut fit, omne in eum translatum eſſe: Papinianus definit translatione judicii defenſorem & fidejuſſores & pignora liberari, nec poſſe, condemnato debitore in defenſorem, vel in fidejuſſores committi ſtipulationem judicatum ſolvi, videlicet ſi actor translationem judicii factam in dominum, non ignorarit, quam ei eſſe ſignificandam probat *l. ſi ante, ff. judicat. ſolvi*. Et hoc jure utimur: & hæc eſt ſententia hujus reſponſi ult. Cui nihil obſtat quam opponit Accurſius *l. in cauſæ, §. ſed ex parte, ff. de procurat.* quia hoc loco loquitur Papinianus de defenſore rei, qui ſatiſdedit judicatum ſolvi, in quem ſtipulatio non committitur, ſi judicium translatum ſit in dominum. Illo autem loco agitur de procuratore actoris, qui ſatis accepit, non qui ſatiſdedit judicatum ſolvi, quæ ſtipulatio committitur poſtea judicio translato in dominum, & a procuratore ea ſtipulatio tranſit in dominum, hoc loco, *qui ſatiſdedit, omne litis commodum & incommodum in dominum transfert, & ſe, fidejuſſoreſque ſuos exonerat*. Illo etiam loco, *qui ſatis accepit omne litis commodum & incommodum in dominum transfert, ergo & ſtipulationem judicatum ſolvi, ſibi a reo factam, in*

judi-

judicio in rem. Nulla igitur repugnantia eſt; nihil eſt apertius. Poteſt autem alia differentia conſtitui inter procuratorem ſive defenſorem rei, & procuratorem actoris, ex *d. l. ſi ante*, quæ eſt de procuratore rei, & ex *l. Julianus*, *ſup. qui ſatiſd. cog.* quæ eſt de procuratore actoris. Et vexata eſt mirum in modum hæc differentia ab Accurſio & interpretibus, quæ conſtitui debet & declarari perſpicue ac breviter omiſſo longo ſermone hoc modo: defenſor rei, qui ſatiſdedit judicatum ſolvi, ſi poſtea fiat procurator accepto mandato, ut defendat reum, in eum condemnato reo ſtipulatio non committitur, quia non eſt eadem cauſa, & conditio perſonæ promiſſoris, qui ſatiſdedit, quæ fuit interponendæ ſtipulationis tempore, quo tempore fuit defenſor ſine mandato, nunc eſt verus & juſtus procurator: hoc de defenſore. Procurator autem ex parte actoris voluntarius, qui non habebat mandatum, qui a reo ſatis accepit judicatum ſolvi, ſi poſtea mandatum acceperit a domino, ut ageret, vel pergeret agere, & rem exequi condemnato reo ſtipulatio committitur, quia eadem manſit cauſa perſonæ promiſſoris, quæ fuit initio: quod ſatis eſt, licet non eadem ſit cauſa actoris. Et ita ea differentia explicanda eſt.

Ad L. LXVIII. de Evict.

Cum ea conditione pignus diſtrahitur, ne quid evictione ſecuta creditor præſtet: quamvis pretium emptor non ſolverit, ſed venditori caverit, evictione ſecuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium ſolvat.

IN hac l. proponuntur duo caſus, quibus venditor emptori non tenetur de evictione. Unus caſus hic eſt, ſi creditor pignus vendiderit non jure communi promiſſa evictione, ſed jure creditoris, jure pignoris non cauta vel promiſſa evictione, ut definitur præcipue in illo *tit. C. creditor. evict. pign. non deb. lib.* 8. Denique ſi creditor pignus vendiderit, ut id ſuo periculo emeret, qui emeret, nec mancipio ei daretur; nam is tantum tenetur de evictione, qui mancipio dedit, vel promitit, & ſe dominum emptorem facere palam profeſſus eſt. Plautus in Perſa. *Suo periculo is emat, qui eam mercabitur, Mancipio neque promittet, neque quiſquam dabit.* Quamobrem in l. 4. h. t. Ulpianus videtur ſcripſiſſe hoc modo, *an is, qui mancipio vendidit, fidejuſſorem ob evictionem dare debeat, an repromittere tantum nuda cautione?* nam is, qui mancipio non vendidit, non tenetur de evictione, niſi nominatim caverit duplam aut ſimplam evictionis nomine, ut & Varro ſcribit 2. de re ruſtica *cap.* 10. Qui autem mancipio vendidit, facta ſolemni mancipatione rei venditæ ſolemniter per æs & libram, ut olim ſolebat, etiamſi nihil caverit, tenetur de evictione: nam mancipio cavet vel promittit, ut Paulus loquitur, ſatiſdato promittit, niſi aliud convenerit, *eadem ne daret*, ut in lege mancipiorum addi ſolitum, etiam idem Varro ſcribit 2. de Lingua Lat. *ſatiſdato promittit*, id eſt, dato fidejuſſore, qui & auctor ſecundus dicitur, quæ ſatiſdatio Ciceroni 5. ad Atticum epiſt. 1. eſt *ſatiſdatio ſecundum mancipium*. Verum ad rem. Creditor jure ſuo vendendo pignus mancipio neque promittit: & ideo non tenetur emptori de evictione. Verum fac ita eſſe, creditorem ſcilicet pignus vendidiſſe jure ſuo, & emptorem pretium nondum ſolviſſe, ſed caviſſe de ſolvendo pretio; an evicta re, ſi ex cautione ab emptore venditor petat pretium, tueri ſe emptor poteſt exceptione rei evictæ & ablatæ a domino? id eſt, an emptor, & ſi non habeat actionem de evictione, qui emit a creditore lege pignoris, habeat tamen exceptionem doli re evicta, & retentionem pretii? Et reſpondet Papinianus, nec retentionem pretii eum habere, quia evictionem pignoris nullo modo, nulla via venditor præſtare debet, quia id jure pignoris vendidit, non jure communi. Alter caſus, qui proponitur in reſponſo, ſive §. ſequenti hic eſt.

Ad §. Creditor.

Creditor, qui pecunia nomen debitoris per delegationem maluit, evictis pignoribus, quæ prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus eſt, habebit.

SI debitor creditori nomen ſui debitoris in ſolutum dederit, & delegaverit, quo caſu creditorem etiam ejus nominis pignora ſequuntur, *l. empt. ſup. de hered. vend. l. pen. de diſtract. pign.* Evictis etiam pignoribus creditori, de evictione illi in debitorem nulla actio competit, quod proponitur in ſecundo reſponſo hujus legis. Et ratio hæc eſt, quia venditor nominis, cui ſimilis eſt is, qui nomen dat in ſolutum, *l. eleganter, ſup. de pigner. act. l. 4. C. de evict.* non præſtat periculum evictionis, ſed id periculum pertinet ad emptorem, *l. periculum, ſup. de pign.* Et in hoc tenetur tantum venditor nominis, ut præſtet nomen eſſe, actionem eſſe, debitorem eſſe: non ut præſtet nomen eſſe idoneum, debitorem eſſe idoneum, non ut præſtet pignora eſſe in bonis debitoris, quia tale jus cedit & vendit quale habuit, nec optimum id jus eſſe præſtare debet, *l. ſi plus, §. pen. hoc tit. l. ſi nomen, ſup. de hered. vend.* Eadem vero eſt ſententia hujus loci, quæ reſponſi Pauli, quod eſt in *l. periculum, ſup. de pignor.* quod Gloſſæ non animadvertunt. Recte tamen & vere notat eum, qui nomen debitoris ſui in ſolutum dedit creditori ſuo, pignoribus creditori a domino evictis, ei debere cedere contrariam actionem pigneratitiam in debitorem ſuum, quod rem alienam pigneraverit. Idemque creditor, qui pignus jure ſuo vendidit, debet præſtare emptori, *l. in creditore, hoc tit.*

Ad L. IX. de Uſuris.

Pecuniæ fœnebris intra diem certum debito non ſoluto dupli ſtipulatum in altero tantum ſupra modum legitimæ uſuræ reſpondi non tenere: quare pro modo cujuſcumque temporis ſuperfluo detracto, ſtipulatio vires habebit.

IN primo reſponſo hujus legis, proponitur pecunia credita conveniſſe interpoſita ſtipulatione, ut ad diem pecunia non ſoluta pœnæ nomine duplum præſtaretur: debitor mutua centum acceperat, ſi ea intra annum non ſolveret, promiſit ducenta: hæc ſtipulatio partim utilis eſt, partim inutilis, non tota inutilis, ſed pro ea tantum parte, quæ in duplo, id eſt, in altero tanto, quod in ſtipulationem deductum eſt, uſuram legitimam, puta, centeſimam excedit, nec pars inutilis vitiat eam partem, quæ eſt utilis, quæ non excedit modum licitum, ut in *l. placuit, & l. pœnam, h. t. l. cum allegas, & l. eos, §. ſi quis autem, C. eod. tit.* Itaque poſt annum, ſi non ſolverit ad diem, ſi non ſolverit intra annum, ut placuit, non ſtatim debentur altera centum, ne fraus fiat legi Gabiniæ, & conſtitutionibus, quæ uſuris modum impoſuerunt, ſed ex die interpoſitæ ſtipulationis, ut in *l. lecta, in fi. ſup. de reb. cred.* pro modo annorum quibus ceſſaverit debitor in ſolvenda ſorte: ex ſtipulatione debentur uſuræ legitimæ tantum, ut puta, ſi triennio ceſſaverit, uſuræ ſive pœnæ nomine debentur triginta & ſex tantum, qui finis eſt legitimæ, id eſt, centeſimæ uſuræ, quæ in centum quotannis reddit XII. ex ſingulis centenis nummis duodenos nummos quotannis efficit. Et hæc eſt ſententia hujus loci, quod & *lib. 3. reſp.* idem Papin. ſe reſpondiſſe ſcripſit, ut Ulpianus refert in *l. Julianus, §. ibid. Papin. ſup. de act. empt.* Reſpondit autem, ut opinor hoc loco, & ſimiliter, quod ibi Ulpianus refert, ſi con-

convenerit, ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur, nimirum hanc conventionem in fraudem legum, quæ usuris modum fecerunt, videri adjectam, quod legitimam usuram excedit, & quod ad excessum illum attinet, inanem conventionem esse, longeque aliam esse rationem: nam & hoc addidit Papin. esse rationem pactionis, sive legis commissoriæ, puta ut ad diem pretio non soluto res fiat inempta, non ut duplum præstetur, quia hoc modo, fœnus illicitum non contrahitur, ut superiore, sed lex tantum justa dicitur venditioni, ut si non solvat emptor venditori pretium ad condictum diem, res ad emptorem revertatur, in qua conventione nulla est species fœnoris. Porro ex hoc responso intelligimus, quod inutiliter adjicitur, in stipulatione usurarum supra modum legitimum non vitiare eam stipulationem usurarum, quatenus utilis esse potest, ad finem legitimæ usuræ scilicet. Denique stipulationem partim esse inutilem, partim utilem, nec utile vitiari per inutile. Obstat (*) lex *Græce*, *§. item, ff. de fidejussorib.* quam citavit hoc loco Accurs. quæ l. ostendit, fidejussorem, qui pro debitore obligato in decem promittit quindecim, nulla ex parte teneri, neque in decem, in quæ tantum, si promisisset, teneretur utiliter, neque in 15. vel ut loquitur ea lex, omnino non obligari, ut in *l. 4. §. 1. rem pup. salv. fore*, Basilica οὐδὲ ὅλως, nullo modo obligari, quæ verba tamen pessime Alciatus cavillatus est 5. parerg. statuens, fidejussorem non teneri in plusquam debeat debitor, puta, in quindecim, sed teneri in decem, in quæ tenetur reus, nec utile vitiari per inutile, per excessum aut superfluum, quod omnino repugnat & verbis legis & rationi, quæ paulo post declarabitur, quoniam lex ait fidejussores omnino non obligari: ac similiter in Institutionibus dicitur præcise, fidejussorem non obligari si reo promittente quinque, ipse promittat decem. Quod quid aliud est, quam nullo modo obligari nullave ex parte obligari: Et inutilem adjectionem vitiare utilem? Verum, ut omnis controversia dirimatur, separare debemus eum, qui pro se ipso promittit, in qua stipulatione utile per inutile non vitiatur, ut *l. 1. §. sed si mihi, de verb. obl.* hunc, inquam, separare debemus ab eo, qui pro alio promittit. In qua stipulatione vel levi de causa ille non obligatur, & facile in eo utile vitiatur per inutile: nam hoc est singulariter receptum in iis omnibus, qui pro aliis obligantur stulte, veluti fidejussoribus, mandatoribus, expromissoribus, reis constitutæ pecuniæ, nempe, ut si in duriorem causam, adhibeantur, puta, in majorem & ampliorem quantitatem, prorsus non obligentur ulla ex parte, si vel minimum vitium insit intercessioni, quod mirum videri non debet; nam & in aliis plerisque causis fortunæ eorum, quæ plerumque miserrima est, singulariter jura subveniunt, quod docet observatio 20. c. 34. multis argumentis. Non omittam verum esse, quod Glossa notat hoc loco, Papinianum dixisse: *dupli stipulatum*, pro dupli stipulationem, ut in *l. uxori*, *§. ult. de leg. 3. l. 3. C. de inut. stip.* ut actionem ex stipulatu more veterum: actionem ex stipulatione, ut sponsum pro sponsione, & actionem ex sponsu, *l. sciendum*, *§. dictum*, *de ædil. ed. l. 7. inf. de verb. sign.* Et forte etiam initio hujus legis more veteri Papin. *pecuniam fœnebrem*, dixit, pecuniam mutuam simpliciter, quæ & ab initio fuit sine usuris, & post etiam diem solvendæ pecuniæ palam usurarum mentio facta non est, sed duplæ sortis tantum: & id ita Theologi accipiunt etiam quod est scriptum Deuteron. 15. *pauperi fœnus fœnerabis*, ubi D. Augustinus: δάνειον δανεῖ εἰς, Certe, inquit, *cum operam misericordiæ præcipiat, non utique usurarum crudelitas suscipienda est, quamvis fœnoris verbo usus sit.*

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 51. & variant. adject. cap. 1.*

[A]

Ad §. Usurarum.

Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur, nec inutilis legitimæ usuræ stipulatio videtur sub ea conditione concepta, si minores ad diem solutæ non fuerint, *non enim pœna, sed fœnus uberius justa ratione sortis promittitur. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit, ideo si majores usuræ prioribus petantur; exceptio doli non inutiliter opponetur.*

IN §. sequenti initio proponitur usurarum stipulationem committi sua die, etiam non interpellato debitore, quia dies satis debitorem interpellat, hoc est verissimum, [B] *l. trajectitiæ, de oblig. & act. l. diem, de verb. obl. l. 4. §. ult. de lege commiss. l. 12. C. de contrah. stip. l. 2. C. de jure emphyt.* Et hoc posito initio hujus §. subjicit Papin. & repetit, quod etiam scripsit in *l. 1. §. pen. sup. de pignor.* valere stipulationem legitimæ usuræ factam sub conditione, si minor usura, de qua initio convenit, ad diem non solvatur, *quia*, inquit, *non pœna, sed fœnus uberius sortis, justa ratione promittitur*: separat pœnam ab usura, & tamen *l. Cajus, & l. Seja, inf. h. tit.* pœnam vocat si ob non solutas sua die minores usuras graviores infligantur. Verum hic, ut arbitror pœnam accipit pro usuris usurarum, negans id agi hac conventione, ut minores usuræ currere non desinant, sed quo tardius solvantur, earum usurarum usuræ præstentur, quod est illicitum: usurarum usuræ nunquam fuerunt permissæ, quæ est ratio [C] dubitandi in *l. cum quidam, ff. hoc tit.* sed ut ait, hac conventione id tantum agitur, ut usuræ minores, si sua die, si statuta die non solvantur, in posterum currere desinant, & deinceps ex die cessationis, ut præscribit *l. cum quidam*, usuræ uberiores præstentur fini legitimæ usuræ: hic ergo est sensus: non usurarum minorum, si non solverentur, usuræ sunt promissæ, sed usuræ sortis graviores sunt promissæ, *justa ratione*, id est, ratione moræ & conditionis impositæ stipulationi, & ita quoque Græci hunc locum accipiunt: οὔτε γὰρ τόκος τόκων δοκεῖ ἐπερωτᾶσθαι, ἀλλ᾽ ὑπὸ αἵρεσιν πλείονα, καὶ νόμιμον τόκον. *Non videtur*, inquiunt, *promisisse usurarum usuras, sed sub conditione tantum majorem, & legitimam usuram*, quod est rectissimum. At postremo subjicit, excusari promissorem a majoribus usuris, si post mortem creditoris non fue- [D] rit, cui ad diem solveret minores usuras, nondum adita hereditate ejus, & cunctantibus heredibus, ut in *l. diem, ff. de verb. obl.* Et ideo postea, heredibus adeuntibus, & ex stipulatione petentibus majores usuras, obstare merito exceptionem doli mali, quod, medii temporis mora sit inculpata, ut ait: Neque huic postremæ sententiæ quicquam obstat *l. 18. §. ult. inf. h. t.* quæ post traditionem rei venditæ mortuo venditore, cui incertus est successor, si emptor quod debet pretium non deposuerit, & consignaverit, qui rem venditam accepit, non ideo minus currere usuras pretii medii temporis: nec mirum, quoniam emptor cœpit esse in mora vivo venditore, cœpit esse in culpa vivo venditore rem accipiendo, nec solvendo pretium. Nihil etiam obstat *l. ult. tit. seq.* pœnam committi trajectitiæ pecuniæ non solu- [E] tæ, si mortuo debitore incertus sit successor, quia ibi ponitur (ut respondeam) non fuisse, qui solveret: hic autem ponitur fuisse, qui solveret, non etiam cui solveretur: quæ longe diversa species est, diversaque ratio.

Quod dixi nudiustertius ad finem *l. 9. de usur.* ea quoniam dixi brevius & properantius, quam res postulabat, ut sæpe cogor præfestinare præterlabente hora, mihi videor debere interim me exponere, quod dixi me daturum duo responsa tantum.

Si post mortem creditoris ideo non sint ad diem solutæ minores usuræ, quod incertus esse successor creditoris medii temporis graviores usuræ, quæ in stipulationem deductæ erant, effectu non debentur, quia petentibus obstat exceptio doli mali. Hoc proponitur in extre-

extremo *d. l.* 9. quod pugnare videtur cum *l.* 18. §. *ult. eod. tit.* quæ ait, post traditionem rei venditæ & mortem venditoris, cui incertus successor fuit, nihilominus a debitore deberi medii temporis usuras pretii. Cur tam varie? Ratio differentiæ hæc est, quia in specie legis 9. mora non cœpit fieri creditori: nec igitur ex mora ei usuræ deberi cœperunt, sed mora facta est post mortem creditoris, ad diem non oblatis minoribus usuris, quæ mora extra omnem culpam est; *mora inculpata est*, ut ait cum nec cœperit a defuncto creditore, nec potuerit incipere ab alio, nullo dum extante cui minores usuræ solverentur, ut nec culpari merito debitor possit, cur eas usuras non consignaverit interim, & deposuerit in æde sacra, ut fiebat apud sacerdotem & Aedituum. Ea tantum mora, hoc est tarda solutio nocet, quæ dolo, vel culpæ conjuncta est. In specie autem l. 18. mora cœpit fieri vivo venditore, quæ mora culpæ conjuncta est, cum debuerit emptor, qui re empta fruebatur, qui fructus percipiebat, solvere pretium, aut eo non soluto, usuras pretii venditori dependere; fructuum perceptorum ratio, & vicissim usuras præstari desiderat, *l. Julianus*, §. *ex vendito*, *de act. emp. l. curabit*, C. *eod. tit. l.* 5. §. *ult. de dot. collat.* Ex mora igitur usuræ in ea specie vivo venditori deberi cœperunt. Quamobrem & post mortem venditoris jure hereditario debentur venditoris heredibus, etiam ejus temporis, quo incertus venditori successor fuit, *l. cum pater*, *eod. tit.* quia interim hereditas jacens defuncti locum obtinuit, *l. non minus*, *in fin. sup. de hered. instit.* Et consequenter merito culpari potest emptor, qui jam contraxit culpam vivo venditore, qui pretium interim non consignat & deponit in æde sacra, vel tabulario civitatis. Sola depositio eum excusaret a dependendis usuris pretii, si non est, cui offerat pretium, puta, jacente hereditate. Si est cui offerat, etiam ei debet offerre omnino, nec sola depositio sine obligatione sufficit, *l.* 2. C. *de usur.* Illud etiam cum fine *d. l.* 9. pugnare videtur, quod dicitur in *l. ult. de naut. fœn.* pœnam non solutæ pecuniæ sua die committi, etiamsi ea dies illuxerit post mortem debitoris nullo adhuc ei existente certo successore, & deliberantibus heredibus. Sed, ut respondeam, longe diversa ea species est, quia in ea ponitur non fuisse debitorem, aut heredem debitoris, & fuisse cui solveretur: quo casu ipso jure pœna committitur sine interpellatione, quæ fiat in personam, ex eo solo, quod die solvendæ pecuniæ, cum existat cui solvatur, nullus existat, qui solvat. Contra in specie *l.* 9. eo die, qui primus fuit solvendarum minorum usurarum, est qui solvat, non est cui solvatur, & merito culpari non potest, qui nulli solvit, cum nullus existit cui solvat. Et ita hæc explicanda sunt.

Ad L. LXXIX. de Leg. II.

Quæ fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem prædiorum suis quoque libertis fructum reliquit. Juris ignoratione lapsi, qui petere prædia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt. Non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Legis species hæc est: Uxor heres instituta a marito rogata est, ut quum moreretur libertis mariti prædia quædam restitueret, & moriens uxor, tam suis, quam mariti libertis usumfructum eorum prædiorum per fideicommissum reliquit; poterant & debebant mariti liberti ab herede uxoris prædia petere jure primi fideicommissi relicti testamento patroni: sed juris ignoratione lapsi, ut ait, una cum libertis uxoris petierunt eorum prædiorum usumfructum ex testamento uxoris, & longo tempore usumfructum perceperunt. Ignoratio juris, quod Glossa non videt, in eo fuit, quod liberti mariti existimarint primum fideicommissum pendere ex mera voluntate mulieris, & non necessitate juris contineri,

A sed pudore tantum & conscientia mulieris, ut olim obtinuisse scriptum est in Institutionib. *tit. de fideic. hered.* utque Seneca scripsit: *Religiosum hominem sanctumque solere fideicommissa tueri*: quæ nondum scilicet ullo juris vinculo continebantur, vel ex quibus nondum dabatur actio sive persecutio. Quæritur autem in hac lege an perceptione secundi fideicommissi ex testamento mulieris, perempta sit persecutio primi fideicommissi ex testamento viri? Et respondet non esse peremptam. Recte, quia juris ignorantia suum petentibus non nocet, *l.* 7. & 8. *de jur. & facti ignor.* Suum autem est & quodcunque debetur, *l.* 15. §. *quod avus*, *ad l. Falc.* Et quamvis longo tempore secundum fideicommissum perceperint ex testamento uxoris, nec quicquam exegerint ex testamento viri, primi fideicommissi petitio non perimitur præscriptione longi temporis, *l. neque*, *C. quib. non objic. long. temp. præsc.* Hæc est ratio hujus responsi. Verum huic responso Accursius opponit *l.* 3. *in pr. ff. si quid in fraudem pat.* & *l. Claudius*, *sup. de adq. heredit.* Quod ad l. 3. attinet; primum in ea agitur, de facti, non de juris ignorantia: quoniam in ea non est legendum, *an jus ignoranti*, ut vulgo, sed ut in Florentinis, *an ignorantiæ ejus*. Deinde in ea, species proponitur hujusmodi: libertus, qui vivus multa bona alienaverat in fraudem patroni, ut eo minor portio ad patronum perveniret; moriens patronum heredem instituit ex semisse, ex debita portione debuit patronus omissa institutione petere bonorum poss. contra tab. quasi institutus ex modica parte, ob deminutiones a liberto factas in fraudem ejus: sed cum eas esse factas nesciret, quæ ignorantia facti est, non juris, liberti hereditatem adivit; aditione jus bonorum possessionis contra tab. amisit, & consumpsit, quia agnovit voluntatem defuncti; an etiam amisit actionem Fabianam, de quo in illo titulo agitur, qua patroni revocare solent quidquid gestum est in eorum fraudem? Et ait lex, eum amisisse etiam actionem Fabianam, quia acquievit voluntati liberti, & non simpliciter: quia factum ignoravit: nec enim facti ignorantia nocet, vel in damnis, vel in compendiis, sive lucris, sed quia vitio & culpa sua factum ignoravit, dum temere adivit hereditatem, re omni & totius hereditatis causa non bene perpensa, quod & ea lex significat his verbis; *Patronum sibi imputare debere*, hoc est, de se queri debere, stultitiæ suæ hoc acceptum ferre debere. Curiositas, prudentia & diligentia desideratur in eo, qui hereditatem aditurus est, qua in re etiam legib. ei dantur certa tempora ad deliberandum. At si non utitur diligentia, sibi imputet, si quid damni senserit inconsulto adita hereditate. Idemque putarem dicendum, si patronus juris ignorantia lapsus, liberti ad hereditatem, quia in compendiis juris error nocet, non in damnis rei suæ, *d. l.* 8. *de jur. & fac. ign.* Et hereditas liberti compendium est, quoniam patronus non est creditor, etiamsi sit instituendus ex legitima parte non ideo est creditor, *l.* 6. *in fi. ff. ad l. Corn. de falsis*. Vis hoc tibi perspicue monstrari? Si esset creditor, si deberetur ei legitima quasi creditori, alienata in fraudem suam revocaret actione Pauliana, quæ creditoribus competit, nec indigeret propria actione, id est, Fabiana, vel Calvisiana. Et eodem modo respondendum est ad *l. Claudius*: qui per errorem facti adivit hereditatem ex testamento secundo, quod erat inutile, cum debuit adire ex primo, quod erat utile, in quo ab eodem heres scriptus erat, non potest redire ad primum testamentum, & rem amittit, quia temere & inconsulto adivit & seipsum ipsemet decepit. Idque Imperator Severus decrevit, ut ait *d. l. Claudius*. Eadem est ratio *l. filium emancipatum*, *eod. tit.* filius emancipatus in testamento heres institutus a patre per errorem facti, existimans in testamento faciendo patrem desipuisse mente, & ideo inutile testamentum esse, vana simplicitate deceptus, quæ semper obest, *l.* 3. *sup. ad Senat. Maced.* ab intestato bonorum possessionem unde liberi accepit, quæ non competebat existente testamento justo; jus omne suum amisit, & substituto dato in testamento, lo-

locum fecit suo vitio, quia consultare etiam atque etiam deliberare debuit, antequam ab intestato bona patris adiret.

Ad L. Pen. de Dot. collat.

Pater nubenti filiæ quasdam res præter dotem dedit, eamque in familia retinuit, ac fratribus suis conditione, si dotem & cetera, quæ nubenti tradidit contulisset, coheredem adscripsit. Cum filia se bonis abstinuisset, fratribus res non in dotem datas vindicantibus exceptione doli placuit obstare, quoniam pater filiam alterutrum habere voluit.

HOc responsum elegantissimum est: facti species hujusmodi est: Pater filiæ nubenti, quam habebat & retinebat in potestate, præter dotem bona quædam donavit; dotis datio valet, donatio ipso jure non valet inter patrem, & filiamfam. Deinde pater testamento filios suos heredes scripsit, eadem filia coherede adjecta, non pure, sed sub hac conditione, si dotem & donationem; hoc est, cetera præter dotem, quæ nubenti donavit fratribus suis in commune conferret. Post mortem patris filia se abstinuit paterna hereditate: certum est, non posse fratres filiæ dotem auferre, quæ jure consistit, & quam nec pater ipse ei posset auferre, aut minuere, *l. filiæ, C. sol. matrim.* quia cœpit esse proprium patrimonium filiæ, ut *l. ult. h. t.* At quæritur, an fratres filiæ auferre & vindicare possint cetera bona, quæ præter dotem pater filiæ donavit, quæ donatio ipso jure non consistit, ut initio proposui. Et ait, ea bona vindicantibus fratribus, obstare exceptionem doli mali, quod ea petant contra voluntatem defuncti, ut *l. apud Celsum, §. præterea, ff. de doli except. l. anniculo, de mort. caus. donat.* quia pater defunctus filiam alterutrum habere voluit, aut donationem & dotem, aut portionem hereditatis, qua cum se abstineat filia, restat, ut dotem & donationem retineat ex voluntate patris. Donatio autem a patre in filium vel filiamfamilias collata, licet non valeat ipso jure, & destinatio animi sit potius quam perfecta donatio, ut eleganter ait *lex* 11. *C. de donat.* convalescit tamen officio judicis familiæ erciscundæ cognoscentis, si in extremum mortis diem pater in eadem voluntate perseveravit, *l. filiæ cujus, C. fam. ercisc. l. 2. C. Greg. eod. tit. Paulus 5. Sentent. tit. de donat. Pater*, inquit, *si filiofam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.* Etiam illud notandum est, eam dotem vel donationem a filia herede instituta, nec abstinente se, non conferri fratribus, sed præcipuam retineri, *d. l. filiæ cujus, l. 1. & 7. C. de collat. l. 3. in pr. sup. h. t. l. si filius, qui mansit, sup. si quis omiss. cau. test. l. Pomponius, sup. famil. erc.* Nec huic sententiæ obstat *l. si donatione, C. de collat.* quoniam ea lex pertinet ad liberos patri intestato succedentes, non ad liberos patri succedentes ex testamento. In successione testati, nec dos, nec donatio confertur, quod probant supradictæ ll. Quamobrem institutioni filiæ recte ponitur hoc loco adscriptam fuisse conditionem, si fratribus conferret dotem & donationem, quoniam in successione testati, non est locus collationi dotis vel donationis, nisi hoc jusserit pater. In successione autem intestati simul dos & donatio confertur fratribus simul ab intestato succedentibus, *l. 4. 12. 13. & 16. C. de collat.* nisi filia abstineat se bonis paternis, *l. ult. h. t.* Cur vero ex testamento non fuerit collationi locus, ut obtinuit semper ante Justinianum: ab intestato autem fuerit collationi locus, fuerit conferenda dos & donatio, ratio hæc est, quia liberi ex testamento veniunt ad hereditatem patris, non ut liberi, sed ut extranei, quia eodem jure posset venire quilibet extraneus, si scriptus esset. Denique liberi in testamento veniunt non jure liberorum, non ut liberi, sed jure communi ut extranei, *l. 1. §. Pomponius, ff. de Carb. edic. l. 10. C. de collat.* & inter extraneos coheredes nulla est ratio constituendæ æqualitatis remedio collationis, & vice mutua collatis bonis. Ab intestato autem liberi sane veniunt ut li-

A beri, jure proprio, non communi, id est, jure fraternitatis: inter fratres consortes summa ratio hæc est constituendæ æqualitatis, collatis commixtisque bonis propriis cum bonis paternis. Nomen ipsum fraternitatis per se nihil aliud est, quam æqualitas & communio, *l. verum, in pr. sup. pro socio, l. 2. C. de off. div. jud.* Et in Panegyr. Flaviensium, quod est incerti auctoris; *Fratrum*, inquit, *nomine & communitas apparet & æqualitas.* Quæ ratio differentiæ maxime notanda est.

Ad L. XIX. Quæ in fraud. cred.

Patrem, qui non expectata morte sua fideicommissum hereditatis maternæ filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiæ plenam fidem, ac debitam pietatem secutus
B *exhibitionis, respondi non creditores fraudasse.*

QUantum attinet ad hanc legem, illud est extra omnem controversiam actione Pauliana ex edicto in hoc titulo proposito, atque etiam interdicto, quod fraudatorium appellatur, rescindi & revocari quæcunque in fraudem creditorum alienata sunt. Hoc cognito, finge. Pater heres institutus ab uxore, & rogatus post mortem suam, cum morte sua filii communes sui juris effecti essent, illis hereditatem maternam restituere, non expectata morte sua filios per emancipationem sui juris fecit, & mox eis restituit totam hereditatem matris uxoris suæ, non deducta Falcidia, omisso commodo S. C. Pegasiani. Quæritur, an hæc plena restitutio hereditatis patris, a creditoribus paternis rescindi & revocari possit
C actione Pauliana? Et respondet, non posse, quia non videtur fraudasse creditores, qui plenam fidem, & plenum obsequium testatori præstat, qui plenum officium & debitam pietatem sequutus, ut ait, filiis fideicommissum restituit. Quod ostenditur etiam in *l. prox. inf. & l. 5. §. pen. de donat. inter vir. & ux. l. qui totam, sup. ad Treb. l. fideicommissum, sup. de cond. indeb. l. 1. C. ad l. Falc.* Plinius 5. Epist. *Illius testatoris*, inquit, *hoc munus, illius liberalitas, nostrum tamen obsequium vocetur.* Quod de se scribit ultro præstante ex voluntate testatoris, quod jure non debuit. Plenam autem fidem præstitit pater testatori, quia sine deductione Falcidiæ totam hereditatem filiis restituit ex voluntate testatoris, lex Falcidia est contra voluntatem testatoris, *l. Titia, sup. ad l. Falcid.* Et præ-
D stitit quoque debitam pietatem exhibitionis, ut ait, id est restitutionis fideicommissi: nam & exibere & exhibitio significationem restituendi habent, *l. Julianus, §. quantum, ad exhiben. l. pacto, C. de pact. l. ult. C. de ed. act.* Cur vero debitam pietatem? Quia etsi non esset pater nisi post mortem suam rogatus restituere hereditatem, tamen & filiis emancipatione sui juris effectis, eam debuit restituere, quia mater, quæ jussit restituere hereditatem post mortem patris, non tam spectavit modum, quo filii fierent sui juris, quam finem. Et quocunque igitur modo filii fiant sui juris, sive morte patris, sive emancipatione, ex mente testatoris fideicommissum eis restitui debet, *l. si ita esset, sup. quando dies leg. cedit. l. 11. §. si cui, de leg. 3. l. mulier, in pr. ad S. C. Treb.* Pietas est obtemperare voluntati defuncti: ut contra impietas non
E obtemperare, *l. penult. §. illo, C. de necess. ser. her. inst.* & debita pietas in hac specie, non gratuita, quia & filiis, si emanciparentur, fideicommissum hereditatis relictum videtur. Denique hæc restitutio fideicommissi sive exhibitio, ut loquitur, est præsentis debiti solutio, non donatio, non repræsentatio debiti collati in diem, vel in conditionem: alioquin locus esset actioni Paulianæ, si vel donatio esset, vel repræsentatio, *l. ait Prætor, §. si cum in diem, & l. omnes, §. ult. h. t.* Glossa non intellexit hanc legem, quæ tamen est facillima.

Ad L. XXIX. de Except. rei judic.

Judicata quidem rei præscriptio coheredi, qui non litigavit,

vit, obstare non potest, nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate judicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus, sed prætoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victi præstare non potest; nam, & cum alterum ex coheredibus inofficiosi quæstio tenuit, aut etiam duobus separatim agentibus alter obtinuit, libertates competere placuit: ita tamen, ut officio judicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur.

IN hac lege duo proponuntur casus, quibus contra regulam juris res inter alios judicata aliis nocet. Primus casus vertitur circa speciem hujusmodi. Duo sunt heredes, primus & secundus, qui jure hereditario servum communem habent: cum primo solo servus agit de fideicommissaria libertate præstanda, quam sibi relictam dicit testamento defuncti, & agit apud Prætorem fideicommissarium, qui de fideicommissis cognoscit; habet etiam servus ex hac causa per se aditum ad Prætorem, & hoc nomine causam orare potest, *l.de libertate, ff. de fideicom.lib.l.mulier, §. non est, ad Senatuscons. Trebell. l. Titius, de action.emp.l.vix certis de judic.* Et Prætor quidem fideicommissarius, quem servus adiit, fideicommissariam libertatem servo præstari jussit, verum antequam præstaretur, alter heres, puta, secundus, adversus quem servus non constiterat, vel quem in jus non vocaverat; eum servum suum esse vindicat jure hereditario, an potest repelli exceptione rei judicatæ pro libertate? Et prima facie videtur rei judicatæ inter alios exceptio non obstare ei, qui non litigavit, quia non potest Prætor inter alios judicando aliis nocere, *l.is qui fundum, de usufr. l.Claudius, in fine, sup.qui pot.in pigno. hab.* Posui servum a primo, qui litigavit cum servo ex causa fideicommissi, & jussu prætoris nondum fuisse manumissum: nam si manumissus fuisset, secundus videretur liberum hominem factum jussu prætoris petere in servitutem, nec admitteretur, nec audiretur. At quia nondum est manumissus, quia res est integra, non videtur eum secundus ex libertate in servitutem petere; denique recte eum vindicare videtur. Verum aliud statuit Papinianus, ostendens melius esse & æquius favore libertatis sententiam Prætoris tueri, & exequi etiam adversus coheredem, qui non litigavit, id est, secundum; ut & sententia inter alios dicta ei præjudicet, & servo libertas præstetur, quæ cum non possit præstari pro parte primi tantum, quem servus vicit, consequens est, ne intercidat libertas, & pro parte secundi eam debere præstari, utroque servum manumittente: denique solidam plenamque libertatem, quæ nec scindi potest servo esse præstandam, alioquin sententia Prætoris recideret in irritum, quod & comprobat Papinianus exemplo simili; Si testamentum, in quo relicta est libertas pro parte tantum, rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, agente filio exheredato, pro parte constiterit: nam querela potest facere intestatum pro parte tantum, hoc etiam casu certum est, libertatem directam servis competere, vel uno tantum herede ex testamento exsistente, & pro parte tantum non ex asse testatore facto partim intestato, partim testato. Quod etsi fieri non possit ab initio, potest tamen fieri ex eventu, & fideicommissariam quoque libertatem esse præstandam. Idque proditum est in *l.6. sup.de dot. coll. & l. cum filius, in pr.de leg.2. l.cum duobus, C. de inoffic.testam.* Et receptum etiam hoc est favore libertatis: nam legata vel fideicommissa pecuniaria in eo testamento relicta pro parte, qua rescissum est testamentum querela inofficiosi, irrita constituuntur: libertates autem omnino conservantur, *d.l.cum filius*, libertates sunt individuæ, legata dividua; Et simili modo, quod est aliud exemplum, si duo separatis judiciis hominem in servitutem petant, singuli pro parte dimidia, & uno judicio homo liber, altero servus pronuntietur, superior erit libertatis ratio. Ridiculum enim est arbitrari utramque sententiam valere, & ad emolumentum perduci debere pro parte dimidia ducto servo ab eo qui vicit; pro altera parte defensa libertate, quia libertas scindi non potest. Sabiniani quidem existimabant in hac specie, eum hominem trahi debere in servitutem potius, quam in libertatem, conservata sententia, quæ dixit, contra libertatem, & rejecta sententia, quæ dixit pro libertate: & Julianus (*) qui ex Sabinianis fuit, se etiam hujus opinionis esse nominatim scribit in *l.duobus, sup.de lib.caus.* Verum, contra quam se sensisse Julianus scribit, additur in ea lege, *non ex Juliano igitur, sed ex alio*, ex quo vero, nisi ex Marcello, qui notas scripsit in Julianum? Additur ergo ex Marcello, commodius esse contra opinionem Sabinianorum, favore libertatis servum ad libertatem perduci ab utroque domino, parte pretii præstita victori, viri boni arbitratu. Nam & idem invenio Marcellum adnotasse ad Julianum in quæstione de servo communi, ab uno ex dominis manumisso testamento aut vindicta; nam manumissionem quasi inutilem non admittebant Julianus & alii nonnulli, quod non possit pro parte libertas competere; adnotasse, inquam, Marcellum, commodius esse & hoc casu, servum liberum fieri ab uno tantum ex dominis manumissum, præstita tamen alteri domino parte pretii, & coacto altero domino vendere partem suam, & manumissionem comprobare, *l.1.C. de comm.ser.manum.l.domino, sup. ad Senatuscons. Syllan.l.si servus communis, de vulg. substit.* in qua l. hæc verba: *quod si neque a patre, neque a pupillo fuerit redemptus*, quæ subjiciuntur verbis Juliani, proculdubio sunt ex Marcello, qui in Julianum notas scripsit, sicut in *d.l.duobus*, hæc verba: *commodius autem est favore libertatis*, proculdubio sunt ex Marcello. Et sententiam Marcelli hoc loco Papinianus comprobat evidenter, qui & similiter superioribus casibus censet officio judicis indemnitati ejus heredis, qui non litigavit de libertate cum alio coherede, servo contendente & vincente; item indemnitati ejus heredis, qui vicit in querela inofficiosi testamenti, victo coherede pro sua parte esse consulendum, oblata parte pretii; ac tum demum servum ab utroque communi consensu debere manumitti, quæ sententia est hujus responsi. Et notandum in eo maxime genus loquendi, quo Papinianus utitur illo loco: *cum alterum ex coheredibus inofficiosi quæstio tenuit*. Quæ verba sunt ἐνεργητικῶς accipienda hoc modo, quum inofficiosi testamenti quæstio ab altero ex coheredibus obtenta sit, & de victa adversus filium exheredatum. Tenere est obtinere, ut in *l.ult. h.t.* sicut Florentiæ legitur in *l. cum falsis, de manumiss.test.* M.Tull.pro Cælio: *Scævolam dixisse causam apud centumviros, non tenuisse.* Et Horatius,

Quo responsore, & quo causæ teste tenentur.

Et sæpissime in libris nostris. Et hæc de primo casu: alter casus, quo res inter alios judicata aliis præjudicat, notatur in *§.seq.in fine hujus legis.*

Ad §. Si debitor.

Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore causam egerit, & contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur: cum pignoris conventio sententiam præcesserit.

DEbitor creditori fundum pignori dedit, post de proprietate hujus fundi cum alio litigavit judicio in rem, quæ lis dominii dicitur in jure, & contra debitorem pronuntiatum est, fundi eum non esse dominum; Quæritur, an res judicata inter debitorem & extraneum de dominio fundi pro extraneo contra debitorem, noceat creditori? Et distinguendum est; Aut scivit creditor, admonitus forte a debitore ipso, debitorem experiri de proprietate fundi, & hoc casu creditori agenti hypothecaria adversus eum, qui debitorem vicit, & fundum evicit, obstat exceptio rei judicatæ, quamvis inter alios judicatæ, *l.pen.de re jud.* Ratio hæc est, quia creditore sciente & consentiente, scientia & taciturnitas consensum imitantur. Quia, inquam, creditore sciente & consen-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 45.*

ſentiente, de jure, quod ex perſona debitoris habuit, judicatum eſt, hac ratione etiam creditori obſtat exceptio rei, quamvis inter alios judicatæ. Excipiuntur tantum duo caſus in *l.* 5. *C. de pign.* ſi debitor victus ſit, quod luſorie cauſam egerit & perfunctorie, quod colluſerit cum adverſario ſuo, & ſe vinci paſſus ſit: nam colluſio debitoris creditori nocere non debet. Et alter caſus, qui excipiendus eſt, hic eſt: ſi debitor victus non ſit cauſa cognita, ſed ex præſcriptione & edicto peremptorio, quod judicio defuerit, quod contumax fuerit. Extra hos duos caſus, exceptio rei judicatæ inter debitorem & extraneum de proprietate pignoris, ſcienti creditori nocet. Aut, quæ eſt altera pars diſtinctionis, ſi creditor ignoravit debitorem experiri de pignoris proprietate: & hoc caſu res judicata adverſus debitorem, nullum præjudicium creditori facit, & omnimodo ſalva eſt creditori actio hypothecaria adverſus victorem, probanti creditori fundum eo tempore, quo pignus contrahebatur, in bonis debitoris fuiſſe, *l.*3.*C.de pign.l.*4.§.*pen.de appellat.* Sententia non perimit ignoranti cauſam pignoris antiquioris, ſicut nec uſucapio vel alienatio: nec enim creditor, qui ignoravit debitorem pati controverſiam de proprietate, ſucceſſiſſe intelligitur in locum victi debitoris, qui ante ſententiam a debitore fundum pignori acceperat. Ponendum igitur eſt, pignoris conventionem eſſe antiquiorem ſententia, & ita ſententiam ignoranti nihil nocere, nec perimere pignoris cauſam: nam ſi poſt ſententiam ſequatur pignoris conventio, in locum victi debitoris ſucceſſiſſe creditor intelligitur, & nocet ei exceptio rei judicatæ, ut in *l. ſi mater*, §. *ult. hoc tit.* Denique hoc caſu inutile eſt pignus, quaſi re aliena pignerata, quamvis ante pronuntiatum ſit alienam eſſe, antequam pignori daretur.

Ad L. CXXI. de Verb. Oblig.

Ex ea parte cautionis, dolumque malum huic rei promiſſionique abeſſe, abſuturumque eſſe, ſtipulatus eſt ille: *incerti agetur*, *ſtipulationis utiliter interponendæ gratia*.

Continet hæc l. quatuor reſponſa admodum brevia. Et ut ſtatim atque paucis, quod initio proponitur, expediamus: ſolet omnium ſtipulationum ſive cautionum extrema parte ſubjici hæc clauſula, *dolum malum abeſſe abſuturumque eſſe*, *l.*22.53.119.& 135. *hoc tit.l.ſi cum fundus, de contrah.empt.l.*3.*C.de recept.arb.* quæ ſtipulationum noviſſima clauſula dicitur, *l. noviſſima, ff. judicatum ſolvi*, & honeſtatis formula D. Ambroſio 5. *offic.* Et hæc clauſula tam honeſta, non poteſt non eſſe utilis, ſed quæ præcedunt clauſulæ ſive partes, vel ex partibus, quæ præcedunt, quædam poteſt quandoque eſſe inutilis, quæ tantum abeſt, ut vitiet hanc partem, id eſt, clauſulam doli, quæ utiliſſima eſt & honeſtiſſima, ut ab ea potius vel confirmetur, ut *l.*1.§. 1. *C. de rei uxor. act.* vel corrigatur ex ea clauſula doli, data in promiſſorem actione incerti, quæ proprie dicitur actio ex ſtipulatu, ut partem ſtipulationis conceptam inutiliter emendet, & concipiat denuo, ſeque obliget utiliter. Omnes obligationes actione incerti condicuntur, quia jura ſunt λόγῳ θεωρητὰ, quæ cogitatione ſola percipiuntur: non ſunt corpora certa, ut certi actione condici poſſint, *l.* 5.§.1.*de uſufr.ear.rer.quæ uſu conſum.l.*3.§.*ult. ſi cui pluſq.per leg. Falcid.* Et hoc vult tantum Papinianus in primo reſponſo hujus legis, quod Gloſſa non intellexit.

Ad §. Mulier.

Mulier ab eo in cujus matrimonium conveniebat, ſtipulata fuerat ducenta, ſi concubinæ tempore matrimonii conſuetudinem repetiiſſet: nihil cauſæ eſſe reſpondi, cur ex ſtipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione, pecuniam adſequi non poſſet.

Hic §. eſt de ſtipulatione pœnali a muliere, quum nubebat interpoſita ſub hac conditione viro promittente: *ſi tempore matrimonii tuæ concubinæ conſuetudinem repetieris, ducenta mihi dari ſpondes? ſpondeo.* Honeſta ſtipulatio eſt, quæ coercet legitimæ uxori contra bonos mores concubinam ſuperducentem, vel quam habuit ante nuptias, reducentem: ac proinde ex hac ſtipulatione, ſi quid ſecius vir fecerit, mulieri pœnæ pecuniariæ, quam in ſtipulationem deduxit, petitio eſt: nam etſi nulla pœna, quod ſciam legibus conſtituta ſit in eum, qui præter uxorem ſibi adſciſcit concubinam, tamen probroſum hoc & illicitum eſt, nec minus turpe, quam duas uxores eodem tempore habere. Nam & concubina uxorem imitatur, ut eleganter Julianus ait in *Nov.*18. nullæ ſunt hodie concubinæ: honeſtum erat concubinæ nomen, non ſcorti nomen, aut vulgaris mulieris, quæ ſe proſtitueret in vulgarem Venerem: nec tamen licebat & uxorem & concubinam habere: & uxorem & quaſi uxorem. Paulus 3. *Sent. Eo tempore*, inquit, *quo quis uxorem habet, concubinam habere non poteſt.* Hæc etiam ſunt verba Pauli, *concubina igitur*, inquit, *ab uxore ſolo delectu ſeparatur*, id eſt, ut habenti uxorem non licet habere aliam uxorem, ſic nec aliam concubinam, quia concubina quaſi uxor eſt, & ab uxore ſola delectione & deſtinatione animi ſeparatur, ut in *l.pen. ſup. de concub.* Et ut arbitror ex edicto Prætoris, ut infamia notatur, qui duas uxores habet eodem tempore, vel duas ſponſas, *l.*1.*de iis, qui notan.infam.* Ita, qui eodem tempore habet uxorem & concubinam, ex ſententia edicti, non ex verbis, infamiam incurrit: ſicut ex ſententia edicti notatur etiam, qui eodem tempore habet ſponſam & uxorem, *l.quid ergo*, §.*ſi alteri, de iis qui not.inf.* Eadem vero ratione ſi uxor a viro, vel vir ab uxore ſtipuletur pœnam ſub conditione, *ſi culpa ejus divortium factum erit*, honeſta ſtipulatio eſt, & congruens bonis moribus, & valet intra modum pœnæ legitimæ, *l.*19.*hoc tit.* Nam divortii culpa punitur pecuniariter legibus Julia & Papia, & ut ait *d.l.* 19. *pœnis legum contenti eſſe debemus*, quod etiam oſtendit *l.un. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.* Non debemus eſſe aſperiores legibus ipſis: pœnæ legitimæ ſunt juris publici, & juri publico privatorum conventione derogari non poteſt. Itaque in caſum divortii facti conjugis culpa pœnæ ſtipulatio non valet ſupra legitimum modum. In priori caſu uxori ſuperductæ concubinæ pœnæ pecuniariæ ſtipulatio non habet modum certum, quia concubinatui ſive pellicatui nulla pœna pecuniaria legibus conſtituta eſt, ſed pœna infamiæ tantum ex ſententia edicti Prætoris, ut dixi paulo ante. Rejicienda autem opinio eſt Bartoli & aliorum, qui male ducto arg. ex hoc §. exiſtimant, valere ſtipulationem, ſi de aliquo ſtipuler pœnam ſub conditione, *ſi alea unquam luſerit*: nam etſi honeſta ſit ſtipulatio, tamen nihil intereſt mea, quod ad rem meam familiarem attinet, ludat ille alea, necne: Et ideo, ſi nec ſubſit cauſa interponendæ hujus ſtipulationis, ex ea ſtipulatione actio nulla competit. Et in ſpecie hujus §. ſtipulatio valet, non tam quia honeſta eſt, quam etiam quia conjuncta eſt utilitati ſtipulantis, ne res domeſtica laboret, vel ne occidat, ut plerunque contingit, amicarum & pellicum injuria. Recte enim ſapiens:

Cum conjux tibi ſit, ne res, & fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicæ.

Sic eſt legendum: Quæ res etiam maxime honeſtas mulieres exaſperat, ἀγριαίνειν ποιεῖ, ut eſt in *Nov.* 22. Et multo magis rejicienda eſt opinio eorum, qui generaliter ſtatuunt, valere ſtipulationem certæ pœnæ, etiamſi nihil ſtipulantis interſit, nec ſtipulandi ulla cauſa ſubſit. Apage iſtam opinionem: Nam etſi ex ſtipulatione pœnali detur actio, tametſi nihil actoris interſit, *l.inter*, §.*alteri, hoc tit. l. cum pœna, de recept. arbit.* aliter quam ex ſtipulatione, vel ex alio contractu, qui ſit de re pecuniaria, de re familiari, ex quo non datur actio, niſi ei cujus intereſt, *l.qui fundum, ſup. loc.l.ſi procuratorem*, §. *mandati, ſup. mand.* quo ſenſu M. Tullius ait, *actiones exprimi ex dam-*

no, & injuria cujusque; actiones rei persecutorias, scilicet, non pœnales: nam pœnam persequitur & is, cujus nihil interest, sive cui nihil abest de suo; non tamen ex pœnali stipulatione datur actio, si nulla causa præcesserit negotii ita contrahendi, si nulla causa intercedente ex abrupto, ut stulti solent, ita stipuler; *si quis hodie* (non demostrans certam personam) *in Capitolium ascenderit*, 10. *dare spondes?* nam hoc exemplum, quod ita proponitur in *l. a Titio, sup. hoc tit.* si sani sumus, ita accipiendum, si qua mihi causa fuerit ita stipulandi & cavendi, veluti causa damni, quod facturus sum ex alia conventione, *si quis hodie Capitolium ascenderit*, sicut in aliis duob. exemplis, quæ proponuntur in *d. l. a Titio*: *si qua mihi nupserit dotis nomine tot dabis?* causa stipulationis est dos, sine qua nolo ducere uxorem, & ferre onera matrimonii; & in alia stipulatione, *si quis a me decem petierit, decem dabis?* causa stipulandi est debitum, & metus creditoris, cui debeo 10. Denique harum trium stipulationum, quæ proponuntur in *d. l. a Titio*, causa est indemnitas, quam stipulator captat: alioquin stipulatio sine causa interposita, non valet, *l. 2. §. circa, de dol. excep. l. si stipulatus esses, de fidejuss.* Et quod dicitur in *l. si quis Sempronium, de hered. instit. si Titius vel si quis*, nihil refert, *Capitolium non ascenderit*, sane ideo valet institutio, quia hanc conditionem testator non adscribit, ut suum testamentum conferat in arbitrium alterius, quod nec posset utiliter, sed ex causa aliqua, quæ pendet ex illa ascensione Capitolii. Sani homines naturam imitantur: & ut natura nihil facit frustra, ita nec homo sanus & siccus. Ac propterea hujusmodi conditio, *si Capitolium ascenderit*, quod notandum, quæ frequens legitur in jure nostro, non est conditio, quam ullus forte unquam negotiis suis inseruerit, sed conditio hypothetica, quæ passim ab auctoribus usurpatur; eadem ratione, qua Titii, Mævii, Caii nomina hypothetica. Non omittam, quod ad sermonem Papiniani attinet, qui affectavit unus ex omnibus quodammodo more prisco scribere, scripsisse eum tam hoc loco, quam in *l. 15. de ritu nupt. Mulier ab eo, in cujus manu conveniebat*, idque mutasse Tribonianum, pro *manu*, reposito *matrimonio*, *in matrimonium conveniebat*. Quod sua ætate in desuetudinem abjissent conventiones in manum, per quas justæ uxores & matresfam. fiebant, ut Ulpianus ostendit in *lib. reg.* & ut in *l. 9. in pr. de usur.* Sic hoc loco Papin. dixisse, *stipulatum* pro *stipulationem*, dum ait, ut in Florentinis scriptum est rectissime, nec debuit notari asterisco ut mendum: *nihil causæ esse respondi*, inquit, *cur ex stipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat*: prisce & eleganter, non ad stipulatum, quod præcedit, sed ad stipulationem, quam intelligebat; relatis iis verbis, *quæ ex bonis moribus concepta fuerat*: quæ figura dicendi vocatur ἀναφορά. Pergamus ad §. *pen.* cujus sententia hæc est.

Ad §. in Insulam.

In insulam deportato reo promittendi, stipulatio ita concepta, cum morieris dari? *non nisi moriente eo committitur.*

STipulatus sum a te, *quum morieris mihi decem dari*; his verbis significatur mors naturalis, non mors civilis, quæ contingit deportatione in insulam. Et ideo nec committitur stipulatio, si bonis ademptis deportatus in insulam, & ad peregrinitatem redactus fueris: sed committitur te moriente, & claudente fati diem extremum. At dicere quis possit, nec te moriente stipulationem committi, quia deportatione tota obligatio perimitur, & naturalis & civilis, ut ait *l. si debitori, de fidejuss. l. 2. l. tutelas, §. ult. de cap. minut.* Imo, ut respondeam, non perimitur obligatio simpliciter, quia transit in fiscum, ad quem deportati bona transeunt, sed perimitur contra deportatum duntaxat, quia fiscus ei in jura & bona universa succedit, *l. 3. ad leg. Juliam pecul. l. ult. §. ult. C. de sentent. pass.* Qua ratione deportatus in plerisque causis pro mortuo habetur, quia alius in ejus quasi mortui locum succedit, quod docet *l. actione, §. publicatione, sup. pro soc.* non quia civium numero esse desiit simpliciter, alioquin omnes peregrini pro mortuis haberentur, quod stultum est dicere; pro mortuo habetur is tantum, qui exuitur omnibus bonis, qui nudus exulat, non qui vestitus exulat, ut ita dixerim. Verum in hac stipulatione, de qua agitur hoc loco, hæc verba, *quum morieris*, proprie accipimus de morte naturali, non de civili, non ex mente contrahentium tantum, quod notandum, sed quia deportatus sibi videtur mori, non alii, non stipulatori. Quid ergo si non sit deportatus, quæ est media capitis deminutio, sed damnatus in metallum, quæ est maxima capitis deminutio: illa peregrinum facit, non servum, hæc plane servum facit, & servum pœnæ, non hominis ullius? Et hic sane, qui damnatur in metallum videtur mori sibi & aliis omnibus, ut in *l. intercedit, sup. de cond. & demonst.* Et stipulatio hæc, de qua hic agitur, committitur in eum, ad quem bona pervenerunt, *l. tutelas, §. pen. de cap. minu.* Maxima capitis deminutio semper morti adsimilatur. Deportatio non semper. Nec abs re est, quod Papin. de deportato tantum loquitur, sicut nec abs re est, quod loquitur tantum de stipulatione ita concepta, *quum morieris, dabis*, quæ utilis est, quia ex ea obligatio incipit a promissore in ipso moriendi articulo. Concepta autem stipulatio post mortem promissoris ante Justinianum erat inutilis, quia non incipit a defuncto, vel moriente, ac proinde non debet in heredem transmitti.

Ad §. Ultimum.

Ex facto rei promittendi doli stipulatio heredem ejus tenet, sicut ex ceteris aliis contractibus: veluti mandati, depositi.

IN hoc §. ostenditur, ex clausula doli, de qua dictum est initio, subjecta stipulationi, non tantum promissorem teneri, si quid fecerit dolo malo, sed etiam heredem ejus in solidum, etiamsi nihil ad eum ex delicto, sive dolo defuncti pervenerit, id est, etiamsi ob dolum defuncti locupletior ad eum hereditas non pervenerit, commissam stipulationem in defunctum transmitti in heredem. Et idem hoc, ut subjicit, servari in strictis stipulationibus, & in ceteris omnibus contractibus bonæ fidei: nam & stipulationem nominat inter contractus bonæ fidei. Nam & ex causa depositi, & mandati & commodati, & tutelæ, & negotiorum gestorum, ob dolum defuncti heres tenetur in solidum, si solus heres sit, ut si plures sint heredes, singuli tenentur pro portionibus hereditariis, *l. ex depositi, & l. ex contractibus, sup. tit. prox. l. ad ea, §. ult. de R. J.* doli clausula stipulationem, contractum bonæ fidei facit, *arg. l. pen. de mort. cau. donat. & l. 3. C. de excep.* Verum in *Instit. tit. de perp. & temp. except.* dicitur, aliquando ex contractibus contra heredem non competere actionem, quum testator dolose versatus est, & ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit, regulariter competere in heredem, aliquando non competere, ut ait. Quod tum proprie evenire tandem cognovi, quum ob dolum defuncti nihil actori abest ex suis bonis, *l. 1. C. de hered. tut.* Si quid abest, si quid damni senserit actor, proculdubio heres defuncti ex dolo ejus ab eo actore in solidum conveniri potest, si unus fuerit heres ex asse, vel si plures pro hereditariis portionibus. Sed si nihil actori absit, nihil est causæ, cur heredes conveniat, quia nihil ejus interest. Nam & quæso, quod erit extremum, & perbreve, cur heredes ejus, quem vivum nemo eo nomine interpellavit, placet non teneri pœnali actione, veluti furti, aut injuriarum, nec mixta actione, quatenus pœnam persequitur, veluti damni injuria ex l. Aquilia, & vi bonorum raptorum: non pœnali inquam, etiamsi quid ad heredes pervenerit: non mixta autem, nisi quatenus ad heredes pervenerit ex dolo defuncti, nec excepta quidem actione vi bonorum raptorum, quæ etsi edicti verbis non detur

de

de eo, quod pervenerit ad heredes, *l. 2. §. ult. vi bon. rapt.* dari tamen potest non inutiliter. Hoc vero qua ratione ita placet, ne heredes teneantur pœnali, vel mixta actione ex dolo defuncti? nisi quia pœnali actione actor non persequitur rem, quæ sibi absit, sed pœnam tantum, quæ est extra rem familiarem, in quam æquum non est heredem innocentem succedere, *l. si hominem, §. 1. depos. l. pen. de nov. op. nunt.* In precario, & in societate serva, quod jam pridem memini me adnotasse in hunc locum.

Ad L. XI. de Duob. Reis Stip.

Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit, neque enim dividere cogendus est, poterit eundem, ut principalem reum, item qui fidejussor, pro altero exstitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos, divisis actionibus conveniret.

DUo rei promittendi sunt, qui eandem pecuniam stipulanti promittunt, aut promisisse intelliguntur, singuli in partem virilem simul atque in solidum, *chaçun pour soy, & un seul pour le tout.* Quorum jus, & conditio hæc est, ut quem eis elegerit stipulator, convenire & exigere possit in solidum. Duos dicimus etiam pro pluribus, quasi isto primo numero duorum procedente ceteros, quod sit, ut Anatolius ait, ἀριθμῶν σχέσις καὶ ἀρχὴ, quasi fundus; & ita duos reos, qui dicit, intelligit etiam plures. Et in primo responso hujus legis ostenditur, reos promittendi vice mutua, id est, alterum pro altero vicissim apud creditorem fidejubere posse. Videamus, quæ sint effecta hujus mutuæ fidejussionis. Primum hac ratione fit, si duo rei promittendi apud stipulatorem vice mutua fidejusserint, ut idem sit reus principalis & fidejussor ejusdem pecuniæ, & ut possit stipulator si velit unum ex eis convenire tanquam reum principalem pro virili parte sua, & tanquam fidejussorem pro parte conrei, divisis & dispartitis actionibus in partes duas, vel etiam, ut possit unum ex eis convenire in solidum tanquam reum principalem, vel tanquam fidejussorem: & si quidem tanquam fidejussor vel solidum vel partem pro conreo solverit, in conreum habet actionem mandati, quod semper solet præcedere fidejussionem: nec enim quisquam fidejubet sine mandato ejus, pro quo fidejubet. Unde inter debitorem & fidejussorem ejus semper contrahitur obligatio mandati: inter fidejussorem autem & creditorem obligatio ex stipulatu, quoniam fidejussio non fit nisi per stipulationem: Item hac ratione fit, quod conrei scilicet vice mutua fidejusserint, ut unus ex eis conventus tanquam fidejussor (hic est alius effectus mutuæ fidejussionis) non tantum compensare possit, quod sibi stipulator debet, sed etiam quod idem stipulator debet conreo, quia convenitur ut fidejussor nomine conrei, fidejussor compensat utrumque, quod sibi vel quod conreo debetur, *l. 4. & 5. sup. de comp.* ii sunt duo effectus mutuæ fidejussionis, qui non existunt si omissa sit fidejussio mutua. Quod sic demonstro: si conrei vice mutua non fidejusserint, nec socii sint, solventi suo nomine, nulla actio est in conreum nec mandati, quia inter eos non est contractum mandatum, nec negotiorum gestorum, ut Joannes scripsit male, quia conreus solvendo suum negotium gessit, non alienum, ut se liberaret obligatione, qua tenebatur obstrictus, *l. si pro parte, in fine sup. de in rem verso*: ei, qui suum negotium gessit, absurdum esset dare negotiorum gestorum in alium. Si conrei, qui vice mutua non fidejusserunt, sint socii, puta, ex contractu societatis, solventi competit in socium actio pro socio, ut agnoscat partem pecuniæ solutæ, & imputet sibi, *l. 1. C. de duob. reis*. Item si conrei vice mutua non fidejusserint, nec socii sint, is quem elegerit & convenerit stipulator non potest compensare, quod stipulator debet conreo, *l. prox. inf. h. t.* Si socii sint, potest compensare, quod stipulator socio debet ex causa societatis, quasi & sibi debitum, non quod debet ex alia causa, si forte non erant socii omnium bonorum. Et ex iis quidem effectis intelligimus satis, quare dicat: *non inutiliter reos promittendi vice mutua fidejubere*, & non esse inutilem mutuam fidejussionem: nimirum, quia parit hæc duo effecta. Item quod iis effectis tantum sit locus in conreis, qui socii non sunt, intelligimus ex eo, socios frustra vice mutua fidejubere, quia jus societatis in iis tantum præstat, quantum in aliis, qui non sunt socii, mutua fidejussio. Ex iis etiam intelligimus, conreos non videri vice mutua fidejubere, nisi hoc ita actum sit. Quod indistincte verum est, sive socii sint, sive non: nam & in sociis, ut dixi, inutilis mutua fidejussio est, cum sufficiat jus societatis quod mutuæ fidejussioni consimile est, & non socii non possunt videri invicem fidejussisse, nisi nominatim interposita stipulatione, & restipulatione, *fidejubes? fidejubeo*: nec enim alio modo fidejussio contrahitur: & a Græcis duo rei promittendi dicuntur ἀλληλέγγυοι, non quod vice mutua fidejussores sint, etiamsi id cautum non sit, sed quod, ac si essent vice mutua fidejussores singuli non in suam partem tenentur tantum, sed & in partem conrei: verum principali proprioque nomine propter suam obligationem, non fidejussorio nomine, si invicem non fidejusserint. Nec obstat huic sententiæ, quod intervenientibus duobus reis promittendi, videatur alter pro altero intercedere, *l. vir uxori, in fine, ad Senatus. Vell.* & ideo, si mulier & Titius constituantur duo rei promittendi, mulieri succurritur, quasi intercesserit pro alio, Senatusconsulto Vellejano, quod infirmat intercessiones mulierum. Dico hoc nihil obstare, quod cum duo se constituunt reos promittendi, alter pro altero intercedere videatur, quoniam aliud est intercedere, aliud fidejubere. Intercedere est genus: fidejubere species. Fidejubemus uno duntaxat modo, si stipulanti adpromittamus pro debitore mandatu ejus: Intercedimus, si vel fidejubemus, quod est proprie adpromittamus, vel si expromittamus, quod est aliud, puta, per novationem in nos translata principali obligatione, & liberato priori debitore, vel si res nostras pignori obligemus pro alio, vel si constituamus nos soluturus pro alio, vel si mandemus alii pecuniam credi, vel si ejusdem pecuniæ ex eodem contractu nos cum alio reos faciamus, & debitores principales in partem virilem & in solidum, ut *l. inter eos, inf. de fidejuss.* & aliis plerisque modis intercedimus, qui comprehenduntur Senatusconsulto Vellejano de intercessionibus mulierum. Male autem Joannes, conreos socios tacite videri vice mutua fidejubere: nam quod statuit in non sociis, ut non videantur vice mutua fidejubere, nisi ita expressum sit solemni stipulatione, ut debet, ita debuit Joannes idem statuere etiam in sociis, quanquam in eis inutilis sit mutua fidejussio, ut dixi supra. Denique detracta ea distinctione inter socios, & non socios, vera est sententia Joannis, cujus argumenta collegit Accursius in *dicta l. vir uxori*. Et examinavi omnia illa argumenta ad Africanum in eandem legem *vir uxori*. Illinc assumes, quæ ad eam pertinebunt: quanquam res non egeat multis argumentis, cum & hæc lex aperte demonstret, reos non videri vice mutua fidejubere, nisi ita accepti sint nominatim: & ratio quoque evidens est; quod fidejussio contrahatur per stipulationem expressam. Pessime autem Martinus indistincte dixit, conreos vel non socios semper videri vice mutua fidejubere. Ex iis etiam intelligimus, verissimum esse, præmissa propositione ejusmodi, reos promittendi invicem fidejubere posse. Inde colligit Papinianus, quod initio attigi, si invicem fidejusserint, stipulatorem; si velit, dividere actiones posse; convento uno ex conreis pro parte, actione creditæ pecuniæ, ut reo principali, & pro parte altera actione ex stipulatu, ut fidejussore conrei: *Si velit*, inquit, *nec enim cogendus est dividere actiones*, quod frustra Papinianus adjicere videtur. Nam in arbitrio & electione fuit creditoris ante Justinianum in *Novella 4.* quem priorem conveniret reum principalem,

lem, an fidejussorem: nec potuit cogi prius convenire reum quam fidejussorem. Ergo manifestum est, nec cogi potuisse divisis actionibus partem exigere a reo, partem a fidejussore, sed totum ab hoc, vel ab illo exigere potuisse. Cur ergo monet nos, non esse cogendum dividere actiones & partem exigere veluti a reo, partem a fidejussore, quod erat evidentissimum? Hoc mihi nullus expediet, nisi qui animadvertet illam, quam ante Justinianum principum constitutiones creditori dabant electionem, ut si vellet, statim excuteret, & exigeret fidejussorem, nec cogeretur prius excutere reum principalem, prius experiri cum reo principali, vel saltem dividere actionem, hanc, inquam, electionem Papin. non admodum probasse, vel ipso Justiniano teste, qui magni Papiniani auctoritate utitur in eadem Novella, scil. si præsens esset reus principalis, & locuples: nam & hoc casu, cur excuties potius fidejussorem, qui habet præsentem reum, & idoneum? Quod, & Mar. Tullius ultima ad Attic. ait habere quandam δυσωπίαν, *uno honte*, si quis fidejussorem prius appellet, quam debitorem, qui præsens est, & solvendo. At fidejussorem eundemque correum ejusdem pecuniæ, ut in specie proposita, Papinianus facile concedebat sine distinctione statim conveniri posse in totum, ut reum, vel ut fidejussorem: vel divisis actionibus in partem, ut reum, in partem, ut fidejussorem, sicut illo loco: *non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret*, significat, & unum ex reis, quod addi potest ex l. quam mox adferam: unum, inquam ex reis, vel fidejussorem ejus pro parte conveniri posse, & alterum reum vel fidejussorem ejus pro altera parte divisis actionibus, *l.3.§.1.h.t.l.inter*, *§.duo*, *ff.de fidejuss.* Difficilius autem Papin. permittebat partem debiti peti a debitore principali, partem a fidejussore ejus, qui conreus non esset, si reus principalis erat præsens, & idoneus, existimans, honestius esse totum prius a debitore idoneo, & præsente peti quam a fidejussore, quod tamen alii auctores permiserunt, *l.grege*, *§.etiam*, *de pignorib.l.1.C.de fid.tut.l.reos*, *C.de fidejus.* Papinianus ut sermonis, ita juris antiqui fuit studiosissimus, & jure antiquissimo, ut testatur Justinianus in eadem Novella, hæc libera electio creditori non fuit experiundi cum quo vellet in solidum, vel divisis actionibus, quæ postea data est Constitutionibus innumeris, & novissime adempta Novella Justin. restituto jure antiquo, & approbata Papin. sententia, quæ omnia maxime notanda sunt. Alterum responsum non est tanti laboris tantique momenti.

Ad §. I.

Cum tabulis esset comprehensum, illum & illum centum aureos stipulatos: neque adjectum ita, ut duo rei stipulandi essent: virilem partem singuli stipulari videbantur, & e contrario cum ita cautum inveniretur: tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus & Cornelius Dius, *partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.*

IN altero responso ostenditur, reos stipulanti non esse eos, de quibus ita instrumento scriptum est: Primus & Secundus centum stipulati sunt: spopondit L.Titius, rei stipulandi sunt, quibus eadem pecunia debetur singulis in solidum, cujusmodi non sunt ii, de quibus cautum est hoc modo: *ille & ille stipulati sunt, spopondit ille*, nisi sit adjectum: *ita ut duo rei stipulandi essent*, quia ambigua ea oratio est, *ille & ille stipulati sunt.* Quid enim stipulati sunt, an singuli viriles, an singuli solidum? ambiguus est sermo, qui duo sensa habet, vel recipere potest: & in ambiguis id accipimus, quod stipulatoribus nocet, *l.stipulatio ista*, *§.in stipulationib. sup.tit. prox.* Itaque hoc casu non singuli in solidum stipulati videntur, sed in partem virilem tantum. Et e contrario, si ita scriptum sit, *ille centum aureos dari stipulatus est, spopondimus ego L. Titius & C. Sejus*, nec sit adjectum, *ita ut duo rei promittendi essent*, non sunt duo rei promittendi L.Titius & C.Sejus, id est, singuli viriles partes debent, non solidum. Et observanda maxime hic est una differentia inter duos vel plures fidejussores, & plures, qui se principaliter obligant (fidejussores, sunt accessiones) Nam acceptis pluribus fidejussoribus id agitur plerunque, ut singuli in solidum teneatur, *§.si plures*, *Instit.de fidejuss.* Sed si ita agatur, ut dixi, habent beneficium divisionis ex epistola D. Adriani, cum sint omnes solvendo litis contestatæ tempore, *d.§.si plures.* Potest agi nominatim, ut singuli fidejussores in partem tantum teneantur, *l.10.inf.de fidejuss.* Sed si hoc dictum non sit, plerunque actum intelligitur, ut singuli in solidum teneantur. At quum plures se principaliter obligant in summam certam, ut apparet ex hoc responso, in dubio plerunque id actum intelligitur, ut viriles tantum partes debeant singuli, non solidum. Et ratio differentiæ inter plures fidejussores, & plures reos, debitores principales hæc est, quia singuli fidejussores accedunt obligationi in solidum, quam reus principalis contraxit, cujus locum singuli obtinent, *l.4. ff.de fidejuss.* At plures rei principales non accedunt alii obligationi, quæ sit contracta in solidum. Et ideo nisi aliud cautum sit, plerumque id actum intelligitur, ut viriles tantum partes debeant. Ratio est evidentissima. Postremo ex hoc responso apparet, duos reos stipulandi vel promittendi esse, de quibus specialiter actum est: ut duo rei stipulandi vel promittendi essent, licet solemniter singuli non sint stipulati, vel solidum non promiserint. Id vero specialiter agi necesse est in specie hujus §. ambiguitatis tollendæ causa: alioquin non videntur esse duo rei, si nulla sit ambiguitas, id est, si constet de mente contrahentium, forte ex tractatu ante habito inter eos. Duo rei stipulandi sunt, qui rogant, *spondes?* Duo rei promittendi, qui respondent, *spondemus*, vel *spondeo*, *l.4. hoc tit.* Duos reos facit animus contrahentium, *l.his verbis*, *hoc tit. l.cum appareat*, *loc.* At hodie ex *Novella 99.* generaliter dicimus, non fieri duos reos tacito intellectu, sed nominatim tantum & specialiter hoc expresso, ut singuli in solidum teneantur. Sed licet ipso jure in solidum teneantur, tamen si omnes sint præsentes & idonei, habent beneficium divisionis, ut pro parte tantum condemnentur, sicut fidejussores plures & mandatores, & rei constitutæ pecuniæ. In principio observandum est proponi hanc propositionem, reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi. Cur dicat non inutiliter, ostendi satis aperte, prolatis effectis mutuæ fidejussionis, & ostendi cur dicat, *accipi*, nimirum, quia non accepi nominatim vice mutua: fidejussores duo rei promittendi invicem fidejubere non videntur, quæ fuit sententia Joannis rectissima, si non addidisset hanc exceptionem: *nisi socii sint.* Nam & rei promittendi, qui socii sunt, non intelliguntur vice mutua fidejubere, nisi id cautum sit nominatim, id est, nisi accepti sint vice mutua fidejussores, & vero frustra etiam invicem fidejusserint. Ex hac propositione, quam posuit Papinianus initio hujus legis infert: si duo ei vice mutua fidejussores accepti sint, posse creditorem si velit, unum ex duobus pro parte convenire, ut reum principalem, pro parte, ut fidejussorem correi, divisis actionibus. *Si velit*, inquit quod confirmat etiam *l.3. §.1. eod.tit.& l.grege*, *§.etiam*, *de pignorib.l.reos*, *C.de fidejuss.& mandat.l.1. C. de fidejuss. tut. si velit*, inquit, & subinfert: cur dixerit, *si velit*, *neque enim*, inquit, *actionem dividere cogendus est*, in parte scilicet, ut partem exigat tanquam a reo, partem tanquam a fidejussore. Cur vero non est cogendus, cedo perspicue? Quia scilicet beneficium divisionis ex epistola D.Adriani datur pluribus fidejussoribus, vel mandatoribus credendæ pecuniæ. ex epistola, inquam, Divi Adriani, cujus est frequentissima mentio in jure nostro, quam nec ignorant tabelliones, datur pluribus fidejussoribus, vel mandatoribus creditæ pecuniæ; ut in partes singuli conve-

niantur, non in solidum, licet in solidum teneantur si modo omnes sint præsentes, & locupletes litis contestatæ tempore, §. si plures, Instit. de fidejussorib. Idem beneficium non datur reo & fidejussori. Quod probat aperte l. si plures, §. ult. de fidejussor. quam omiseram, hoc est, non cogitur creditor invitus partem crediti petere a reo partem a fidejussore divisa actione, quia inter reum, & fidejussorem non est locus epistolæ D. Adriani, sive beneficio divisionis; sed totum potest petere, prout elegerit secundum jus, quod obtinuit ante Justinianum, vel a reo, vel a fidejussore. Et inde subjicit Papinianus hoc loco: *non secus ac si duos promittendi reos, divisis actionibus conveniret*: subjicit, inquam, idem esse in duobus reis promittendi: nam creditor si velit, potest partem petere ab uno, partem ab altero divisis actionibus, ut in l. 3. §. 1. eod. tit. l. inter eos, §. duo, de fidejussor. si velit, inquam, quia creditor non cogitur inter duos reos promittendi dividere actionem pro partibus, quia beneficium epistolæ Divi Adriani non pertinet ad duos reos promittendi: & ut ad duos reos promittendi pertineret, primus fecit Justinianus in *Novella* 99. ante Justinian. hoc est jure Digestorum ut loquuntur, beneficium epistolæ D. Adriani non pertinebat ad duos reos promittendi, id est, non poterat compelli creditor, ut pro partib. ageret si mallet agere in solidum in unum ex duobus reis: & eam ob rem, ante Justinianum uno ex duobus reis solvente partem, nullo modo liberabatur, neque ipso jure, neque per exceptionem obligatione residuæ partis, etiam si aliter conreus solvendo esset, l. si ex toto, §. 1. de legat. 1. Sed fidejussor, quia inter fidejussores locum habebat beneficium divisionis, qui solverat partem, liberabatur per exceptionem obligatione reliquæ partis, l. inter eos, §. 1. de fidejuss. Et hæc est sincera sententia hujus responsi, quæ nemini, ut puto non videtur esse facillima.

Ad L. LII. de Fidejuss.

Amissi ruina pignoris, damnatum tam fidejussoris, quam rei promittendi periculum spectat: nec ad rem pertinebit, fidejussor ita sit acceptus: quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit: istis enim verbis etiam totum contineri convenit.

HÆc lex continet 4. responsa. In primo responso ostenditur; si res pignori data creditori ruina vel incendio perierit, periisse eam rem debitori & fidejussori ejus. Debitori, ut domino; Pignoris causa non mutat dominium, æquum est domino cuique suam rem perire; debitori ergo perit, ut domino, l. pignus, C. de pign. act. fidejussori autem ejus perit, ut domini locum obtinenti, l. 4. h. tit. Ex quo sequitur, amisso ruina pignore, creditorem non amittere crediti actionem. Ruina est casus fortuitus, casus fortuiti non imputantur creditori, l. quæ fortuitis, & l. pignor. C. de pignor. act. Dolus, & culpa creditori imputantur, & amissio pignoris, quæ contingit dolo, aut culpa creditoris, debitorem, & fidejussorem ejus liberat, l. sicut, C. de pign. non quæ contingit casu fortuito. Addit Papinian. neque fidejussorem debitoris liberari pignore ruina perempto, vel alia vi majore sive casu fortuito, licet fidejussor ita acceptus sit: *Quanto minus ex pignore creditor servare potuerit*; quasi nihil superest, quod minus servaverit; nam, ut ait, & minus servasse intelligitur, qui nihil servavit, l. illud, §. minus, de trib. act. l. 32. & 150. de verb. sign. Igitur & ita acceptus fidejussor tenetur, nihil licet supersit ex pignore, quod casus major absumpsit.

Ad §. Inter.

Inter fidejussores actione divisa, condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi potuerunt damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

SI plures sint fidejussores debitoris certissimum est, singulos ipso jure teneri in solidum, ut paulo ante ostendi, sed si omnes præsentes sint & idonei litis contestatæ tempore, habent beneficium divisionis ex epistola D. Adriani, ut in singulos dividatur actio pro virilibus portionibus, quo beneficio utuntur confidejussores etiam adversus pupillum creditorem, ut hic locus ostendit, qui in hanc rem est singularis. Fac igitur, pupillo agente adversus fidejussorem divisam fuisse actionem inter fidejussores in portiones viriles, qui præsentes & locupletes erant, & post condemnationem unum forte ex fidejussoribus, dum tutores creditoris cunctantur & procrastinant agere judicati, desiisse esse solvendo facultatibus eversum, quod plerumque in atomo contingit miseris mortalibus. Hujus inopia & infortunium nihil onerat confidejussorem, quia erat solvendo litis contestatæ, imo & rei judicatæ tempore, sed inopia hujus, quæ contigit post damnationem, onerat tutores, quorum vitio factum est, ut ille, dum erat in facultatibus, non exigeretur in tempore; fraus, inquit, & segnitia, id est, dolus & culpa tutorum eis damnum dabit, quod notissimum est. Debent enim tutores præstare dolum & culpam, l. contractus, de regul. juris, l. qui solidum, §. etiam, de leg. 2. Quæro quid sit dicendum, si medio tempore post litem contestatam, ante rem judicatam ille desierit esse solvendo? Et ut respondet, hoc casu sane periculum pertinet ad pupillum ipsum, non ad confidejussores, non ad tutores, quia nihil imputari tutoribus potest, cum ante rem judicatam agere non potuerint, & exigere pecuniam, l. tutores, in princ. & §. tutores, de adm. tut. Imo nec restitui in integrum eo nomine pupillus potest, l. 7. de fidejuss. tut. l. prox. §. pen. sup. hoc tit. Quia, inquit, *non videtur esse deceptus pupillus, qui jure communi usus est*, id est, qui divisit actionem inter fidejussores, qui solvendo erant litis contestatæ tempore, licet postea desierint esse. At si divisa per imprudentiam fuerit actio inter fidejussores, qui omnes solvendo non erant litis contestatæ tempore, certum est hoc casu pupilli, vel adolescentis nomine implorari posse auxilium restitutionis in integrum adversus divisionem actionis inconsulto factam, quæ fieri non debuit, quia hoc casu minor deerravit a jure communi, qui inter quos non debuit, divisit actionem: Beneficio restitutionis in integrum minori restituitur actio plenior in eos fidejussores, qui solvendo erant litis contestatæ tempore, in locum eorum, qui eo tempore solvendo non erant. Ac præter beneficium restitutionis integra est pupillo vel adolescenti actio in tutores, vel in curatores, si qua eorum culpa arguatur, l. 3. C. si tut. vel curat. interv.

Ad §. Fidejussores.

Fidejussores a colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri convenit, cum ea quoque species locationis vinculum ad se trahat: nec mutat confestim, an interjecto tempore fidem suam adstrinxerunt.

IN hoc §. ostenditur, fidejussores datos simpliciter in causam locationis a colonis sive conductorib. prædiorum, non tantum videri datos ob pensiones, ut l. si a colono, inf. h. tit. sed etiam, ut ait, *ob pecuniam dotis prædiorum*, id est, ob æstimationem instrumenti prædiorum, quod coloni a locatore æstimatum acceperant, ut in l. 3. sup. loc. cit. ea lege, ut finita locatione ejus instrumenti pretium reddant locatori. Debet locator agri colono etiam præstare instrumenta, & vasa agri sive coloniæ necessaria, veluti dolia & alia, quæ enumerantur in l. sed addes, §. illud, sup. loc. Fac igitur, locatorem prædiorum dedisse instrumenta prædiorum colono æstimata; fidejussores dati a colono non tenentur tantum ob mer-

mercedes, sed etiam ob æstimationem instrumentorum datorum colonis, quæ instrumenta vocantur dotes prædiorum. Et idem Papin. in *l.2. de inst.vel inst.leg.* dicit, ea instrumenta, easve dotes prædiorum Græco vocabulo appellari ἐνθήκας. Recte igitur in Basilic. hic est expressa hujus §. sententia breviter: ὁ ἐγγυητὴς τοῦ μισθωτοῦ καὶ ἐπὶ ταῖς ἐνθήκαις τοῦ ἀγροῦ ἐνέχεται, *fidejussor coloni etiam nomine enthecarum agri tenetur*. Ideo autem ait, *fidejussores, quos dedit colonus, teneri etiam ob pecuniam dotis prædiorum*, qui dotis prædiorum causa ex locatione nascitur, & locationis vinculum, id est, obligatio, causa locationis hanc quoque speciem ad se trahit sive comprehendit, id est, huic contractui inest, non ager tantum, sed & agri omne instrumentum, omnis dos: veluti, ut locator prædiorum colonis præstet non tantum prædia, sed etiam instrumenta & dotes prædiorum, & coloni reddant finito tempore conductionis, *d.§.illud*, & adjicit Pap. nihil interesse confestim fidejussor intervenerit initio locationis in caussam locationis, confestim, sive ex continenti, an interjecto tempore, sive ex intervallo. Et ita accipiendum est, quod vulgo dicitur, *fidejussorem vel præcedere vel sequi obligationem principalem*, ut nihil intersit, quo tempore præcedat vel sequatur: sicut nihil interest, quo tempore pecuniæ creditæ stipulatio interponatur, confestim, an ex intervallo, *l.3. §.ult. & l.5. ad Macedon. l.6. §.ult. & l.7. tit.prox.inf.*

Ad §. Ultimum,

Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta, non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta.

EX §. ultimo intelligimus rem admodum singularem, differentiam veterem, quæ fuit inter plures fidejussores vel plures reos debendi, & plures mandatores, quam sustulit Justinianus in *l.ult.C.eod.tit.* sed ejus differentiæ vestigium certissimum residet in hoc §. *ult.* Differentia hæc est: Si sint plures mandatores credendæ pecuniæ, liberum est creditori unum eligere, & convenire in solidum, sicut & unum fidejussorem e multis: nondum est differentia; verum electione unius mandatoris, & litis contestatione, omnes non liberantur, id est, electo uno mandatore, & judicio dictato in eum, neque reus liberatur hoc solo, neque ceteri mandatores, *l.reos, C.eod.tit.* quæ etiam de mandatoribus tantum loquitur, ut hic §. Res ergo ita se habet, electione unius mandatoris sola, & litis contestatione omnes non liberari, id est nullum liberari, nec reum principalem, nec ceteros mandatores, etiam si ille, qui electus est, judicio absolutus sit. Sed solutione demum omnes liberantur, cum satisfactum est creditori. De mandatoribus loquitur Papinianus hoc loco, ut *l.reos*, quoniam aliud erat, quam in mandatoribus, in duobus reis debendi, ut patet ex *d. l. ult.* quoniam electione unius fidejussoris vel unius rei debendi, ut in *l.2. sup. de duob. reis*, etiam non exspectata solutione, protinus ceteri omnes liberabantur. Quæro, quæ fuit differentia? Ratio differentiæ, quam nondum me tradidisse memini, hæc est, quia mandatores tenentur judicio bonæ fidei, id est, mandati, quo judicio æquum est, ne ante solutionem liberentur, qui absoluti non sint, ne creditor in damno versetur. At fidejussores & duo rei tenentur stricto judicio, id est, ex stipulatu: diversitas judiciorum constituit differentiam inter mandatores & fidejussores, vel reos debendi: fidejussores & rei debendi tenentur stricto judicio, quo creditor, qui agit in unum omissis ceteris, quia cogit se in angustum strictumque judicium, non potest ea res ei præjudicare. Hæc est ratio differentiæ summe notanda.

Ad L. XCVI. de Solut.

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit. Liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed & interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.

SCiendum est, debitorem pupilli recte solvere id quod ei debet, tutori ejus, *l. quod si forte, §. 1. & l. solutam, h. t.* & solventem tutori liberari ipso jure, *l. tutores, §. tutelæ, & §. ult. de administ. tut.* liberari ipso jure, etiamsi tutori solverit sine judice. Nam constitutio Justiniani sententiam judicis exigit, non quum tutori, sed quum pupillo solvitur tutore auctore, ut adversus solutionem ita factam, nunquam possit impetrari restitutio in integrum, & debitori, qui solvit, plenissima contingat liberatio & securitas. Et quod dicitur in ea constitutione Justini, *l. sancimus, C. de adm. tut. & §. at ex contrario, Instit.quib.alien.licet*, licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, sic est accipiendum, debitorem pupilli solutionem facere tutori vel curatori accipienti pupilli vice, cui debitor præsenti pecuniam offert, & solvere in animo habet, atque adeo cui solvit tutore auctore potius quam tutori: quæ solutio, ut in totum debitorem absolvat, & securum faciat, nec per in integrum restitutionem irrita constituatur, Justinian. exigit, ut etiam ea solutio pupillo fiat, vel numeretur pecunia tutori vice pupilli, etiam judice auctore: solutio ita facta non revocabitur, nec beneficio restitutionis in integrum, siquidem facta sit pupillo, ut dixi, & tutore, & judice auctore, videlicet si qua pecunia solvatur pupillo, quæ semel inferenda sit, ut puta, legatum, si pupillo solvatur ex testamento, vel si fors solvatur ex chirographo, vel ex obligatione nominum, ne adversus solutionem hanc detur quandoque minori restitutio in integrum, exigitur a Justin. tum tutoris, tum judicis sententia, atque auctoritas pronuntiantis solvi pecuniam pupillo, si qua pecunia debeatur, quæ semel inferenda sit. Nam ex eadem constitut. reditus, & usuræ, & mercedes locationum, quarum solutio dividi solet pensionibus, puta, ut solvantur vel quotannis vel quot mensibus, vel trino quoque mense, ut fit, hæc ita recte pupillo solvuntur tutore auctore etiam sine judice, & sine periculo & metu restitutionis in integrum adversus solutionem pensionum hujusmodi. Et ratio hæc est: quia grave esset his de causis toties judicem adire. Et ita explicanda est hæc constitutio Justiniani. Hoc cognito, finge: debitor pupilli, cum vellet solvere tutori ejus a tutore delegatus est creditori suo, puta, ut oblatam pecuniam solveret creditori tutoris, & solvit: Quæritur, an liberetur? Et respondet Papin. liberatum videri debitorem pupilli, qui delegante tutore, & mandante solvit creditori tutoris, nimirum, quia tutori solvitur recte, & tutori solutum videtur, cum ei solutum est, cui tutor solvi jussit *l. cum jussu, & l. solutam, hoc tit. l. 167. §. qui jussit, de reg. jur.* Verum huic responso addit Papin. hanc exceptionem: si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur, *si cum tutore fraudem non participaverit*, ut in Basil. si in ea re non intervenerit dolus malus utriusque, debitoris scil. & tutoris. Nam si dolus utriusque intervenerit, non tantum eo nomine in tutorem est actio tutelæ finita tutela, qua dolus malus vindicatur, cum sit actio bonæ fidei, sed, ut Accurs. sentit recte, ex generali edicto, quod est de minoribus 25. annis, restituitur pupillo pristina actio in debitorem. Et hoc igitur casu, id est, si debitoris dolus, si collusio intervenerit, si in fraudem pupilli id ex compacto egerint inter se debitor & tutor, ut pecunia perveniret ad creditorem tutoris, debitor liberatur quidem ipso jure, qui creditori tutoris solvit mandatu tutoris, sed pupillo restituto in integrum, ex hac causa actione utili debitor conveniri potest, id est, restitutoria actione: non est in plenum liberatus, in quem utilis sive restitutoria actio decerni potest, *l. 5. sup. de restit. in integ.* At quid fiet si dolus (nam superiora sunt apertissima) tutoris intervenerit, non etiam

dolus debitoris Pupilli, qui mandatu tutoris ſolvit creditori tutoris, ſi quantum in debitore eſt, res geſta fuerit bona fide, nullo colludio habito cum tutore, quo caſu debitor omnimodo liberatur, nec adverſus eum minor reſtitui poteſt in integrum: ſi denique non cum debitore, ſed cum creditore ſuo, cui debitor pupilli bona fide ſolvit, tutor fraudandi pupilli conſilium inierit ei delegato debitore pupilli, quid fiet? Et tunc ſubjicit Papin. ſupereſſe pupillo in creditorem tutoris, qui pecuniam accepit a tutore pupilli, interdictum fraudatorium, ſi fraudem participaverit, ut poſui, cum tutore: poteſt addi vel actionem Paulianam. Nam utroque remedio revocatur & reſcinditur, quod tutor geſſit in fraudem tutelæ, ſive pupilli, cui ex tutelæ adminiſtratione obligatus erat, ſicut quod quilibet alius debitor geſſit in fraudem creditorum, revocatur actione Pauliana, quæ proponitur in *l. 1. ſup. quæ in fraud. credit.* vel revocatur interdicto fraudatorio, quod proponitur in *l. 10. in pr. eod. tit.* de quo etiam fit mentio in *l. ſi poſtulante, ſup. ad Treb. & l. 1. C. Theodoſ. de reſtit. in integrum.* Et inter hæc duo remedia, hæc eſt differentia. Pauliana revocat dominium rei vel pecuniæ alienatæ in fraudem creditoris, *l. 14. eod. tit. quæ in fraud. cred.* creditor ſcilicet vindicat, & petit rem alienatam in fraudem ſuam, eſſe debitoris, etiam ſi ea res ei pignerata non ſit: Actio Pauliana vindicatio eſt rei, non qua petat creditor rem ſuam eſſe, ſed qua petat rem eſſe debitoris, quam alienavit in fraudem, *§. item ſi quis in fraudem, inſtit. de actionib.* Interdictum autem fraudatorium revocat poſſeſſionem: interdicta omnia ſunt de poſſeſſione, non de proprietate: ergo interdictum fraudatorium eſt de poſſeſſione, *l. ult. §. pen. eod. tit.* in illo loco: *poſſeſſionem reſtitui oportere*: Nam quod notandum, tota ea *lex ult.* ſicut & *l. ex iis, & l. Caſſius, eod. tit.* quæ omnes ſunt ex libro 6. interdictorum Venuleii, æque omnes ſunt de interdicto fraudatorio, & licet actionem nominent, tamen intelligunt interdictum fraudatorium, vel actionem in factum ex cauſa interdicti fraudatorii. Sequitur alia & graviſſima differentia, quæ tollit magnas controverſias. In Pauliana actione veniunt fructus medii temporis, id eſt, à die alienationis in diem judicii accepti, quo dictata eſt actio Pauliana & conteſtata. Perceptos poſt acceptum judicium certo certius eſt venire in condemnationem. Sed de quo dubitari poterat etiam percepti ante acceptum judicium medio tempore poſt alienationem veniunt in actionem Paulianam, *l. 10. §. per hanc actionem, & §. præterea, eod. tit.* Et ratio redditur in *l. videamus, §. in Fabiana, de uſur.* quia prætor id agit data actione Pauliana, ut perinde omnia ſint, atque ſi nihil alienatum eſſet: ac propterea verbum, *reſtituas*, quod in ea re uſurpat, plenam ſignificationem habet, ut fructus quoque reſtituantur medii temporis. At in fraudatorium interdictum fructus medii temporis non veniunt: ſed ii tantùm, qui percepti ſunt poſt judicium acceptum, poſt litem conteſtatam, *d. l. ult. §. non ſolum*; quæ tota eſt, ut dixi, de hoc interdicto, quia nulla alia ratione poſſum explicare, & in concordiam adducere cum *l. 10. §. per hanc actionem*, quæ dicit, fructus medii temporis in reſtitutionem venire, quam ſi dicam, non utroque loco de eadem actione agi, ſed in illo de Pauliana actione, in hoc de interdicto fraudatorio, in quo fructuum exinde tantum ratio habetur, èx quo judicium acceptum eſt: non retrorſum, ſed prorſum ſecundum regulam propoſitam in *l. 3. de interdict.* in interdictis reſtitutoriis ex eo die rationem fructuum haberi, quo edita ſunt, non retro, a qua regula tantùm excipitur interdictum unde vi, *l. 1. §. ex die ſup. unde vi*, qui §. eſt conjungendus cum *d. l. 3.* Excipitur etiam ab ea regula interdictum unde vi, *d. l. videamus, §. in Fabiana*. Totam autem eam *l. ult.* eſſe accipiendam de interdicto fraudatorio, non tantum inſcriptio demonſtrat, ſed etiam verba §. *non ſolum*, quæ reſpiciunt ad verba interdicti fraudatorii propoſita in *d. l. 10.* Verba ſunt hujuſmodi: *Quæ L. Titius fraudandi cauſa in bonis, quibus de ea re agitur fecit,* legendum, *in bonis quib. de agitur*, ut in *§. ſi fraudator d. l. 10.* non, *in bonis quib. de ea re agitur*, ut Florentiæ, §. inquam, *non ſolum*, reſpicit ad ea interdicti verba, dum ait, fructus, qui tempore alienationis ſolo cohærebant, quia pars ſunt rei alienatæ, venire in reſtitutionem, *quia*, inquit, *in bonis fraudatoris fuerunt*, reſpiciens ad verba interdicti: medio autem tempore perceptos fructus non venire, *quia*, inquit, *in bonis non fuerunt*. Ex hac diſtinctione inter actionem Paulianam & interdictum fraudatorium patet & lucet diſcrimen, quod eſt inter *l. 10. §. per hanc, & §. præterea, & l. ult. §. non ſolum*, quod dirimere noſtri nulla ratione poſſunt, nec expedire poſſit aliter quiſquam, quam ſeparata actione ab interdicto fraudatorio. Verum ad rem, in ſpecie propoſita hoc loco, qui debitor erat pupilli ex cauſa tutelæ, in fraudem pupilli creditori ſuo juſſit ſolvi pecuniam pupillo debitam, & ſciens creditor tutoris eam pecuniam accepit; Si ſciens tutor ſcienti creditori ſuo, ſuam vel ſibi debitam pecuniam ſolviſſet in fraudem pupilli, & ceterorum creditorum, proculdubio locus eſſet actioni Paulianæ, & interdicto fraudatorio, *l. 2. & 3. eod. tit.* Et multo magis, ſi pupilli pecuniam propriam, vel pupillo debitam ſolverit ſciens, aut ſolvi juſſerit ſcienti creditori ſuo in fraudem pupilli, locus erit iiſdem actionibus rei reſtituendæ gratia. At præterea ex hoc facto etiam in tutorem tanquam in fraudatorem competit actio ex eodem edicto. Nam edicto non tantum datur actio in eum, qui a fraudatore accepit, ut rem alienatam reſtituat, vel poſſeſſionem, ſed etiam in fraudatorem ipſum, *l. 1. & l. ult. §. 1. eod. tit.* Ergo ex hoc facto in tutorem pupillo competit actio ex eodem edicto, & in creditorem quoque tutoris, qui fraudem participavit, qui turpiter facit, ut ait *l. ſi poſtulante, ad Trebellian.* turpiter fecit, qui fraudem participavit, id eſt, qui fraudis conſcius eſt, qui cum fraudatore negotiatur, fraudem vero non ipſe facit, ſed debitor. Ideoque nec de dolo actio unquam fuit in eum, qui quid a fraudatore accepiſſet ſciens, quia dolum ipſe non facit, licet turpiter accipiat ab eo, quem non ignorabat eſſe fraudatorem, aut fraudandorum creditorum animum habere. Et M. Tullius 1. ad Atticum; de actione Pauliana ſentit, cum ait, *Creditores Publj Varii egiſſe cum fratre Caninio de his rebus, quas a Vario fratre ejus dolo malo traditas mancipio acceperat*. Et ideo in *l. 1. quæ in fraud. credit.* dicitur prætorem neceſſario propoſuiſſe actionem Paulianam: quaſi ſcilicet deficiente alia actione, quia in fraudatorem, & in participem fraudis nulla ex hac cauſa civilis fuit, aut ſane fuit inanis actio in participem, non fuit actio civilis, vel prætoria, quia dolum non fecit: non fuit etiam in fraudatorem, quia bonis fraudator exutus eſt & ſpoliatus. Quandoquidem de actione Pauliana danda, vel interdicto fraudatorio nunquam tractatur, niſi quum creditores miſſi ſunt in poſſeſſionem bonorum debitoris, eaque diſtraxerunt, aut mox diſtracturi ſunt; cum in eo res eſt, tum revocant alienata in fraudem actione, vel interdicto, non alia ulla actione: deficiebat omnis alia actio etiam in fraudatorem, qui bonis ſpoliatus eſt, bonis poſſeſſis & diſtractis: ſicut bonis ceſſis, facta ceſſione bonorum, aut bonis publicatis debitor liberatur: ſed ex eo edicto etiam in fraudatorem datur actio, vel pœnæ cauſa, ut ait *d. l. ult. §. ult.* ut ſcilicet carcere & vinculis contineatur, quod res non reſtituat, quas nec reſtituere poteſt, qui exutus eſt omnibus bonis: in fraudatorem eſt quaſi pœnaria actio: electio autem eſt pupilli vel adoleſcentis cum quo agat cum tutore vel cum creditore tutoris, quoniam ii duo inter ſe colluſerunt in necem pupilli, delegato debitore pupilli. Hoc quod poſtremo dixit, probat *l. 3. & ult. C. ſi tutor vel cur. pup. interv.* Non eſt illud omittendum, quod Papinianus in hoc reſponſo loquitur de creditore tutoris, qui conſilium fraudis participavit, ut in eum pupillo ſit actio Pauliana, vel interdictum fraudatorium: nam in creditorem tutoris ignoran-

rantem, quid ageret vel moliretur tutor, non actio Pauliana, vel interdictum fraudatorium, quia creditor ſuum recepit: non ergo id, quod recepit, habet ex cauſa lucrativa, *l.ult.§.in maritum, eod.tit.l.ex promiſſione, de oblig. & act.* In eo qui quid accepit ex cauſa non lucrativa ſeparamus ſcientem ab ignorante, & ignorantem non teneri dicimus, ſed ſcientem tantum. In eo autem, qui quid accepit ex cauſa lucrativa, non ſeparamus ſcientem ab ignorante: uterque tenetur Pauliana actione, vel fraudatorio interdicto, *l.6.§. ſimili modo, quæ in fraud. cred. l. pen. C. de revoc. iis, quæ in fraud. credit.* Et hæc ſunt, quæ pertinebant ad primum reſponſum h. l.

Ad §. Si cum pupilla.

Si cum pupilla magiſtratui, qui per fraudem pupillo tutorem dedit heres extitiſſet, tutores ejus cum adoleſcente tranſegerunt: eam tranſactionem pupilli ratam habere noluit: nihilominus erit tutorum pecunia liberata; nec tutores contra adoleſcentem actionem; nec utilem habebunt, qui ſuum reciperavit. Plane ſi adoleſcens pecuniam reſtituere maluerit, reſciſſo quod geſtum eſt, actionem utilem in pupillam heredem magiſtratus accipiet.

AD 2. reſponſum illud ſciendum eſt in primis, quod ſi magiſtratus municipalis, ſive duumvir pupillo per fraudem tutorem dederit minus idoneum, vel ſi a tutore dato non exegerit cautionem rem pupilli ſalvam fore, & pupillo aliquid abſit ex adminiſtratione tutelæ ſuæ, quod ſervari non poſſit a tutore, vel a fidejuſſore tutoris, vel ab eo, cui quid tutor alienavit in fraudem tutelæ, tum in ſubſidium, magiſtratus municipalis pupillo tenetur in id, quod intereſt actione in factum, quæ eam ob rem dicitur ſubſidiaria, ex oratione Trajani, *l.pen.C.de magiſtr. conven.* quæ actio datur etiam in heredem ex dolo, vel lata culpa defuncti magiſtratus non ex levi culpa, ut vulgo exiſtimant, *l.2.C.eod.tit.l.4.& 6.ſup.eod.tit.* Quod tamen in levi culpa dubitatione non caret, ut alibi oſtendi. Ceterum, quia ea actio in factum, quaſi pœnalis actio eſt, ut ait *l.ult.ſup. eod. tit.* Ideo æquum eſt, ut non temere, ſed cauſa cognita, id eſt, ex cauſa tantum detur in heredem magiſtratus, qui tutorem dedit, & omiſit cautionem rem pupilli ſalvam fore, nec bene pupillo proſpexit: ſicut temere etiam non datur actio in heredem magiſtratus, qui non curavit poſtulanti vicino caveri damni infecti ædium vicinarum, quæ vitium faciunt; Ad quam ſpeciem pertinere *d.l. 6. de magiſt. conveniendis*, demonſtrat inſcriptio legis conjuncta *l.4.§.in eum, & §.ult.ſup.de dam.infec.* cujus eadem inſcriptio eſt. Et utraque igitur lex eſt, non de magiſtratu, qui omiſit cautionem rem pupilli ſalvam fore, ſed de magiſtratu, qui omiſit cautionem damni infecti, quanquam in utroque idem jus ſit, & poſſit, quod de uno dicitur licenter transferri in alterum. Hoc cognito, finge: magiſtratus per fraudem tutorem dedit pupillo cuidam; magiſtratui filia puella heres extitit; jure hereditario pupilla heres magiſtratus tenetur pupillo jam facto adoleſcenti actione in factum ſubſidiaria, qua tenebatur defunctus magiſtratus. Ideoque ex ea cauſa tutores pupillæ cum adoleſcente tranſegerunt, data ex arca ſua adoleſcenti pecunia certa pupillæ nomine heredis magiſtratus, pupillam ſuis nummis liberaverunt tutores; an etiam liberaverunt invitam? Fac eam tranſactionem non habere ratam; an nihilominus tranſactione liberata eſſe intelligitur? Et reſpondet liberatam videri etiam invitam & detrectantem probare, quod fecerunt tutores ejus nomine, quia ſcilicet, non poſſumus quidem inviti deteriorem conditionem facere, ceterum etiam inviti meliorem conditionem facere poſſumus, veluti ſoluta pecunia eo invito & vetante, *l.ſolutione, & l.ſolvere, h. tit. l. ſolvendo, de neg. geſt.* vel ſuppoſito expromiſſore, qui novandi cauſa in ſe transferat obligationem debitoris, atque ita liberato debitore invito, eodemque mox ſuppoſito expromiſſore liberto per acceptilationem, *l. ſi debitor tuus, h. tit.* vel invito ſervo data libertate, *l.ult. C. de teſt. tut.* vel invito domino per ſervum adquiſito lucro quodam *l. etiam, de adquir. rer. dom. l. quemad. de jure dot. l. ſervus vetante, de verb. obl.* Utilitatis ratio hoc ſuadet, ut & beneficia dentur etiam invitis, & nolentibus, & ut in iis non ſequamur, quod in ſimilibus cauſis obtinet, puta, ut donatio, vel legatum non adquiratur invito, ut invito non acquiratur bonorum poſſeſſio, ut invito non adſignetur libertus. *Propter utilitatem*, inquit Varro libris de lingua Latina, *diſſimilitudines potius, quàm ſimilitudines ſequimur; quæcumque uſus cauſa ad vitam ſunt adſumpta, in iis utilitatem quærimus, non ſimilitudinem*: in donatione & legato, & bonorum poſſeſſione & adſignatione liberti eſt cauſa, qua cauſa invito beneficium non quæratur, quia donatio vel legatum, vel adſignatio liberti non intelligitur eſſe ſine facto ejus, cui donatur, legatur, adſignatur ſine acceptione ejus, vel admiſſione. Hæc non fiunt μονομερῶς, ſine acceptione, vel agnitione. Illa ſuperiora fiunt μονομερῶς, quia in liberatione non exigitur factum ejus, qui liberatur ſervitute, vel ære alieno: ſed neque in adquiſitionibus ſervorum factum domini, quia ſufficit factum ſervorum. Et placet valde, quod in hanc rem dixit Leo in *Novella* 102. *duplex beneficium accipere eum, qui cogitur beneficium accipere.* In ſpecie igitur propoſita res ita eſt, pupillam tutores ſua pecunia etiam invitam liberaſſe, ac proinde eam pecuniam ei reputare poſſe contrario judicio tutelæ, *l.1.§. præterea, & l.ult. de con. tut. act.* vel oppoſita exceptione doli mali, ſi pupilla agat directa tutelæ, non habita ratione pecuniæ pro ea ſolutæ, *l. ſi opera, ſup. de doli except.* niſi forte ſi quid pupillæ probetur interfuiſſe eam pecuniam non ſolvi, *l. cum pec. de neg. geſt.* Ex eo, quod ita ſtatuit Papinia. in §. 1. etiam efficitur, non habere tutores in adoleſcentem, cui ſolverunt pecuniam, condictionem indebiti, neque directam, neque utilem; *quia adoleſcens*, inquit, *ſuum recuperavit*. Et repetitio ſcilicet ſive condictio nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit, *l. repetitio, de cond. indeb.* tametſi, ut addit eadem lex, ab alio, quam a vero debitore, nomine tamen veri debitoris ſolutum ſit. Et ad ſummam res ita ſe habet: ſi debitor liberatur, qui ſolvit pro ſe, vel pro alio, vel ſi is liberatur, pro quo ſolvit, non eſt condictio indebiti: ſi debitor non liberatur, ut ſi non mutata omnino ſpecie tutor, vel quis alius ſolverit ſuo nomine per errorem, non pupillæ nomine, locus eſt condictioni indebiti, *l. ſi nomine, §.1. l.ſi non ſortem, §. filiosfam. & §. ſi decem, l. cum is, §. 1. de cond. indeb. l.5. C. eod. tit. l. qui hominem, §. ult. h. t. de ſolut.* Nunc quæro, quid ſit dicendum, ſi adoleſcens, cui tutores ſolverunt ex cauſa tranſactionis malit pecuniam reſtituere tutoribus, & ex cauſa aliqua, vel etiam ſine cauſa, reſtituatur in integrum, quod prætoribus nonnunquam accidit, ut etiam ſine cauſa minores reſtituantur in integrum, aut ſupervacuæ; ſi igitur adoleſcens ex cauſa vel ſine cauſa reſtituatur in integrum adverſus tranſactionem oblata pecunia, quam acceperat? Et non eſt dubium, hoc caſu adoleſcenti dari actionem in pupillam heredem magiſtratus, quod eſt in fine hujus §. Et utilem actionem, id eſt, reſtitutoriam. Omnis actio reſtitutoria eſt utilis, reſciſſa tranſactione, per quam ipſo jure ea actio fuerat extincta, interpoſita, ut fit, ſtipulatione Aquiliana, & acceptilatione ſubſecuta: hoc modo tranſactio ipſo jure perimit omnem obligationem.

Ad §. Soror.

Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur poſt motam legati quæſtionem tranſegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. Placuit quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio ſecuta eſſet, tamen nominis periculum ad eam pertinere; Itaque ſi legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.

In

IN hoc §. proponitur species hujusmodi: Pater filiæ forte exheredatæ legatum dedit a filio herede instituto, filia egit de legato actione ex testamento adversus fratrem, & nondum finita lite transegit ea de re ita cum fratre nuda pactione, ut frater ei cederet nomen cujusdam debitoris hereditarii, quod cum erat bonum nomen, & ipsa a lite discederet, & legatum omitteret: nuda pactio est, quia nulla ex parte sumpsit effectum, quia neque frater sorori nomen debitoris delegavit, aut cessit, neque ipsa interposita Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsequuta fratrem liberavit obligatione contracta ex legati causa. Re ita gesta, & transacta inter fratres: quæritur, an nominis illius de quo convenit, periculum pertineat ad sororem, forte postea debitore facto non solvendo, everso facultatibus? Et respondet Papinian. periculum nominis pertinere ad sororem, & si pergat legatum petere, aut si repetat legati petitionem, summoveri eam exceptione pacti. Ex quo apparet, quod est summe notandum, pactionem nudam habitam inter heredem & legatarium, etsi non liberet heredem ipso jure, quia ex pacto nudo neque nascitur obligatio, neque liberatio, transferre tamen periculum ejus rei, de qua pactum conventum est, in legatarium: quod ne novum quidem & iniquum videatur, confirmabo exemplo consimili: oblatio nuda rei, pecuniæve debitæ sine depositione & obsignatione, non liberat debitorem ipso jure, attamen periculum rei pecuniæve oblatæ transfert in creditores, *l. stipulatus sum, de verb. oblig.* Et ita hoc tertium responsum explicandum est, in quo posui initio fuisse bonum nomen debitoris tempore habitæ conventionis, alioquin quodammodo huic responso obstaret lex, quam adducit Accurs. *si cum dotem, §. si mulier, sol. matr.*

Ad §. Cum eodem.

Cum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniæ cujusque contractus creditor accepto facere debet, nec in arbitrio ejus electio erit, cum debitor pretium pignoris consortioni subjecerit. Quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit: prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur.

QUI debebat mihi 20. ex duobus contractibus, ex duabus causis, ex stipulatione 10. ex testamento 10. dedit mihi pignus in utramque causam, quod ego pignus jure meo vendidi sexdecim. Quæritur, an sit in arbitrio meo, in quam causam voluerim pignoris pretium, id est, 16. accepto referre? hæc est quæstio hujus §. Et Papin. ita distinguit: aut eodem tempore in utramque causam debitor pignus obligavit, aut discretis temporibus: si discretis temporibus, ut puta, si in causam legati primum obligavit pignus, deinde interjecto tempore ejusdem pignoris superfluum, quod nos vocamus ὑπεροχὴν, *la plus value*, in causam stipulationis obligavit: hoc casu pignore distracto sexdecim, ut posui, decem imputantur in primum, seu antiquius debitum, & sex in secundum debitum, residuorum quatuor petitione creditori salva, *l. creditor 2. sup. de reb. cred.* si eodem tempore pignus obligavit debitor in utramque causam, pretium quod redegit creditor ex venditione pignoris, acceptum referre debet, ut ait, *pro modo, pro rata pecuniæ cujusque contractus*, id est, ἀναλόγως, ut scilicet imputet in primum debitum octo, & in secundum totidem, quoniam utriusque causæ par summa est: neque enim est in arbitrio creditoris in unam tantum causam imputare pretium pignoris, *quod*, inquit, *debitor consortioni subjecit*, id est, quod simul & communiter obligavit in utramque causam: ratio est elegantissima, & distinctio quoque. Verum valde obstat huic distinctioni, sive responso *l. Imperator §. in iis, sup. hoc tit.* Sententia hujus §. hæc est. Creditor cui debentur usuræ ex stipulatione, & aliæ usuræ ex pacto, ex stipulatione civiliter, ex pacto naturaliter: ex diversis contractibus, ex causa diversorum contractuum etiamsi usurarum quantitates sint dispares, pretium pignoris, ut illo loco ostenditur, imputat æqualiter in utramque causam, non pro rata, ut exempli gratia: si XXIV. debentur ex pacto, XII. ex stipulatione, & pretium pignoris fuit decem & octo, novem pacto imputabuntur, & stipulationi totidem, non pro rata XII. pacto, & VI. stipulationi. Valde videtur obstare *§. in iis, h.t.* Sed res mihi ita explicanda esse videtur, ut dicamus in *d. §. in iis* agi de usuris, quæ diversis temporibus pactæ vel conventæ sunt, quod est certum, & in quas pignus æqualiter obligatum est, non in has usuras pignus totum, in illas ὑπεροχὴ, sive superfluum; & placet omnibus usuris imputari æqualiter pretium pignoris, quod etiam æqualiter constitutum, sive contractum est. Hoc autem loco, nec in prima parte propositæ stipulationis, discretis temporibus pignus contractum est æqualiter, sed in in unam causam ad finem sortis integræ; in alteram ad finem ὑπεροχῆς, ergo inæqualiter. Inæqualis causa pignoris & inæqualem imputationem exigit: nec item in secunda parte distinctionis pignus contractum est discretis temporibus, sed uno eodemque tempore. Et ubi contractuum, & temporum diversorum par causa est, omnibus summis pretium pro portione imputatur, id est ἀναλόγως, ut ait *l. 8. h.t.* Hinc apparet ratio.

Ad §. Cum institutus.

Cum institutus deliberaret, substitutio pecunia per errorem soluta est: ad eum hereditate postea devoluta, causa conditionis evanescit, quæ ratio facit, ut obligatio debito solvatur.

DEliberante herede instituto, debitor hereditarius solvit per errorem substituto, antequam substitutioni locus esset: Indebitum solvit; Quæro, an id, quod solvit condicere possit, quamvis post longam deliberationem, & consultationem heres institutus repudiarit hereditatem, & substituto locum fecerit? Et ait, cessare condictionem indebiti, quia ex eventu apparuit substituto indebitum non fuisse solutum. Denique causa condictionis evanescit, & debitor omnimodo liberatur: nam hæc sunt consequentia: si non est condictio indebiti, ergo debitor liberatur: cui simile est exemplum, quod ponitur in *l. sub conditione, sup. de cond. indeb. & l. cum is, §. qui hominem, sup. hoc tit.* Debeo tibi aliquid sub conditione, idque tibi per errorem solvo pendente conditione. Indebitum solvo; verum si post solutionem conditio extiterit, non dabitur mihi condictio indebiti, quod ab initio videbatur esse indebitum, quia ex eventu apparuit non fuisse indebitum. Et hic est finis hujus legis. Sequitur *l. 2. rem ratam haberi*, cujus verba hæc sunt.

Ad L. II. Rem. rat. hab.

In stipulatione de rato habendo non est cogitandum rei promittendi, vel stipulandi compendium, sed quid interfuerit ejus qui stipulatus est, ratum haberi, quod gestum est.

LEx est valde difficilis. Glossa, & qui ab ea profecti sunt ceteri omnes, in eam adferunt sex interpretationes, nec in qua potius consistant, habent. In omnibus nihil nisi culpæ manifestæ, & intolerabiles, planeque repugnantes verbis auctoris; danda nobis est opera, ut sensus ejus omnibus in facili, & in aperto esse videatur. Sciendum est, rem ratam dominum habiturum, & neminem amplius petiturum, plerumque stipulari eum, qui convenitur a procuratore vero, vel falso nomine creditoris, vel domini, sive conveniatur in judicio, sive extra judicium, ut in *l. interdum, l. amplius, l. si commissa, in fine, l. si sine judice, h.t.* Et interdum etiam is, qui agit, a defensore absentis, eandem stipulationem stipulatur, id est, de rato habendo, atque interponit, ut in *l. 6. & l. 8. §. ult.* illo loco: *vel adversus procuratorem h. t. l. non solum, §. si status, & seq. usque ad finem legis, & l. seq. §. sed & is, de procur.* Et in judicio quidem hæc stipulatio interponitur ex edicto Prætoris, prætoria stipulatio est, *d. l. interdum, hoc tit.* Et causa interponendæ ejus hæc est, ne quis impune sæpius eadem de

de re conveniatur, *l. 8. §. ult. hoc tit.* ne rursus dominus A vel creditor retractet, quod actum est, *l. non solum, §. est, & casus, de procur.* ne bis idem præstet debitor vel possessor, *l. si sine, §. Julianus, hoc tit.* denique, ut tutiore loco sit, qui contrahit cum procuratore absentis, *l. 12. h. t.* Concluditur autem hæc stipulatio his fere verbis, quod compendii facio: *si creditor vel dominus ratum non habuerit, cujus tu nomine agis aut contrahis, quanti ea res est, tantam pecuniam dabis, l. 3. l. 8. §. ult. hoc tit.* Et in multis aliis locis, ubi statim ambigitur, quemadmodum ea verba, *quanti ea res est*, accipienda sint. Sunt enim *ἀμφίβολα*, & incertam quantitatem continent, ut ait *l. 2. §. incertum, de præt. stip.* Sunt verba *πολύσημα*. Alias enim referuntur ad veritatem, id est, ad quantitatem veram ejus, quod stipulatoris interest, quod interdum pluris est, quam rei pretium verum & justum, qua de agitur principaliter, *l. 1. de action. empt.* modo inquam, B pluris est quod interest, quam verum rei pretium, ut *d. l. 1.* modo minoris, *l. 9. §. ult. ad exhib.* Et ita quidem hæc verba accipiuntur in actione, quæ ex stipulatione judicio sisti tanti competit, quanti ea res est, *l. 2. §. ult. qui satisd. cog.* & in stipulatione damni infecti & judicatum solvi, quæ quanti ea res est concluduntur & concipiuntur, *d. l. 2. §. incertam*: & in actione in factum, quæ datur, quanti ea res est in magistratum municipalem, qui non curavit postulanti caveri damni infecti, *l. 4. §. in eum, de damn. inf.* & in actione in factum, quæ datur quanti ea res est in falsum tutorem, ei, qui illo auctore frustra cum pupillo contraxit, *l. 7. §. 1. quod fal. tut. auct.* His actionibus continetur utilitas actoris, & veritas, id est, vera utilitas, sive quod in veritate actoris interest (utilitas, & id quod interest idem est C semper) sive quantitas vera ejus quod ob eam rem actori abest de suo, vel quod lucratus non est: non etiam continetur quantitas quantacunque ab actore æstimata & petita, non pœna. Quantitas quæ egreditur veritatem pœna est. Alias vero hæc verba non referuntur ad id quod interest, sed ad verum rei pretium, ut in actione furti, *l. in furti actione, ff. de furt.* & in actione vi bonorum raptorum, *l. prætor, §. hæc autem, vi bon. rapt.* In quibus actionibus duplatur vel quadruplatur, non id quod interest, sed verum rei pretium, quamvis ita concludantur, quanti ea res est. Itemque in actione ex stipulatione duplæ interposita evictionis nomine, ad quam pertinet *l. 179. de verb. significat.* & in actione in duplum, ex edicto de publicanis, ad quam pertinet *l. 192. eod. tit.* Alias ea verba referuntur non tantum ad id quod in- D terest, quod proprie consistit circa rem tantum, de qua principaliter agitur: sed etiam ad omne quodcunque compendium, & omne damnum etiam, quod extrinsecus actori contingit, ut in *l. 2. §. ult. de eo quod certo loco*, de qua dicemus inferius. Alias ea verba referuntur, non ad rei pretium, non ad id quod interest, vel circa rem, vel extra rem, sed ad quantitatem infinitam, quantumcunque actor æstimarit jurejurando in litem; & ad pœnam etiam, etiamsi nihil reapse actoris intersit, ut si per calumniam egerit, si calumniosam actionem instituerit. Et ita ea verba accipiuntur in actione in factum, quæ datur quanti ea res est: ea sunt verba edicti: *in eum, qui in jus vocatum vi exemit, l. pen. §. 1. ne quis in jus voc.* & in actione in factum, quæ datur in eum, qui jus dicenti non obtemperaverit, etiam si ni- E hil intersit adversarii, *l. 1. §. ult. si quis jus dicenti non obtemper.* Hæ actiones meram pœnam, ut ait d. lex 1. non utilitatem, id est, non quanti res ea est, non quanti revera actoris interest, continent, sed etsi nihil actoris intersit, continent quantitatem, quam actor juratus æstimaverit. Varie igitur ea verba in jure accipiuntur. Et inde quæritur, quemadmodum in stipulatione, rem ratam haberi, accipienda sint? Et Papinianus ait hoc loco, in stipulatione de rato, ea verba referri ad id, quod interest stipulatoris ratum haberi, quod actum est; non ad compendium, inquit, stipulatoris vel promissoris; quod minime spectandum esse ait, manifeste compendium se-

A parat ab eo, quod interest, ut *& l. Titium, §. altero, & l. qui negotiationem, de administ. tut.* & Theophilus noster, qui separat in *§. plus, de action.* *τὸ διαφέρον*, id est *id, quod interest*, ab eo, quod *τὸ κέρδος* vocat, id est, *compendium*. Et differentia sive separatio hæc est, quia id quod interest versatur circa rem, qua de agitur: compendium venit extra rem prorsus. Vel aliter: id quod interest, est utilitas, quæ circa rem consistit: compendium est utilitas, quæ consistit extra rem. Exempli gratia, alioquin non posset res intelligi: si a procuratore conventus stipuler, dominum rem ratam habiturum, domino rem ratam non habente, & denuo agente mecum de eadem re, vel pecunia, mea interest ob sumptus quos facio in litem, quam mihi dominus intendit, eosque repeto a procuratore, vel fidejussore ejus, qui cavit de rato: nam hæc cautio satisdatio est; eos, inquam, sumptus repeto actione ex B stipulatu de rato, sive me dominus vicerit, sive non, *l. si sine, §. Marcellus, hoc tit.* Sumptibus litis possunt addi sumptus itinerarii, id est, viatica, quæ impendo in jus peregre proficisci coactus vocante domino, qui quod gestum est, ratum non habet, *l. eum, qui temere, de judic.* Et hi omnes sumptus significantur in *l. 18. hoc tit.* his verbis: *prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat*, consultores scilicet & patronos. Vel hos sumptus solos repeto actione ex stipulatu de rato, vel præter hos sumptus etiam repeto, quod domino ratum non habenti damnatus solvi, quod addit *d. l. 18.* aut quod procuratori solvi. Qua in re servandæ sunt distinctiones hujusmodi, ut res omnis perspicue intelligatur, ex *d. l. si sine*: Aut falso procuratori solvi, cui nihil mandatum erat. Aut vero: & aut sine judice solvi, aut interveniente C judice, nimirum ex sententia judicis. Si sine judice falso procuratori solvi debitum, vel indebitum, nihil refert, & dominus vel creditor ratam solutionem non habuerit, id est, si dominus de eadem re vel pecunia rursus mecum egerit, sive vicerit, sive non vicerit, præter sumptus litis actæ cum domino: repeto etiam actione ex stipulatu de rato id, quod procuratori falso solvi, vel quia indebitum solvi, vel quia, si debitum solvi, ea solutio me debito non liberavit, *l. si quis offerenti, de solut.* sed neque sententia, qua domino agente & superato absolutus sum, me liberavit ab obligatione naturali, *l. 8. §. 1. hoc tit.* Sequitur altera pars distinctionis, si ex sententia judicis debitum vel indebitum falso procuratori solvi, ab eo quidem procuratore non repeto, quod ei per judicem solvi, quia soluti ex causa judicati repetitio non est, etiam D si maneat obligatio naturalis, *l. cum putarem, famil. ercisc. l. si fidejussor, §. in omnib. mand.* Non repeto, inquam, quod falso procuratori solvi ex sententia judicis; tametsi damnatus tantundem solverim domino ratum non habenti, quod actum est inter me & falsum procuratorem. Id autem, quod domino damnatus solvi, etiam a domino non repeto, qui ratum non habuit, propter eandem rationem, quia soluti ex causa judicati repetitio non est. Id, inquam, a domino non repeto, cui solvi, sed id repeto a falso procuratore ex stipulatione de rato, *d. leg. 18.* illo loco; *quod damnatus solvit, & l. 3. §. ult. h. t.* Hæc de falso procuratore. Si vero procuratori solvi, nihil interest judicio coactus ei solverim, an sine judicio, sine judice: nullo enim casu repeto, quod ei solvi, tametsi dominus solutionem ratam non fecerit, & lite re- E dintegrata forte me vicerit, quia jure non potuit me vincere: qui vero ejus procuratori solveram, nec me potuit domino condemnare judex, nisi per imprudentiam, vel injuriam, quam æquum non est mihi præstare procuratorem aut fidejussorem ejus, ideoque nec ab eo repeto, quod domino solvi damnatus per injuriam judicis, *d. l. si sine, §. cum autem.* Injuriam quæ mihi facta est, penes me manere, quam ad verum procuratorem, & eundem promissorem de rato transferri, æquius est, *l. exceptione, de fidejuss. l. si per imprudentiam, de evictión.* Denique a vero procuratore ex cautione de rato, quod ei solvi vel domino, non repeto, quia domino solvi per injuriam judicis, & quod ei solvi, jure solvi, sed repeto

litis ſumptus tantum, quos feci in litem mihi motam a domino. Idemque erit ſi dominus, qui ſolutione rata non habita, quam vero procuratori feci, judicio mecum expertus eſt, & litem amiſerit, quoniam & hoc caſu, quod ſolvi vero procuratori, non repeto, ſed ſumptus litis tantum, quos à domino forte ſervare non poſſum, *d.l.ſi ſine*, §. *Marcellus*. His diſtinctionibus poſtremo addamus hanc regulam; Quotiens a falſo procuratore repeto, quod ei ſolvi, ſimul & id repeto, quod ex re, pecuniave ei ſoluta, aut circa eam rem medio tempore lucri facere non potui, nec feci, veluti fructus fundi, aut uſuras pecuniæ. Nam in æſtimatione ejus quod intereſt, non tantum damni dati habetur ratio, ſed etiam lucri intercepti, ut generaliter definitur in *l. unica*, *C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt profer.* Et ſpecialiter in cauſa ſtipulationis de rato proditum eſt in *l. ſi commiſſa*, *hoc tit.* dum ait; Commiſſam ſtipulationem de rato in tantum competere, in quantum ſtipulatoris intereſt, quod ita interpretatur, id eſt, quantum actori abeſt, quantumque lucrari potuit, ſi dominus ratum habuiſſet. Non habetur ratio compendii, quod facere potuit extra rem, qua de agitur, ſed ut dixi, lucri, quod circa rem ipſam verſatur, quodve ſit ex re ipſa, veluti uſura, aut fructus, aut id quo pluris hodie res ipſa eſt, quam fuit eo tempore, quo eam falſo procuratori ſolvit. Compendium hoc loco pro extrario compendio accipitur, cujus rationem non haberi in æſtimatione ejus quod intereſt, certum eſt. Exempli gratia, ſi dicam me ex re procuratori ſoluta medio tempore potuiſſe negotiari, & ingentem quæſtum facere, in ſtipulatione de rato non habebitur ratio incrementi negotiationis, compendii negotiationis, quod extrinſecus contingere potuit, *l. ult. de peric. & comm. rei vend. l. ſi ſterilis*, §. *quum per venditorem*, *de act. emp.* ſed in ſtipulatione de rato id tantum cogitandum erit & ſpectandum, quod ſtipulatoris circa rem ipſam intereſt, qua de agitur. Et eleganter in *d.* §. *cum per venditorem*, qui eſt arx hujus quæſtionis, ſeparat utilitatem, quæ extra rem eſt, ab ea, quæ circa rem conſiſtit, ut & Seneca id diſtinguit 1. *de benefic. Omnia iſta*, inquit, *extra rem ſunt, ut nec circa rem ſint*, ut quemadmodum in æſtimatione utilitatis, id eſt, ejus quod intereſt, non habetur ratio damni dati, niſi quatenus quid actori abeſt ex re ſua, aut ſibi debita, ut ſi mihi abſit triticum, quod emi per moram venditoris, quod hodie forte pluris eſt, quam fuit venditionis tempore, ejus damni ratio habetur in actione ex empto, quæ datur in id, quod intereſt, non etiam ratio habetur hujus damni extrarii, ſi quod mihi triticum non traderetur, ſervi mei fame interierint, aut jumenta, quod damnum conſiſtit extra rem ipſam quæ veniit, *d.* §. *quum per venditorem*. Ita vero ut damni, ita in æſtimatione ejus quod intereſt, habetur ratio lucri intercepti hujus tantum, quod mihi res ipſa, quæ in contentionem venit, ſua vi attuliſſet, non ejus lucri quod compendium dicitur, quod extrinſecus facere potui mercaturis faciundis, excepto uno tantum caſu, qui eſt in *l. 2.* §. *ult. de eo quod certo loco*: ſi agatur de nautica, ſive trajectitia pecunia, in quo judicio legitimus modus uſurarum, vel modus legitimus ejus quod intereſt, non obſervatur, ſed venit omne quodcumque compendium facere creditor potuit, & omne damnum quod fecit, etiam quod conſiſtit extra rem: ſicut veniunt etiam uſuræ immenſæ & immodicæ, & ſupra duplum. In trajectitia pecunia alia eſt ratio, quæ nullum ſervat modum, propter penſationem periculi graviſſimi, quod creditor in ſe ſuſcepit. De hoc autem compendio extrinſeco eſt accipiendum, quod ait Papinianus hoc loco: *in ſtipulatione de rato non eſſe cogitandum compendium rei promittendi vel ſtipulandi*, id eſt, compendium ejus, cum quo agitur ex ſtipulatione de rato, qui promiſit, de rato, vel compendium actoris, ſive ſtipulatoris: uno verbo, non eſſe ſpectandum compendium rei vel actoris, ut in Baſil. *τὸ κέρδος τοῦ ἐναγομένου ἢ τοῦ ἐνάγοντος*, *lucrum rei vel actoris*. Conjunxit utrumque, reum, vel actorem, id eſt, promiſſorem vel ſtipulatorem, ut oſtenderet ex ſtipulatione de rato, ſtipulatorem neque compendium conſequi poſſe, quod facturus erat extra rem, ſi dominus ratum habuiſſet, veluti ex incremento negotiationis, neque etiam conſequi poſſe compendium, quod promiſſor, id eſt, falſus procurator fecit extra rem ipſam, quam ab ſtipulatore exegit, ut puta, ſi promiſſor ex negotiatione ejus rei, quam exegit, magnum aliquod emolumentum conſequutus fuerit, vel ſi ſe ea re, vel pecunia liberaverit imminente ſibi pœna quadam gravi ex contractu quodam, ut in *l. Imperator*, §. *ſi centum*, *de legat.* 2. Hujus compendii, quod procurator fecit extra rem, quam ei ſtipulator ſolvit vel præſtitit in revocanda ea re per actionem de rato, ratio non habetur, nec venit in reſtitutionem, quia ſatis eſt ſtipulatori procuratorem reſtituere rem ipſam, & quod ex re ipſa ferre & lucrari ſtipulator potuit. Et ita hæc lex eſt accipienda.

Ad L. XX. de Jure fiſci.

Sed revocata pecunia in fidejuſſorem liberatum utilis actio dabitur.

SCiendum eſt, privilegium fiſci hoc eſſe, ut in exigenda pecunia ſibi debita, quemadmodum Paulus ait 5. *Sentent. tit. de jure fiſci*, primum locum obtineat ante omnes creditores, chirographarios ſcilicet, ſive perſonales, ut in actione in perſonam potiora jura habeat, & in actione in rem multo magis, id eſt, Serviana, ut *l. eos*, *C. qui pot. in pign.* quia ſcilicet perſequitur tacitam hypothecam, quam habet ex ſuis contractibus omnibus, *l. 2. C. in quibus cauſ. pign. vel hypot. tac. contr.* & ex cauſa tributorum, *l. 1. C. eod. tit.* non ex omnibus cauſis, *l. reſcriptum*, *ſup. de pact.* Nam quod dicitur in *l. aufertur*, §. *fiſcus*, *inf. hoc tit.* fiſcum ſemper habere jus pignoris, ſic eſt accipiendum ſemper, ex ſuo contractu, non ex omni cauſa, ſed ex cauſa tributorum tantum, vel ex cauſa æris ſui, ſive contractus & obligationis ſuæ, quod jus fiſcale dicitur in *l. 10. ſup. de manum.* Sic igitur ſtatuamus, fiſcum potiora jura habere in actione in perſonam, & in actione in rem, ſive hypothecaria, & præferri omnibus aliis creditoribus chirographariis in utraque actione, & multo magis in hypothecaria, quam ipſe habet, non creditores, quibuſcum contendit: & præferri, inquam, omnibus aliis creditoribus chirographariis etiam antiquioribus, etiam privilegium habentibus adverſus alios poſt fiſcum, non adverſus fiſcum, *l. quod quis*, *ſup. de reb. auct. jud. poſſ. ſive privileg. cred.* hypothecariis creditoribus antiquioribus fiſcus non præfertur: in hypothecis fiſcus non habet niſi privilegium, quod ei tempus dedit, quodque dat omnibus, *l. ſi pignus*, *ſup. qui potior. in pign. hab.* In hypothecis fiſcus habet jus commune, non proprium, aut præcipuum aliquod: At chirographariis creditoribus etiam antiquioribus præfertur, *d. l. quod quis*, ſicut & Reſpublica quælibet, *l. pen. C. de privil. credit.* Commune igitur hoc eſt privilegium fiſci & Reipublicæ: Itaque debitor, qui debet pecuniam fiſco, & aliis pleriſque creditoribus chirographariis, debet prius pecuniam ſolvere fiſco, quam alii creditori chirographario, etſi forte fiſcum prævenerit alius creditor privatus ejuſdem debitoris, cui debitor prius ſolvat quam fiſco, ejus pecuniæ, quam ſolvit quantitatem fiſcus pro modo ſui debiti, ſi ejus interſit, ut puta, ſi aliunde ſuum ſervare non poſſit, ei, cui præmature debitor ſolvit, auferre poteſt utili actione in factum jure ſui privilegii, *l. 5. C. de privil. fiſci*. Idque verum eſt omnimodo rejecta diſtinctione Papiniani, inter ſcientem & ignorantem. Nam Papinianus ignoranti privato creditori, id eſt, qui ignoravit eum, a quo pecuniam ſibi debitam accipiebat, & fiſci debitorem fuiſſe, nolebat Papinianus ignoranti pecuniam auferri a fiſco, ſed ſcienti tantum. Quam diſtinctionem hoc ipſo lib. 11. fecerat & libro quoque 6. ſibi conſtans, *l. 18.* §. *ult. ſup.* ſed recepta ea diſtinctio non eſt. Igitur ſive ſcienti, ſive ignoranti ſolverit debitor ei, cui ſoluta eſt pecunia, antequam fiſco ſatisfactum eſſet, ea-

dem

dem pecuniæ quantitas, non species eadem a fisco auferri potest actione utili in factum, quasi in rem. Verum post sublatam privato creditori pecuniam a fisco, solutionemque rescissam, creditori restituitur actio vetus, actio utilis scil. in debitorem principalem ex Constitutionibus: sicut rescissa expromissione mulieris, quæ intercessit pro alio, constat ex Senatusc. Vell. actionem restitui in veterem debitorem. Et ita hoc casu revocata pecunia a fisco, quæ soluta prius fuerat privato creditori, creditori restituitur actio utilis in veterem debitorem, in principalem debitorem: atque etiam, ut ostenditur in hac *l.* 20. in fidejussorem ejus liberatum ipso jure scilicet, sed non omnino liberatum, quia restituitur in eum hoc casu utilis actio: utraque est actio utilis, id est, restitutoria, quia directam solutio consumpsit ipso jure. Proinde utraque est utilis non directa, quæ restituitur, vel in debitorem principalem, vel in fidejussorem ejus, a fisco solutione rescissa; & tamen illa, quæ restituitur in debitorem principalem dicitur actio directa in *l.* 18. §. ult. Sed videndum est, quo respectu. Dicitur directa per comparationem ejus actionis, quæ in fidejussorem restituitur, quæ non est principalis actio, sed accessoria: illa autem directa, id est, principalis, quia datur in reum principalem. Proinde illo loco directa actio non opponitur utili, sed accessoriæ actioni, sive fidejussoriæ. Ceterum utraque est utilis, & restitutoria: directa & principalis, idem est, sicut directo & principaliter idem, *l. ult. de leg.3. §.ult. Inst. quod cum eo, qui in al. potest.* Sequuntur duo loci nondum explicati, in quibus ab aliis auctoribus ex eodem libro Papinianus in testimonium vocatur. Unus est in *l.* 11. §. *usufructus, de pignor.*

Ad §. Usufructus L. XI. de Pignoribus.

Usufructus an possit pignori hypothecæve dari, quæsitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro 11. *Responsorum, tuendum creditorem, & si velit cum creditore proprietarius agere*, non esse ei jus utifrui invito se, *tali exceptione eum prætor tuebitur*: si non inter creditorem, & eum ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit. *Nam & cum emptorem usufructus prætor tuetur, cur non & creditorem tuebitur? Eadem ratione & debitori objicietur exceptio.*

HÆc est sententia Papin. usumfructum posse obligari pignori, tam a domino proprietatis, quam ab usufructuario, a domino plenæ proprietatis scilicet, puta, ut fundi sui usufructus pignori sit, non proprietas, ut in *l.*15. *in prin. hoc tit.* Dico a domino plenæ proprietatis. Nam dominus nudæ proprietatis, non potest pignerare proprietatem, quæ alterius est, *l.6. C.de usufr.* In domino proprietatis plenæ dubitabatur, an posset usumfructum pignori vel hypothecæ dare: hac ratione, quia usumfructum pignerando, pignorare videtur, quod non habet, quodve suum non est, *l.quod nostrum, sup. de usufr.* quia, qui habet proprietatem etiam solidam & integram, jus separatum usufructus non habet, quia nemini suus fundus servit, *l.* 5. *si usufruct. pet. l. in re communi, de servit. urb. præd.* Sed ut hæc dubitatio submoveatur, etiam dominus proprietatis, qui usumfructum pignori dat, non pignerat servitutem usufr. quam nec habet in re sua (usufructus est jus alienis rebus utendi, non suis) sed pignerat perceptionem & commodum fructuum, factum, non jus. Sicut & fructuarius, qui usumfr. pignerat, an pignerat jus servitutis usufructus? Minime vero, quia personæ ejus cohæret, ut nec ab ea avelli possit, sed pignerat tantum perceptionem & emolumentum fructuum, *l. usufr. de jure dot. l. si postulaverit, §. jubet, ad leg. Jul. de adulter.* In fructuario autem dubitabatur, an possit usumfructum pignori dare? hac ratione, quia fructuarius non est dominus fundi, sed tamen & fructuario idem permittitur, quia & usumfruct. vendere potest, & emptorem prætor tenetur adversus fructuarium, & proprietarium ipsum. Quod autem ex bonis nostris venditionem recipit, & pignerationem recipit, *l.9.§.1.hoc tit.l.ult.C.eod.tit.l.un.C. res. al. geren.non interd.rer.suar.alien.* Usufructus venditionem recipit, vendente fructuario scilicet, ergo & pignerationem. Quæ ratio, quia cessat in eo, qui nudum usum habet, recte sequitur, usuarium, ut vendere, ita pignerare usum non posse, *l.* 11. *de usu & habitat.* Quia in usu nihil est corporis, quod capi possit: in usufructu est commodum fructuum, qui corporales sunt. Itaque nulla ratione usus nudus locari aut vendi, aut pignerari potest: si non vendi, ergo nec pignerari potest; ut contra usufructus, si vendi, & pignerari igitur. Nec obstat, quod fructuarius non est dominus fundi, quia nec fundum pignerat, aut pignerare potest, *l.* 6. *C.de usufr.* Nomine fundi significatur proprietas, & nomine rei cujusque, nomine jumenti, nomine vasis, vel alterius rei: sed fructuarius pignerat usumfruct. tantum, & non jus servitutis, sed perceptionem fructuum, quam jure servitutis in fundo habet, in qua habetur pro domino, *l.8.in pr.de reb.auctor.jud.possid. Fructuarius*, inquit, *etiam dominus esse intelligitur*, quæ verba respiciunt ad edictum prætoris de bonis possidendis & distrahendis. In quo dominus nominatur, ut vel Quintiana oratio docet, in qua ex edicto illo hæc referuntur: *dominum invitum detrudere non placet*: qui vocat dominum non proprietarium tantum, sed etiam fructuarium. Unus est dominus proprietatis, alter dominus usufructus, & in eadem re quandoque sunt tres, aut quatuor domini, unus dominus proprietatis, alter usufructus, alius dominus possessionis, alius dominus *ἐμφυτεύσεως*, vel superficiei, domini nomen latissime manat. Ut igitur emptorem usufructus, qui emit a fructuario, ita creditorem, cui fructuarius in debiti causam usumfructum pignori dedit, prætor tuetur adversus proprietarium, si agat jus illi non esse invito se utendi fruendi, data exceptione hujusmodi, ut hoc loco proponitur: *si non inter creditorem & fructuarium convenerit, ut usufructus pignori esset.* Quæ exceptio datur etiam in fructuarium, si a creditore vindicet usumfr. actione negatoria, cui usumfructum ante pignori dedit. Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat, *l.* 6.*C. de usufr.* quæ non negat, usumfructum a fructuario pignerari posse, sed proprietatem. Et res exigit, ut tota ea l. exponatur. Quæstio hæc est, an maritus fundum in dotem datum possit pignori obligare? Et l. distinguit: Aut mulier dedit in dotem usumfruct. fundi tantum, & tunc maritus non potest fundum obligare, id est, proprietatem, quo nomine proprio etiam lex utitur: At si fundum sive proprietatem fundi mulier dederit in dotem, pacto interposito, ut morte mariti soluto matrimonio æstimatio fundi mulieri restitueretur (non est legendum in ea lege, *eadem possessio*, sed, *ut æstimatio restitueretur*) Denique si proprietas fundi æstimata data sit in dotem, maritus constante matrimonio potest eam pignerare, qua fuit æstimata: si fuisset inæstimata, nec alienare potuisset, nec pignerare ex *l.Julia, de fund.dot.* Quod manifesto demonstrat, illo loco legendum, *æstimatio*, non per scribiliginem, *eadem possessio*. Alter locus est parvi momenti, qui est in *l.cetera, §.sed & si quis, de leg.* 1.

Ad §. Sed & si quis, L. XLI. de Leg. I.

*Sed & si quis ad opus Reipubl. faciendum legavit, puto valere legatum. Nam & Papin.lib.*11.*Responsorum refert, Imperatorem nostrum, & Divum Severum constituisse, eos, qui Reipublicæ ad opus promiserint, posse detrahere ex ædibus suis urbanis atque rusticis, & id ad opus uti quia hi quoque non promercii causa id haberent.*

CErtum est ex edicto Vespasiani, ut in *l.* 2.*C. de ædif. privat.* Et ex Senatusconf. quod factum est Adriani temporibus, Ofilio Aviola, & Cornelio Pansa Coss. ut

... in *pr. d. l. cetera de leg.* 1. cautum eſſe, ne deformetur ruinis urbium aſpectus, ne poſſint legari ea, quæ juncta ſunt ædibus, veluti tinga juncta ædibus, marmora, oſtia, columnæ, ſtatuæ, regulæ. Nam ſi valeret legatum, utique detrahendæ hæ res eſſent, & præſtandæ legatario, quod eſſet deforme civitati. Huic Senatuſ. Conſtitutiones addiderunt, ut etiam juncta ædibus non poſſint detrahi *promercii cauſa*, id eſt, negotiationis cauſa. Addiderunt eædem Conſtitutiones, ut tamen is, qui promiſit ſe opus facturum Reipub. poſſit detrahere ſuis ædificiis, quod jungat operi publico, quod ipſe facit: quia id non facit promercii cauſa, ſed ornandi publici ædificii cauſa, quod ex hoc Papiniani libro refertur in *d. §. ſed ſi quis*: eoque argumento dicitur etiam ad opus Reipub. faciendum poſſe legari Reipub. vel ei, cui injungitur onus operis publici perficiundi, ea, quæ juncta ſunt ædibus teſtatoris. Et hic eſt finis hujus libri.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XII. Reſponſorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXV. Famil. Erciſc.

Pomponius Philadelphus dotis cauſa prædia filiæ, quam habebat in poteſtate tradidit, & reditus eorum genero ſolvi mandavit: an ea præcipua filia retinere poſſit, cum omnes filios heredes inſtituiſſet quærebatur. Juſtam cauſam retinendæ poſſeſſionis habere filiam, quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis eſſe voluit, & matrimonium poſt mortem quoque patris ſteterat, reſpondi: Filiam etiam, quæ naturaliter agros tenuit, ſpecie dotis, cujus capax fuiſſet, defendi.

IN hac l. hæc proponitur ſpecies: Pater filiæfam. certa prædia donavit dotis cauſa: donatio valet, quæ facta eſt filiæfam. dotis cauſa, ſicut dotis datio: alioquin donatio aperte collata in filium, filiamvefamil. non valet: nemo ſibi ipſi donat. Et idem eſſe cenſetur homo, pater & filiafamil. aut filiusfam. Atque adeo propter vinculum illud patriæ poteſtatis, quod unam ex patre & filia vel filio perſonam facit, regulariter non conſiſtit donatio inter patrem & filium, filiamvefamil. *l. 11. C. de donation.* In donando autem pater filiæ mandavit, ut prædiorum donatorum reditus marito ſolveret genero ſuo, quo plane demonſtravit, ſe ea prædia donare dotis cauſa, non ut ipſa prædia marito in dotem eſſent, ſed fructus eorum prædiorum. Deinde pater teſtamento omnes filios, & illam quoque filiam heredes inſtituit, & vita deceſſit conſtante matrimonio filiæ. Quæritur filia cum fratribus veniente ad hereditatem patris ex teſtamento, an judicio famil. erciſcundæ in dividenda hereditate paterna, prædia ſibi donata dotis cauſa retinere poſſit præcipua, nec teneatur ea conferre in commune? Et videtur filia non poſſe ea prædia retinere præcipua extra portionem hereditatis, quia filiæ donata ſunt, non in dotem data: dotem præcipuam retineret utique non dubie, quia dotis datio valet a patre quæ fit filiæ, quam habet in poteſtate. Donationem autem videtur filiam non poſſe retinere præcipuam, quia nulla donatio eſt, quæ nec morte patris ſola confirmatur, ſecundum jus, quod obtinuit ante Juſtinianum, id eſt, ante *l. donationes, C. de donat. inter vir. & uxor.* Et ante eam legem, donationem a patre collatam in filium vel filiamfamil. nec morte patris, vel ſilentio ſolo confirmari patet ex *l. 1. §. 1. ff. pro don. & l. 2. §. ult. inf. pro her.* Et omnino ita ſe res habet: eſt una tantum exceptio, niſi appareat patrem in extremum vitæ diem in eadem voluntate perſeveraſſe, *l. pen. inf. de collat. dot. l. ſi filiæ cujus, C. famil. erciſc. l. 2. C. Gregor. eod. tit.* Quo caſu etiam confirmatur tota donatio officio judicis fam. erciſc. cognoſcentis: qui tuetur extremam voluntatem patris, non ipſo jure, *d. l. filia*. Aut interdum minuitur donatio etiam officio ejuſdem judicis, ut puta, ſi inofficioſa fuerit, quæ lædat alios liberos, *l. 2. C. de inoffic. donat.* Videbatur ergo hac ratione, filiam prædia ſibi donata non poſſe retinere præcipua, quia non apparebat in eadem voluntate patrem perſeveraſſe. At contra Papinianus exiſtimat, eam donationem, licet nulla perſeverantia patris appareat, filiam retinere titulo præcipui vel excipui, quia ſcilicet non eſt ſimplex donatio, ſed donatio dotis cauſa. Alio jure eſt donatio ſimplex, alio donatio dotis cauſa. Donatio ſimplex non eodem jure eſt, quo dos. Donationis cauſa dotis, & dotis idem jus eſt: & ita legimus aliud eſſe donationem ſimplicem, aliud donationem diviſionis cauſa, *l. ſi filia, §. ſi pater, hoc tit.* aliud eſſe venditionem ſimplicem, aliud venditionem dotis cauſa, *l. quotiens, ff. de jure dot.* vel pignoris cauſa, *l. 2. de diſtract. pignor.* vel diviſionis cauſa, *l. prox. ſup. hoc tit.* In ſpecie igitur propoſita, ut Papinianus ait, filia juſtam habet cauſam retinendæ poſſeſſionis prædiorum, nempe cauſam dotis, ſpeciem dotis, ut ait, cujus filia eſt capax, quæ non eſſet capax donationis ſimplicis propter vinculum patriæ poteſtatis. Et ſpeciem dotis dicit, ut ſpeciem legati, *l. ſi filia, §. Papinianus, hoc tit. & l. Mævius, de leg. 2.* & ſpeciem fideicommiſſi, in conſtitutione Divi Marci, *de eo, cui libert. cauſ. bona addic.* quæ eſt in Inſtitut. Dos fratribus confertur, & communicatur ab inteſtato, non ex teſtamento, *l. 3. in pr. de collat. dot. l. ſi filius, qui manſit, ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 1. l. 7. C. de collat.* Cur conferatur ab inteſtato, non conferatur ex teſtamento, rationem differentiæ perſpicuam memini me reddere ſuperiori libro *ad leg. pen. de collat. dot.* Dos ergo non confertur ex teſtamento, id eſt, quum patri ſuccedunt fratres ex teſtamento. Ergo nec donatio dotis cauſa, quæ pro dote habetur. Et in hac ſpecie filia cum fratribus patri ſucceſſit ex teſtamento, ut poſui initio, non ab inteſtato, & ideo dotem non confert fratribus, vel donationem dotis cauſa, quæ pro dote eſt, ſed eam filia titulo dotis, ſpecie dotis, præcipuam retinet & poſſidet naturaliter, ut ait, naturaliter, inquam, quaſi res dotales. Uxor domina eſt rerum dotalium naturaliter, maritus civiliter: domina eſt, ſeu poſſeſtrix rerum dotalium naturaliter, maritus civiliter, *l. in rebus, C. de jur. dot. l. ſciendum, §. ſi fundus, qui ſatiſ. cog.* Non eſt omittendum huic legi, ſive reſponſo Papiniani, quod jam ſatis explicatum eſt, derogare Novellam Juſtin. 18. *de triente & ſemiſſe*, quæ etiam ex teſtamento introducit dotis, & aliorum bonorum collationem inter fratres, qua de cauſa & in Baſilicis hæc lex omiſſa eſt. Pergamus ad legem, *cum ſex menſes, de ædil. edic.*

Ad L. LV. de Ædil. edic.

Cum ſex menſes utiles, quibus experiundi poteſtas fuit, redhibitoriæ actioni præſtantur, non videbitur poteſtatem experiundi habuiſſe, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen diſſolutam ignorantiam emptoris excuſari oportebit.

LEx eſt de actione redhibitoria, quæ actio ex edicto Ædilium Curulium datur emptori ob vitium, morbumve rei venditæ, quod latebat venditionis tempore, venditor noverat & reticuerat, emptor ignoraverat. In hoc datur ſcilicet, ut venditione reſciſſa, omnia in integrum reſtituantur, venditor recipiat rem, quam vendidit & tradidit, emptor pretium, quod ei numeravit: aut liberetur obligatione ex vendito, ſi nondum numeravit, & inde redhibitoriæ actioni nomen. *Redhibere*, verbum eſt commune recipientis venditoris, & reddentis emptoris; & contra Plautus in Mercatore dixit: *ſe redhibere, ſi non placet*, id eſt, venditor dixit ſe recepturum rem venditam, ſi non placeret emptori, quæ conventio jure recepta eſt, *l. 6. ff. de reſcind. vend.* Et ſic dictum eſt, red-

reddere, *& redhibere*, ut *præbere*, *& perhibere*. Hæc autem actio redhibitoria non eſt perpetua, ſed finitur ſex menſibus utilibus, id eſt, quibus emptori experiundi poteſtas fuerat, intra quod tempus ſi non egerit emptor redhibitorio judicio, repellitur præſcriptione temporis ſupradicti, quam præſcriptionem ſumpſerunt ædiles ex legibus Platonis *lib.*11. Tempus autem illud utile ſex menſium, hoc loco Papinianus docet numerari ex die, quo emptor vitium cognovit, ut Plato eodem lib. *ὅταν τις ἤσθηται τῶν πεπραμένων*: *quum emptor vitium cognoverit*, nec enim tempus utile cedit, aut currit ignoranti, ſed continuum tempus tantum, *l.genero, ſup. de iis, qui not. inf. l. 2. quis ordo in bon. poſſ. ſerv.* Utile tempus eſt, quo experiundi poteſtatem habet is, cui actio competit, *l.1.de div.temp.præſcript.* Ignorans autem non videtur habere experiundi poteſtatem, *l.annus, de calumn.* Quod ergo dicitur in *l.ſciendum*, *§.ult. hoc tit.* tempus ſex menſium cedere ex die venditionis, non eſt verum, ſi latens vitium emptor ignoraverit: puta ſi ignoraverit ſervum quem emebat eſſe fugitivum, vel erronem. Verumtamen, quod eo loco oſtenditur, & ſcribitur in *l.ſciendum*, *§.ult. hoc tit.* ſi diſſoluta & ſupina fuit ignorantia emptoris, ut puta, ſi neſcierit, quod populus ſciebat, ſi neſciebat *παροιμίας*, id eſt, voces de via collectas, diſſoluta ignorantia non eſt ferenda, *l.6.ff.de jur.& facti ignor.* Diſſoluta ignorantia prope ſcientiam eſt, *l. ſi fidejuſſor, in prin.ſup. mand.* Et hoc eſt, quod ait Papinianus hoc loco, diſſolutam ignorantiam vel ignorationem emptoris excuſari non oportere.

Ad L. ult. de Suis & legit.

Pater inſtrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepiſſe, ne quid aliud ex hereditate patris ſperaret: eam ſcripturam jus ſucceſſionis non mutaſſe conſtitit. Privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.

EX hac l. ult. notandum eſt, quod ſi pacto dotali caverit pater, ut filia dote contenta eſſet, & nihil præterea deſideraret ab inteſtato ex hereditate patris, quæ conventio hodie frequens eſt, ea conventio non onerat filiam, non nocet filiæ, non mutat jus publicum, quo ab inteſtato filia ad hereditatem patris vocatur, quæ manſit in poteſtate ex 12. tabul. *cautio privatorum*, inquit, *legum auctoritate non cenſetur*, id eſt, non habet legum auctoritatem adverſus leges ipſas, & jura publica, quæ eſt certiſſima regula juris, niſi quatenus leges permittunt, & cautiones approbant, *l.ult.§.ult.C.de temp.appell.* Valet pactio, ne adverſario ſi condemnetur liceat appellare, ne liceat uti communi auxilio appellationis, quod ſic appellatur in *l.3.§.ult.rem rat. hab.Commune auxilium appellationis*: quia ea lex legum auſteritatem (ſic habent omnes veteres) permittit, aut ſinit mitigari inter conſentientes, inter convenientes: *pacta juſta juri præſtant*, ut ait Cicero, & Cornificius, quæ legibus non ſunt improbata ſcilicet; exempli gratia, actionem, quæ ipſo jure competit, juſti pacti elidit exceptio, hoc eſt certiſſimum, & ita pactum juri præſtat: hoc autem genus pacti, de quo agitur hoc loco etiam improbatur in *l.3.C.de collat.* Et hoc Papiniani reſponſum meo judicio intellexit Imperator in *l. ſi quando §.1. C. de inoffic. teſtam.* dum hanc pactionem improbat, ut filius certis rebus acceptis, a patre contentus ſit, nec exheredatus agat querela inofficioſi teſtamenti, hac ratione reddita; quia meritis magis filii ſunt provocandi ad obſequia parentum, quam pactionibus adſtringendi. Quam rationem adfert ex Papiniani reſponſo, & videtur fuiſſe huic reſponſo ſubdita, eandemque refert Paulus 4. *Sent. tit. de inoffic. quer.* Non eſt omittendum, hodie tamen jure Pontificio, hanc pactionem, ut filia ſit contenta dote, nec quicquam amplius petat ex bonis parentis, nec quicquam amplius ſperet ex bonis paternis, juſtam eſſe, atque admodum ſervandam, ſi modo jurejurando filiæ ſit confirmata, *c.2. de pact.in 6.* Et ita quoque aliud genus pacti, quod uno verbo appellatur a Græcis, pactum *ἰσομοιρίας*, puta, ut filia, quam pater collocat in matrimonium, ex ſuis bonis ferat eandem portionem, quam frater, ut ferat æqualem portionem: pactum *ἰσομοιρίας*, quod improbat *l.pactum, C.de pact.* Leo tamen Imperator poſtea probavit, & probaſſe poſtea intelligo nuper Senatum in *Novell.* 19. Qui etiam in ea teſtatur nunquam *d.l.pactum*, qua pactum æqualis portionis, æqualis ſucceſſionis inter fratres improbatur, uſu fuiſſe receptam: non omnia, quæ legibus ſcripta ſunt, vel a Juriſconſultis, vel ab Imperatoribus, uſus approbavit.

Ad L. XXXI. de Donat.

Donationes in concubinam collatas non poſſe revocari convenit. Nec ſi matrimonium poſtea inter eos fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante jure valuit. An autem maritalis honor & affectio pridem præceſſerit, perſonis comparatis, vitæ conjunctione conſiderata, perpendendum eſſe reſpondi: neque enim tabulas facere matrimonium.

INitio primi reſponſi oſtenditur, donationem collatam in concubinam valere, nec revocari poſſe, *l. 3. §. Divus, & l.ſi prædia, ſup.de donation.inter vir.& ux.* Qua in re ſatis compertum eſt omnibus, diſtare concubinam ab uxore. Nam donatio collata in uxorem revocari poteſt, quaſi improbata jure civili, quæ ſola differentia non eſt inter concubinam & uxorem. Nam & ex teſtamento mariti olim, id eſt, ante Juſtinianum uxor ſolidum capere non poterat, *l.ult.C.Th.de legit.hered.* concubina ſolidum capere potuit ex amici ſui teſtamento, ſive vice conjugis, *l.cum tabulis, §. quoniam, de iis quib. ut indign.* Per leges non licet tam liberalibus nobis eſſe in uxorem, quam in concubinam. Si liceret eſſe liberalibus, extemplo profuſi & prodigi in eas eſſemus, quia tanta animi propenſio hominibus ſanis non eſt in concubinam, quæ juſtos liberos non pariat: inſani quid agant, non ſpectant, dantur frena conjugibus, non concubinis, & ut ait *d.l.ult. reprimendus eſt potius quam incitandus conjugalis favor.* Poſſet ea ratio differentiæ dilatari, ſed nolo, fugiens prolixitatem. Inde quæritur hoc loco; an donatio collata in concubinam, poſtea fiat irrita, ſi concubina uxor ducatur: quo genere liberi naturales ex concubina ſuſcepti, fiunt juſti liberi, ſi procedente affectione, ut eſt in *Inſtitutionibus*, quæ fuit in concubinatu, ducatur in matrimonium. An igitur donatio facta concubinæ irrita fit, ſi poſtea uxor ducatur? Quod videtur dicendum ſecundum opinionem illorum, qui ea, quæ ab initio conſtiterunt, corrumpi, & irrita fieri putant, quum in eum caſum recidunt, a quo incipere non potuerunt. Quæ opinio obtinet in quibuſdam caſibus, ut *l.exiſtimo, l.ſi ſub una, §. 1. de verbor. obligat.l.pro parte, ſup.de ſervitut.l.3.de iis, quæ pro non ſcript.* non obtinet tamen in omnibus caſibus, ut ait recte *l. pen.§.ult.de verbor.obligat.* non in caſu *d.§.ult.* non in caſu *leg. ſi qua, in pr. & l. oratione, in fine, de ritu nupt.* non in caſu *l.3.C.de interdic.matrim.int.pup.* Jure contractum matrimonium ſuperveniens caſus non diſſolvit, qui ei tamen fuiſſet impedimento, ſi extitiſſet ab initio. Non obtinet etiam in caſu propoſito: nec enim donatio jure facta concubinæ irrita fit poſtea, ſi uxor ducatur. Et ut ait *l.85.§.1.de reg.jur.* novum non eſt hoc, ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, etiamſi caſus aliquis extiterit, poſtea a quo incipere non potuerunt. Et ratio differentiæ inter hos & illos caſus, cur iis, quæ initio utilia fuerunt, caſu ſuperveniente aliquo non evaneſcant, illis evaneſcant; nunc explicanda eſt ratio: cauſa, inquam, hujus differentiæ & varietatis conſiſtit in eo, quod omnibus illis caſibus, ex eodem tempore, ea de quibus agitur, vires non accipiunt, ſed quædam ex præſenti, quædam ex futuro: & quod id ſolum tempus intuendum eſt, ex quo potiſſimum vires accipiunt, non aliud tempus quodcumque, *l.22.tit. ſeq. l. non oportet, de leg.2.* ut in ſervitutibus adquirendis ſpectatur tempus, quo

quo constituuntur, non tempus, quod antecessit, puta, quo in stipulationem deductæ sunt, nondum constitutæ & impositæ prædiis, non tempus etiam, quod constitutam servitutem insequutum est. Quamobrem, quæ initio fuit utilis servitutum stipulatio, resolvitur & perimitur, si tempore, quo constituuntur servitutes, casus aliquis existat, quo in stipulationem deduci non potuissent, si idem casus extitisset ab initio interponendæ stipulationis, *d.l.existimo*, *d.l.si sub una*, *d.l.pro part.* Et contra, servitutes, quæ jure constitutæ & adquisitæ sunt, ex accidenti, & post facto intercidere non possunt, *d.l.pen.§.ult.de verb.obligat.* Et similiter in omnibus adquisitionibus rerum vel possessionum tempus spectatur, qua eas apprehendimus: hic enim est ultimus finis, quem nobis proponimus, ultimus effectus rei, quæ geritur: ac proinde tempus spectatur quo eas adquirimus & apprehendimus, non quod antecedit, vel sequitur: quod rapto vel instanti tempore est utile, inutile est, si ex tempore adquisiti dominii utile non fuerit, si finem optatum non habuerit: contra, tempore adquisiti dominii, quod utile est, id neque antecedens, neque subsequens tempus corrumpere potest, *§.item contra, Instit.de inut.stipul.l.1.§.ult.& l.2.de itin.actuque priv.l. si de eo fundo*, *§.pen. de adq. poss.* In legatis autem & fideicommissis tempus spectatur, quo dies eorum cedit, quia ex eo tempore demum vires accipiunt, & ideo, quorum dies cessit utiliter, ex post facto intercidere non possunt: quorum autem dies cessit inutiliter, sane intercidunt, licet testamenti tempore utilia fuerint, *l.3.de iis, quæ pro non scrip. hab.* Neque obstat huic sententiæ *l.5.sup. ad leg. Falcid.* in qua Pap. ait, *utile esse legatum, quod utile fuit testamenti tempore*, puta in hoc casu scilicet, si debitor, quod debet sub conditione, vel in diem, creditori pure legaverit, licet postea debitum purum esse cœperit conditione debiti existente ante diem legati cedentem. Quæ sententia Papin. etiam probatur in *Institutionibus*, a Cajo scil. in *tit.de legat.§.ex contrario.* Excipiendus est hic casus hac ratione, quia hujus legati, de quo agit Papininus in *d.l.5.* dies non cedit prorsus inutiliter, quandoquidem præter actionem creditæ pecuniæ legatario creditori comparatur actio ex testamento, si malit creditum repetere ex testamento quam ex stipulatu, vel conditione certi: utilitas quædam est in laxiore ageni facultate, *l. cum filius*, *§. variis*, *de leg.2.* Nec recte ut opinor in hoc casu a Papiniano dissensit, ut certe dissensit Paulus in *l.debitor*, *de leg.2.* Nam ea tantum legata, quæ ab initio constiterunt, intercidere æquum est, quorum dies prorsus inutiliter cedit, non si ad aliquid vel tantillum cedat utiliter. Porro in matrimoniis & in donationibus tempus exstans, sive præsens intuemur, quo perficiuntur, non tempus instans sive futurum, quo forte pervenerunt in eam causam, a qua incipere non poterant, quia suo tempore utiliter vires acceperunt, ut in specie hujus legis, & in *d.l.si qua*, *& l.oratione*, *de ritu nupt.& l.3.C.de interd. matr. int. pupil.* Illud observandum est maxime in specie proposita, eum, qui volebat revocare donationem collatam in concubinam, Jurisconsulto proposuisse duas rationes, quarum utra quærebat revocare donationem posset, vel an neutra posset. Ac primum hanc adferebat causam revocandæ donationis, quod concubina uxor postea esse cœpisset, quam Papinianus rejicit statim. Adferebat & hanc causam revocandæ donationis, quod & tempore factæ donationis, cum ea muliere tabulas nuptiales, sive instrumenta dotalia confecisset, quam causam etiam rejicit Papinianus. Quia tabulæ solæ nuptiales matrimonium non faciunt, quod est verissimum, *l. neque sine nuptiis*, *C. de nupt.* Matrimonium facit destinatio animi, sive consensus nudus, quem mox absque dubio etiam sequitur omnis honor & adfectio maritalis. Concubina, ut Paulus dixit *in Sententiis*, ab uxore separatur solo delectu, id est, solo animo, *l.ult.de concub.* quem utique animum comitatur semper honor & dignitas & adfectio plenior, *d.l.cum tabulis*, *§.quoniam*, *l.item legat.* *§. pen. de leg.3.l.8.C.de oper.libert.l.13.de postl.& red. ab hostib.* Honor, inquam, plenior, sive honestas matronæ: nam concubina si alterius, quam patroni sui concubina sit, matrisfa. sive matronæ honestatem non habet, quamvis concubinatus sit legitima conjunctio, *l.probrum*, *de ritu nup.* Et recte Lysias adversus Eratosthenem, concubinam cum uxore collatam, esse ἐλάττονος ἀξίας, longe minoris dignitatis. An autem mulierem quis habuerit uxoris loco, an concubinæ, ejus animum eleganter Papinianus ait hoc loco esse æstimandum & perpendendum, facta comparatione utriusque personæ, & considerata vitæ conjuctione: nec enim præsumitur ingenuus in matrimonium habuisse libertinam, sed in concubinatum potius: non præsumitur etiam ingenuus ingenuam habuisse in matrimonium, quæ corpus suum ante vulgo publicaverat, quæ corpus aluerat corpore, *l. in liberæ*, *de ritu nupt.* nec item eam, cui in domo non detulit honores, & ministeria congruentia dominæ (sic vocatur uxor legitima & materfa.) vel quam mensa dignatus non est, atque cubili, nisi quandoque rei causa; quod notatur in cap. *illud de præsumpt.* Spectanda etiam est fama & opinio vicinorum, *l. si vicinas*, *C. de nupt.& d.cap.illud*: sicut in agnoscendis liberis constat spectari opinionem vicinorum, *l.filium*, *de iis qui sunt sui vel alieni jur.* Sola adfectio, quæ iis signis & argumentis deprehenditur, solus animus nuptias facit, nec quicquam amplius exigitur ad nuptias perficiendas, consummantur & implentur concubitu, adhibito ritu solemni, ut olim sacrificio facto, ut scribit Ulp.in *lib.regul.* & auspicibus advocatis, ut hodie interveniente ἱερολογίᾳ, *la benediction*, qua etiam prima ecclesia usa est, & deductione in domum mariti, consummatur & impletur hoc modo; perficiuntur solo consensu, ut emptio impletur traditione & numeratione, perficitur nudo soloque consensu: & ut venditio, ita matrimonium quoque perficitur consensu collato in præsens tempus, non in futurum: quam in rem sunt comparata quasi formalia, & τυπικά verba, *accipis*, *accipio*, aut iis similia, in *cap.9. & pen.de spons.& matr.* & Lombardus 4. *distinct.* 27. & Thomas 3. *quæst.*44. Hæc verba, *volo*, *cupio*, *opto*, vel quæ alia, quæ non sunt adfinia illis, *accipio*, *accipis*, non sunt idonea ad nuptias perficiendas, quia nec ad sponsalia constituenda, quod est notandum, quæ fieri debent his verbis: *accipiam*, *accipies*, *d.cap. pen.cap.3.4. de spons.duor.* Quod omne & catholica ecclesia probat.

Ad §. species.

Species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas, filiæ, quæ præsens fuit, donatas, & ab ea viro traditas videri respondi; nec matrem offensam repetitionem habere, vel eas recte vindicare, quod vir cavisset extra dotem usibus puellæ sibi traditas, cum ea significatione non modus dondtionis declaretur, nec ab usu proprietas separetur: sed peculium a dote puellæ distingueretur: judicem tamen æstimaturum, si mater jure contra filiam offensa, eas revocare velit, & verecundiæ maternæ congruam, bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam.

IN secundo responso hujus legis hæc proponitur species, Filia nubente mater marito ejus extra dotem, ejusdem filiæ nomine, quæ præsens erat, tradidit res certas, veluti monilia quædam in honorem nuptiarum, ut addit Paulus 5. *Sentent. eod.tit.* expressa ea sententia Papiniani, quæ proponitur initio hujus responsi, filiæ scilic. eas res matrem donasse, & mox filiam marito easdem tradidisse videri. *Species*, inquit Paulus, *extra dotem a matre præsente filia genero traditæ donationem perfecisse videntur*. Quod, inquam, alii traditur meo nomine, ego accipere & mox alii tradere videor, *l.141. in fi. tit. seq.* Sed in hac specie celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, actuum duorum, una actio occultatur & subripitur, ut ait *l.3. §.ult.sup.de don.int.vir.& ux.* nimirum occultatur donatio & traditio earum rerum, quæ pri-

primum filiæ facta eſſe intelligitur: & mox eaſdem res a filia traditas fuiſſe marito: celeritate conjungendorum extremorum medium occultatur aut tranſcenditur, re tranſacta brevi manu, ut noſtri auctores loquuntur, ut Titus Livius 32. *Tranſcendo medio ſummis continuatis imis*: neque enim poſſunt duo extrema eſſe ſine medio, quod vel fingatur, vel intellectu apprehendatur, quod Philoſophis notiſſimum eſt. Ut autem filiæ extra dotem eas res mater donaſſe videtur, quas filiæ nomine tradidit marito ejus præſente filia; ita res quas parens ſuis nummis emit filiæ nomine, aut vir uxoris nomine, filiæ vel uxori donaſſe videtur; *l. cum hic ſtatus*, §. 1. *ſup. de don. int. vir. & uxor. l. 1. C. de revoc. don. l. filiæ cujus, C. famil. erciſc.* videlicet ſi eas ei tradidit, ut *l. 9. C. de donat. int. vir. & uxor.* vel argumento hujus reſponſi, ſi eas alii tradidit ejus nomine ea præſente, dixi, extra dotem matrem marito res tradidiſſe; ideo dixi, extra dotem, quia, quod dotis cauſa filiæ nomine marito traditur, ei confeſtim adquiritur jure tituloque dotis. Quod autem extra dotem marito traditur puellæ nomine, ſoli puellæ adquiritur donationis titulo pleniore, & vindicari a filia poteſt, vel peti quandoque actione ad exhibendum, vindicandi cauſa, *l. ſi ego, in fi. ſup. de jur. dot.* niſi id actum ſit, ut in dominium mariti tranſeat, & quaſi contracta fiducia, ſoluto matrimonio puellæ reſtituatur. Quo caſu puellæ divortio facto condictio earum rerum competit, non vindicatio, nec veniunt etiam hæ res in actionem de dote, *d. l. ſi ego, §. dotis*. In qua oſtenditur eas res, quæ ſunt extra dotem in uſu mulieris παράφερνα appellari, & ut ait, Gallico vocabulo, *peculium mulieris*, quo etiam hodie Aquitani utuntur. Gallico igitur vocabulo hoc loco Papin. utitur, dum res extra dotem filiæ donatas a matre, peculium vocat filiæ. Illud maxime notandum eſt, quod efficiat præſentia filiæ; hoc enim efficit, ut filiæ mater donaſſe eas res, & filia viro tradidiſſe intelligatur, quas mater filiæ nomine tradidit viro, puta, dicendo, hæc tibi tradit filia mea. Qua ratione invenio etiam alteri, qui modo præſens fuerit, nos ſtipulari utiliter: quia ipſa ſtipulatus eſt voce noſtra, & ipſi promiſſum videtur, ac proinde utilem ex ſtipulatu actionem habet, *l. ſi procuratori, de verbor. oblig.* Et quod dicitur, neminem utiliter alteri ſtipulari poſſe, hoc ita dicitur, ſi ille alter abſit, ut in *l. 3. C. de cont. ſtipul. l. 3. C. de inutil. ſtip.* non ſi præſto ſit. Eodemque modo emptor, qui præſenti venditori denuntiavit, ut liti aſſiſtat, quæ movetur emptori de proprietate rei emptæ venditæ, *l. ſi ideo, in fi. ſup. de eviction.* ut & formulæ, qua auctor, id eſt, venditor laudatur, *quand on le ſomme à garent*: hæc verba demonſtrant, *quando* te in jure conſpicio, poſtulo an auctor fias; *ſi vous ne prenez proint à garentaige, ſi tu veux eſtre garent*. Fit ergo denuntiatio præſenti, facienda eſt præſenti in perſonam: *la ſommation de garent ſe doit faire à la perſonne du vendeur, ou à ſon procureur luy preſent*: ſed ſatis videtur etiam denuntiare præſenti, qui denuntiat procuratori ejus eo præſente, non ſi eo abſente; ſi eo præſente, denuntiatio valet, perinde atque ſi in perſonam ejus facta fuiſſet, *l. ſi dictum, §. ſi præſente, de evict.* At perſequamur ſpeciem hujus reſponſi, non dum enim expleta eſt. Mater parapherna filiæ nomine genero tradidit, filiæ ea donaſſe videtur, & mox filia tradidiſſe marito; cavit autem matri, ſive ſocrui gener, ſe ea parapherna accepiſſe in uſus puellæ. Poſt offenſo animo matris, & alienato a filia, vult ipſa revocare parapherna, quæ tradidit marito, vult ea condicere, aut vindicare hac ratione: quod ea tradiderit tantum in uſus filiæ & quaſi commodaverit, ut & maritus cavit ſe ea accepiſſe uſibus puellæ. Et Papin. ait, hanc rationem matris non eſſe idoneam non eſſe maſculam: nam his verbis, *in uſus filiæ*, non eſt impoſitus modus donationi, non eſt reſtricta donatio, puta, ut earum rerum filia domina non fieret, ſed ut eis tantum uteretur quamdiu libuiſſet matri; imo dominium earum rerum videri translatum in filiam; nec his verbis fuiſſe ſeparatum uſum a proprietate, ſed ſub nomine uſus etiam intelligi proprietatem, ut accidit etiam in ſpecie *l. ult. ſup. de uſufr. earum rer. quæ uſu conſum.* ſed his verbis fuiſſe ſeparatum peculium filiæ, id eſt, parapherna a dote, quoniam parapherna ſunt, quæ extra dotem mulier in uſu habet in domo mariti. Denique his verbis hoc actum eſt, ut a dote diſcernerentur parapherna, non ut uſus a proprietate. Hac igitur ratione non poterit mater revocare donationem; ſed non negat, quin poſſit eam revocare ex cauſa ingratitudinis, ſi nata ſit offenſio matris ex filiæ injuria, & magna ingratitudine. Vetuſtiſſimum jus hoc eſt, ut donationes revocentur ex cauſa ingratitudinis, quæ modo probata ſit judici, ut *l. pen. & ult. C. de revoc. don.* Et ita ſi mater judici probaverit ingratitudinem filiæ examinatis meritis filiæ, *Judex*, ut eleganter ait Papinianus, *debet verecundiæ maternæ congruam, & boni viri arbitrio competentem ferre ſententiam. Verecundiam maternam*, dicit, ut verecundiam paternam *l. filiusfamil. de caſtr. pecul.* Quoniam una & æqualis reverentia omnibus parentibus ſervanda eſt, *l. 6. de in jus voc.*

Ad §. Pater qui filiæ.

Pater qui filiæ, quam habuit in poteſtate, mancipia donavit, & peculium emancipatæ non ademit; ex poſt facto novationem videbatur perfeciſſe.

DOnatio a patre collata in filiamfamilias, ipſo jure non valet, & res donatas interim filiafamil. habet & tenet, non ut proprias, ſed ut peculiares, quia donatio non valet: denique eas habet in peculium conſentiente patre: verum ea donatio poteſt convaleſcere ex bono & æquo ex poſt facto, veluti filia emancipata, non adempto peculio, in quo ſunt res donatæ, quod etiam probat *l. ſive emancipatis, C. eod. tit.* Conſtat etiam, eam donationem confirmari officio judicis familiæ erciſcundæ, ſi filia non emancipata, pater moriens in eadem voluntate perſeveraverit, ut expoſuimus in *l. 1. hujus lib.* 12.

Ad §. Ejuſmodi.

Ejuſmodi lege depoſita in æde arca, ut eam ipſe ſolus, qui depoſuit, tolleret, aut poſt mortem domini Ælius Speratus, non videri celebratam donationem reſpondi.

DEpoſita eſt arca nummaria in æde ſacra apud Æditum vel ſacerdotem templi, ut ſolere fieri oſtendit *l. ſi reus, de procurat. l. ait Prætor, de minor, l. 4. in princ. de ſtatulib. l. 1. §. ſi pecunia, in fi. depoſ. l. 1. §. ſin autem, C. de commun. ſerv. manum.* Solere fieri ἀσφαλείας χάριν, ut addit Dio Chryſ. λόγῳ ῥοδιακῷ: depoſita autem ea arca eſt a domino ea lege, ut ſibi ſoli redderetur, vel poſt mortem ſuam Ælio Sperato; Quæritur, an videatur dominus eam arcam Sperato donaſſe mortis cauſa? Reſpondet, non videri donaſſe, quia nullum extat argumentum, nulla ſignificatio donationis, aliter quam ſi Sperati nomine arcam depoſuiſſet, *ſerva hanc arcam Sperato, l. 6. C. de donat. int. vir. & uxor.* vel ſi inſtrumentum donationis in æde etiam depoſuiſſet, quo ſignificaſſet ſe poſt mortem ſuam velle arcam Sperato reſtitui, quo caſu valeret donatio jure fideicommiſſi, *l. cum pater, §. donationis, de leg. 2.* At neutrum horum interceſſit in hac ſpecie, ſed lex tantum dicta eſt Æditu depoſitario, ut non alium ſinat arcam tollere quam ſe, vel Speratum poſt mortem ſuam. Speratus eſt adjectus ſolutionis gratia, non eſt donatarius: & ſi forte Æditus ei, ut poteſt, etiam invitis heredibus domini reſtituerit arcam, heredes domini eam a Sperato vindicabunt, quia non intelligitur ei eſſe donata. Ipſe vero Speratus, cum ſit adjectus ſolutionis gratia tantum, repetendæ arcæ in Æditum nullam actionem habet, *l. 10. de ſolutionib.* neque dixeris habere utilem actionem depoſiti ex *l. pen. C. ad exhib.* quia ea *l. pen.* dat utilem actionem depoſiti ei, cujus res propria ab alio depoſita eſt ſub hac lege, ut ei reſtitueretur: hæc arca, qua de agitur, non fuit Sperati. Neque etiam

idem

idem contendas ex *l. Publia*, *in pr. sup. depos.* quoniam ea lex de filio loquitur, non de extraneo, qualis fuit Speratus. Et species hæc est; Mulier cum proficisceretur ad maritum, deposuit arcam clausam apud amicum ea lege, ut eam sibi redderet, vel post mortem suam filio suo ex alio marito; muliere defuncta intestata, secundo marito nulla dabitur actio repetendæ arcæ nomine; sed dabitur filio ejus: nec enim est novum, ut per parentes filiis etiam parentur utiles actiones, ut satisfiat affectioni summæ parentum. Igitur is solus filius, qui nominatus est, repetet arcam utili depositi; solus, inquam, non coheredes ejus, si plures fuerint filii, qui matri intestatæ heredes exstiterint ex Senatusconsulto Orfit. Quod non ita in extraneo, veluti in Sperato, procedit.

Ad §. Ultimum.

Ratæ donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum: cum heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit.

PErtinet hic §. ad id, quod definitur in *l. post contractum*, *sup. hoc tit.* quæ est valde celebris inter nostros, quod, inquam, ita definitur in ea lege, est ex constitutione Severi & Antonini, cujus etiam fit mentio in *l. ex judiciorum*, *ff. de accus. l. ult. C. ad l. Jul. majest.* Et ex qua etiam constitutione sumpta est sententia hujus §. Post contractum capitale crimen, donationes factas ab eo, qui crimen contraxit, non valere, si donatoris condemnatio sequuta sit, *non valere*, habent Pandectæ Florentinæ recte: sed non recte, *nisi condemnatio secuta sit*, cum sit scribendum, *si condemnatio secuta sit*, non *nisi*: nam vel affirmate legendum est, valere, nisi condemnatio *sequuta sit*, vel ut in Basil. *non valere si condemnatio sequuta sit*, quod est rectius. Et in ea constitutione crimen capitale accipere oportet non stricte, ut in *l. transigere*, *C. de transact. l. ult. C. si reus, vel accus. mort. fuer.* Pro crimine, quod irrogat pœnam sanguinis, sive ultimum supplicium, sed etiam pro crimine, cujus pœna est exilium vel servitus pœnæ, & publicatio bonorum omnium, ut *l. 2. ff. de public. jud.* Certissima autem illa definitio est, donationes inter vivos factas post contractum capitale crimen non valere, & revocari a fisco, si postea ex causa ejus criminis donator condemnatus sit: dico, *post contractum capitale crimen*, *post reatum*, id est, postquam judicio reus postulatus est: nam etsi, cum nondum reus postulatus esset, is, qui crimen admisit, donationem fecerit, donatio non valet, & revocatur a fisco, si postea reus postulatus, reus factus & condemnatus sit, quia donasse præsumitur suspicione reatus futuri, pœnæque futuræ, & in fraudem fisci. Ante contractum capitale crimen donationes factæ inter vivos valent, quia factæ sunt sine suspicione pœnæ ab innocente, & citra fraudem fisci, *l. 7. tit. seq. l. cum hic status*, §. *si maritus uxori*, *sup. de donat. inter vir. & ux. l. res uxori*, *C. eod. tit.* illo loco: *ante tempus criminis*, *& in l. 9. §. 1. C. de bon. proscript.* in simili loco: *ante tempus criminis & reatus*: quæ verba in utraque lege desumpta sunt ex *l. 1. C. Theod. de bon. proscrip.* Ergo ante crimen factæ donationes omnimodo valent. Et hoc maxime distant donationes inter vivos a donationibus causa mortis: nam donationes causa mortis, etiamsi factæ sint ante contractum capitale crimen, secuto crimine & damnato donatore non valent, quia donationes causa mortis legatis comparantur: & constat legata capitis damnato testatore irrita fieri, *d. l. 7. tit. seq.* ubi Accurs. recte a donationibus causa mortis excipit donationem; quæ eis simillima est, a viro collatam in uxorem, quia etiamsi ea donatio a viro collata in uxorem donationi causa mortis comparetur, propterea quod donatoris morte sequuta demum completur & confirmatur, quæ ab initio non valet, *l. 12. C. ad leg. Falcid. d. l. cum hic status*, §. 1. placet tamen Constantino, eam donationem, quam vir contulit in uxorem, non fieri irritam (hoc primus voluit Constantinus) marito ex pœna mortuo aut facto servo pœnæ, *d. l. res uxoris*, *d. l. 9. C. de bon. proscript.* si modo uxor vidua permanserit: hoc enim uxori dat Constantinus pro præmio pudicitiæ, ut ait. Ergo idem non est dicendum e contrario, si uxor viro donaverit, quod uxor ultimo supplicio postea, aut in metallum damnata fuerit: res enim viro donatas, quasi jure communi irrita facta donatione per damnationem uxoris, per capitis damnationem, viro fiscus aufert, qui & cetera bona aufert uxori, quia hoc casu quum uxor donavit viro, jure communi nominatim derogatum est: nec viduitatis in mare tanta sunt præmia, quanta in femina, quod maxime notandum est. Notandum etiam est supradictæ constitutioni Severi & Antonini locum esse non tantum si per donationem, sed etiam, si quocunque alio modo post contractum capitale crimen res alienatæ sint in fraudem fisci, *l. in fraudem*, *in princ. de jure fisci*, *l. ult. C. ad leg. Jul. majest. & d. l. ex judiciorum*, *inf. de accusat.* ubi alienationibus junguntur etiam manumissiones servorum, quia idem jus est & in manumissionibus factis post contractum capitale crimen, ut non valeant, non competant libertates, si condemnatio secuta sit. Denique idem jus est in alienationibus & manumissionibus; separatio tamen nominum, quæ fit in *d. l. ex judiciorum*, & in *d. l. ult.* atque etiam in *l. prospexit*, *inf. qui, & a quib. man. lib. non fiant*, & in *l. ult. §. sed quia*, *C. communia de leg.* demonstrat, manumissiones alienationes omnino non esse, quia scilicet, qui manumittuntur non transeunt in dominium alterius: quatenus tamen manumissi dominio nostro abeunt: recte manumissio comparatur alienationi supradictis locis, & in *l. alieno* §. *si fideicommissum*; *inf. de fideicommiss. libertat. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Et tamen in emancipationibus liberorum, quæ fiunt post contractum capitale crimen, idem jus non est, quod in manumissionibus servorum: valent enim emancipationes, quasi studio & adfectu liberorum factæ neglectis bonis, quæ per eos adquiri possent, non fraudandi fisci causa, *l. cum quidam*, *ff. de jure fisci*, & ita explicanda est *l. post contractum*. Male Accursius & alii omnes, excepto Odofredo accipiunt *d. l. post contractum*, sive constitutionem Severi & Antonini, ut post contractum capitale crimen, donationes factæ ante damnationem valeant, etiam si postea damnatio secuta sit; & ut eæ tantum non valeant, quæ fiunt post damnationem. Quæ interpretatio inepta & vitiosissima est, quia nec verba *l. post contractum*, nec *lex ex judiciorum*, nec *l. ult. C. ad l. Jul. majest.* quæ congruunt invicem, hunc sensum admittunt. Et si hic fuisset sensus Imperatorum, non dixissent frustra, *post contractum capitale crimen*, sed, *post condemnationem*. Ac præterea donationes factæ post damnationem, ut non valeant. Hoc vero constitutio illa Imperatorum primum non efficit, sed jus vetustissimum hoc est, ut sententia & damnatio statim vires suas exerat, & præoccupet pœnæ executionem, mortem, servitutem, publicationem bonorum, *l. quod ad statum*, *l. qui ultimo*, *inf. de pœn.* hoc non obtinuit, sed constitutio effecit, ut & ante damnationem post contractum capitale crimen donationes factæ inter vivos non valerent, si postea damnatio sequeretur. Et ita solus Odofredus eam constitutionem accepit recte, nihil est evidentius. Addamus constitutioni huic locum esse in omni crimine capitali, etiam perduellionis: nam post contractum crimen perduellionis, donationes factæ etiam non valent, si condemnatio sequuta sit ex eadem constitutione supradicta, *d. l. ex judiciorum*, *l. ult. C. ad l. Jul. majest.* Sed hoc in crimine perduellionis speciale est, quod accusatio memoriæ & condemnatio sequi potest post mortem ejus, qui crimen perduellionis contraxit, quæ si sequatur etiam post mortem, donationes ab eo ante reatum & damnationem factæ post contractum crimen perduellionis irritæ sunt, quæ est sententia hujus §. *ult.* Et heredibus, qui crimen perduellionis, quo arguitur defuncti memoria, non purgaverint, hereditatem aufert fiscus, *l. ult. inf. ad l. Jul. majest. l. 4. C. de hæretic.* Crimen perduellionis heredes tenet. Item-

que

que crimen repetundarum, & peculatus residuorum, & A si qua sint similia crimina, quæ pecuniæ ablatæ persecutionem habeant, *d. l. ex judiciorum*: non quidem, quod notandum, ut memoria damnetur defuncti ex crimine repetundarum, vel simili, quæ damnatur tantum ex causa perduellionis, sed tantum ut & post mortem ejus, qui in ea crimina incidit, exigantur pecuniæ ablatæ, aut pœnæ pecuniariæ. Alia autem crimina nullo modo heredes tenent mortuo eo, qui ea admisit ante damnationem. Est etiam hoc speciale in crimine perduellionis, quod emancipationes liberorum a perduelle factæ post contractum illud crimen non valent, si accusatio & condemnatio sequuta sit vivo eo, vel post mortem ejus, nihil refert, *l. quisquis, §. emancipationes, C. ad l. Jul. majest.* quæ tamen emancipationes valent, si factæ sint post contractum aliud crimen, ut dixi ante. At quæro, quid B sit dicendum, si donationes factæ sint ante contractum crimen perduellionis? Et quia Papinianus ait hoc loco: *post contractum crimen perduellionis*, ex contrario significat factas ante crimen esse ratas. Idemque demonstrat *d. l. cum hic status, §. si maritus uxori*, qui §. est de donationibus factis ante crimen perduellionis, vel antequam donator sibi mortem conscisceret ob conscientiam sceleris cujusdam, quas si vir alii, quam uxori fecerit inter vivos, valent, non si mortis causa, quia damnatione irritæ fiunt donationes mortis causa, sicut legata, ut dixi supra. Et damnatur æque post mortem, qui sibi turpiter mortem conscivit ductus conscientia sceleris anteacti, & qui quid commisit contra Rempubl. vel contra majestatem ipsius Principis. Recte enim alia scelera sive crimina dicuntur extingui mortalitate in *l. ult. inf. ad l. Jul.* C *majest.* Mortalitatis nomine significata morte, quam sors, & conditio humana adfert, & mortalis hominum natura. Nam morte sibi adscita nullum crimen exstinguitur. At ut ostenditur in *d. §. si maritus uxori*, si vir donationem fecerit uxori quasi inter vivos ante contractum crimen perduellionis, vel antequam mortem sibi adscisceret, donatio non valet, quia instar obtinet donationis causa mortis, cum morte tantum donatoris confirmetur, instar obtinet donationis causa mortis, sive legati, ac proinde damnatione irrita fit. Ac postremo hoc est etiam speciale in crimine perduellionis, quod post contractum crimen perduellionis, nec ante nec post reatum, id est, post accusationem, perduelli debitor ejus solvit recte, *l. ult. C. ad leg. Jul. majest.* aut jure ei solvisse non in- D telligitur, si vel post mortem memoria ejus damnata sit, & interdictum posteris nomen. Et tamen post contractum aliud crimen capitale: imo & post reatum reo debitor bona fide solvit recte, *l. aufertur, §. in reatu, ff. de jure fisci*. Alioquin plerique innocentium, id est, qui postea declarabuntur innocentes, & absolventur, interim necessario sumptu egerent, si suum quod est, non possent recipere jure a suis debitoribus, *l. reo, inf. de solut.* Et hic est finis quæstionis.

Ad L. XXXVI. de Liber. Caus.

Dominus qui obtinuit, si velit servum suum abducere, E *litis æstimationem pro eo accipere non cogetur.*

HÆc sententia apertissima est: si dominus servum suum esse petierit liberali judicio, qui erat in possessione libertatis, & vicerit eum, statim veluti manu in eum injecta servum abducere posse, nec cogi pro eo oblatam litis æstimationem accipere, id est, non cogi eum vendere: litis æstimatio est similis venditionis emptioni, *l. 3. pro empt. l. ult. quib. ex caus. in poss. eatur, l. si propter, rer. amot.* Alio jure est is, cui servus noxæ deditus est sententia judicis, qui quidem postquam deditus est servus, eum ducere & jure dominii retinere non potest, si servus corrasa pecunia, & quæsita ei offerat æstimationem damni, quia oblata æstimatione damni, sive noxæ, quam ei servus fecit, etiam invito eo liber fit auxilio prætoris, *§. 1. Instit. de noxal. act.* quia, & non sua sponte factus est dominus servi deditione, sed magis necessitate quadam noxalis judicii, qui desiderabat tantum sibi damnum, sive noxæ æstimationem præstari, non servum. Qua ratione etiam eleganter Græci utuntur in *l. 8. in fin. sup. de noxal. action.* Si servus communis plurium L. Titio damnum dederit, & Lucius Titius velit agere noxali actione cum uno ex dominis servi, is, quem elegit si velit evitare actionem noxalem, quæ in eum daretur, in solidum, debet ante litem contestatam Lucio Titio cedere partem, quam habet in servo: atque ita desinet teneri noxali actione, quia desinit esse dominus; ac præterea Lucius Titius etiam adversus ceteros dominos amittet noxalem actionem, quia socius in socium nunquam agit noxali actione: & Lucius Titius factus est socius ceterorum, adquisita in servum parte dominii: non habet etiam Lucius Titius in socios actionem communi dividundo, ut scil. pro partibus suis damnum sarciant, quoniam damnum, quod dedit servus, sive maleficium servi antiquius est communione, & ideo non venit in causam communionis. Verum *d. l. 8.* concludit, æquius esse Lucio Titio dari actionem communi dividundo, ut pro rata partium sociorum suorum, ei damnum præstetur, quod intulit servus. Et ratio redditur a Græcis elegantissima, æquum esse dari ei communi dividundo, quia non tam factus est dominus sua sponte, quam necessitate judicii noxalis, *ἐπὶ ἐχ ἑκυσίως, ἀλλ' ἀνάγκη τῆς νοξαλίας*, non quæsivit dominium servi sua sponte, sed ex natura judicii noxalis: at qui dominium servi vindicavit, adserens se esse dominum, & obtinuit, non ideo prohibetur servum abducere, quod pro eo offeratur æstimatio, ut illo loco proponitur: & longe est alia ratio hujus atque illius. Et ita vero legatarius cui homo, vel res certa legata est, non cogitur pro ea oblatam æstimationem accipere ab herede, nisi ex justa causa, sed destricte agit, ut sibi ea res ipsa præstetur, quæ legata est, *l. si domus, §. qui confitetur & seq. de legat. 1.* Ac similiter is, qui rem emit, non cogitur pro ea accipere æstimationem, vel quanti sua interest, sed venditor præcise cogitur ei rem tradere, si ejus tradendæ facultatem habeat: nam & donationem perfectam nuda conventione ex constitutione Justiniani, ipse Justinianus ait, in se habere necessitatem traditionis, quæ necessitas, ne quis cavilletur, est simplex & absoluta, id est, sine exceptione, sine adjunctione. Id vero de donatione est in *§. aliæ Institut. de donat.* Et quod ait *l. contractus, C. de fide instrum.* venditori impositam esse necessitatem contractum perficere, id est, rem tradere, & implere contractum, vel id, inquit, quod interest emptoris persolvere; ibi *vel*, non facit exceptionem vel adjunctionem; adjunctio exceptio est, quæ fit hoc modo: *necesse est te dedas hostibus, si non vis fame perire*; vel, *nisi mavis fame perire*. Et ita si dixisset, *necesse est venditori rem tradere, si nolit præstare id, quod interest*, vel, *ni malit præstare id, quod interest*: sane non esset simplex necessitas & absoluta, sed cum exceptione; at quum dicitur, necesse esse venditori rem tradere, vel præstare id, quod interest, ostenditur, alterutrum esse necesse simpliciter & absolute, prout emptor elegerit, & res tulerit. Et ita nominatim Paulus 1. Sentent. *si id, quod emptum est*, inquit, *neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, vel mancipet*. Placet valde quod ait *l. ult. C. de fideicommiss. libert.* stultum esse judicem, qui damnat in æstimationem eum, qui rei restituendæ facultatem habet, qua de agitur. Neque huic sententiæ, quæ communis est, repugnat, quod ait *l. 1. in princ. de action. emp.* si res vendita non tradatur, agi ex empto, quanti rem habere emptoris interest; nam quod statim subjicit; *interdum pluris interesse, quam res valeat vel empta sit*; sane ostendit hoc casu præcipue emptorem, si sapit acturum in id, quod interest, quod pluris est, alioquin si minoris intersit, sane acturum præcise, ut venditor rem tradat, cujus tradendæ potestatem habet, & ita ea lex explican-

da

da est. His exceptis ex adverso opponuntur duo alia exempla contraria, unum ex *l.* 13. §. *ult. de re judic.* alterum ex *l. non congendum*, §. 1. *de procurat.* Dicamus primum de l. 13. §. *ult.* in ea ait, eum qui promisit damni infecti, verbi gratia, puta prohibere se, ne in ea re damnum stipulator patiatur, prohibere se, ne quod ex ruina, aut vitio ædium, quod ædes faciunt, vel minantur, damnum stipulator patiatur, si non faciat quod promisit, si non prohibeat, non accuret, in pecuniam numeratam condemnari, id est, in id, quod interest, ut *l. stipulationes* 72. *de verbor. oblig.* nec cogi præcise facere quod promisit. Et ita servari ait in omnibus faciendi obligationibus, ut promissor si defecerit in faciendo, damnetur in id, quod interest: sed hoc ideo, quia integrum promissori non est facere, quod promisit damno jam illato stipulatori, lapsu ædium forte: at re integra sane ad faciendum compelli potest, si hoc malit stipulator: sicut heres ad præstandam rem legatam compelli potest, nec liberatur offerendo litis æstimationem invito legatario, quia aliud pro alio solvi non potest invito creditori, *l.* 2. §. *mutui, de rebus credit.* Præstare facere est, *l. si fundum certo die, de verb. oblig.* Et sic heres jussus facere opus Reipubl. non liberatur offerendo pecuniam Reipubl. ut ipsa faciat, *l.* 11. §. *ult. de legat.* 3. Ac similiter donator, ut ante diximus, & venditor rem donatam, aut venditam tradere coguntur. His addatur etiam dominus, qui rem concessit in feudum, præcise eam tradere cogitur. Et ut nominatim scriptum est in 4. *Feud. tit.* 15. dominus feudi non liberatur præstando id, quod interest. Denique quicunque rem debet, non liberatur offerendo rei pretium, alioquin aperta erit via pœnitudini & perfidiæ post contractum perfectum cuicunque volenti ab eo recedere invito altero, si detur potestas offerendæ pecuniæ pro re debita. Nec verum est, quod quidam dicunt, incivile esse ad faciendum cogi eum, qui paratus est subire litis æstimationem. Quæso, an est incivile suum exigere, atque etiam efflagitare? Quis hoc dicat? & perperam in id adducunt *l. nec temere, C. de jure deliber.* quæ ait, neminem cogi emere, aut donatum accipere, aut hereditatem adire: sic sane, quia in hoc obligatus non est. Ceterum si obligatus esset, sane cogeretur, nec posset frangere fidem contractus. Et observandum est in *leg.* 11. 12. *&* 13. *de re judic.* proponi quatuor casus, quibus alia re, vel causa in obligationem deducta, fit condemnatio in id, quod interest. Primi casus ratio hæc est, quia ad diem fieri aliquid convenerat, & factum eo die non est, quod alio die fieri mihi stipulatori inutile est. Idcirco damnatur reus in id, quod interest, *l.* 11. Secundi casus ratio hæc est, quia rei debitæ restituendæ facultatem debitor non habet, *d. l.* 12. Tertii casus ratio hæc est: quia quum quis promisit satisdare, & fidejussorem dare, nihil in satisdationis promissione aliud venire potest, quam quod interest stipulatoris, ex sententia Proculi, *l.* 112. *& l. seq.* §. *ult. de verb. oblig.* Quia plerumque difficilis ac moleste, ac pene impossibilis est præstatio satisdationis, *l. omnes præterea, C. de episc. & cler. & l. 6. sup. si cui plusq. per leg. Falcid.* Et hic tertius casus proponitur in *d. l.* 13. *in princip.* id est, *in parte* 1. Quartus casus proponitur in *parte* 2. in §. *ult.* Is nempe quem exposui ante, cujus ratio hæc est, quia res non est integra, ut prohibeat quis & arceat damnum, quod datum jam est, quod erat in obligationem deductum, idcirco necessario recurritur ad æstimationem pecuniariam. Contextus autem illius §. *ult. d. l.* 13. valde depravatus ita restituendus est; *si quis promiserit prohibere se, ne quod damnum ex ea re stipulator patiatur, & faciat,* id est, prohibeat, *facit quod promisit, &c.* quæ initio aliter erant proposita, nempe hoc modo, *si quis promiserit prohibere se, ut aliquod damnum stipulator patiatur & faciat,* quoniam non est scribendum, *ut aliquod damnum stipulator patiatur,* sed scribendum est, *ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur,* addito semicyclo, sive virgula, *& faciat, facit quod promisit*: sin minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur. Idque glossema, quod insertum est eo loco in Pandectis Florentinis aperte demonstrat his verbis; *ita habeatur*. Proponuntur duæ lectiones in hoc §. Prior falsa est: posterior vera, quod glossema probat, dum ait; *ita habeatur*, hoc est, *ita legatur*: *ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur &c.* cui simile glossema observavi apud Arnobium 3. contra Gentes; *Si tempus,* inquit, *significatus hoc nomine Græcorum, ut interpretes autumant, quod* χρόνος est, illud χρόνος oportet scribere Latino charactere: *habeatur* χρόνος charactere Græco: *nullum est Saturni nomen*, inquit. Illud, *habeatur* χρόνος, Græco charactere, quod ita scriptum legi in Bibliotheca regia glossema est, quo emendatur superior scriptura Latini characteris. Quod idem sæpe efficit in libris Varronis, de re rustica, quæ sæpe inserta est & intexta in manuscriptis litera L. ut Victorius testatur, & legi in eadem Bibliotheca, in qua litera interpretanda multi laborant. Admonemur, ut legamus eo modo, non alio: nam litera illa L. significat, legatur. Et hæc de dicta *l.* 13. §. *ult.* Restat tantum *lex non congendum*, §. 1. *de proc.* quæ ait, procuratorem, qui cavit judicatum solvi, quæ cautio, ut scitis, tres clausulas habet, de judicato faciendo, de re defendenda, & de dolo malo, *l. 6. judicat. solvi*: eum, inquam, non cogi præcise judicium accipere & rem defendere, ex Sabini sententia. Sed si judicium accipere detrectet, agi posse ex clausula, sive ex stipulatione de re defendenda, & in eo judicio æstimari, justa fuerit necne causa recusandi judicii, ut si justa fuerit, reus absolvatur, quia non simpliciter promisit rem defendere, sed arbitrio boni viri: & boni viri arbitrio congruum est, ut invitus rem non defendat, qui justas causas excusationis adfert. Atque ita hoc casu, nec cogitur judicium accipere, nec stipulatio ob rem non defensam commissa esse intelligitur, ut *l. vir bonus, jud. solvi*. Sin autem injusta causa fuerit recusandi judicii, non cogitur quidem præcise judicium accipere, sed condemnatur, quanti ea res est ex stipulatione judicatum solvi. Dico autem hoc Sabinum non scripsisse de quocunq; procuratore sive defensore, sed de eo tantum, qui non cogitur defendere, ut patet ex *l. mutus*, §. *qui non cogitur, de proc.* cui cohæret *dicta l. non cogendum*. Quis vero non cogitur defendere? Is qui non egit alieno nomine: is qui non provocat alium alieno nomine ad judicium: ego non cogor te defendere, si quis tecum agat, si non ago cum eo tuo nomine, si quam fidem suscepi, eam implere debeo: fidem autem aut defensionem absentis invitus suscipere non cogor, si non ago ejus nomine, *l. invitus, C. eod. tit.* Et si forte cavero judicatum solvi, Labeo quidem existimavit, me præcise compelli posse ad defendendum, & judicium accipiendum, nisi si qua causa mihi justa esset recusandi judicii, & tractu temporis res actoris non esset peritura, ut quia temporalis actio non esset, quam intersit actoris vel contestari tantum cum defensore præscriptionis interrumpendæ gratia. Verior tamen est Sabini sententia, ut etiam si cavero judicatum solvi, non cogar judicium accipere & reum defendere; id est, litem contestari, sed agi tantum mecum possit ex stipulatione ob rem non defensam. Et ratio Sabini hæc fuit: quia edicto prætoris expressum non est, ut ille, qui non cogitur defendere, etiam si caverit judicatum solvi, judicium accipere compellatur. Verum aliud dicendum est in eo, qui cogitur defendere absentem, puta, in eo, qui agit absentis nomine. Nam si is quo cum agit absentis nomine, invicem etiam cum eo absentis nomine agere velit, & mutuæ petitiones sint, sane edicto Prætoris expressum est in *l. servum*, §. *ait prætor, eod. tit.* eum cogi defendere absentem, alioquin non admitti ad agendum, *l. mutus*, §. *pœna, eod. tit. l. actionem, C. eod. tit. l.* 1. *sup. de novi oper. nuntiat.* Defendere autem ille non videtur, nisi caveat judicatum solvi, secundum quam cautionem a Prætore, postulante adversario, cui cavit, districte compelli potest ad judicium accipiendum, litem contestandam, rem defendendam, etiam si paratus sit ex stipulatione judicatum

solvi

solvi, subire litis æstimationem, & præstare quanti ea res est, nisi justam causam habeat judicii recusandi, aut justa ex causa removeatur a domino, quæ est sententia legis *sed & hæ*, §. *pen. eod. tit.* quæ videbatur pugnare cum *d. l. non congendum.* Verum addamus, etiam eum, qui datus est procurator ad litem defendendam, si dominus pro sciente & consentiente, id est non contradicente caverit judicatum solvi, sane, ut etiam est edicto expressum in *l.* 8. §. *ultim. eod. tit.* eum, inquam, cogi præcise judicium accipere cum illa exceptione, nisi justam causam habeat recusandi judicii; quales multæ proponuntur in *d. l.* 8. §. *ultim.* & aliquot legibus sequentibus, quæ tamen etsi justæ sint causæ, nullius momenti sunt, quum aliqua est captio actoris propter temporis tractum; quoniam hoc casu, B etiamsi justam causam habeat cessandi, omnimodo cogitur judicium accipere, ne actio pereat actori, *l.* 12. *eodem tit.* Quod exemplum Labeo sequebatur etiam in eo defensore, pro quo sciente dominus non cavit judicatum solvi, sed defensor ipsemet, de quo, quod nihil esset edicto comprehensum, ideo reprehenso Labeone Sabinus, qui fuit diversæ scholæ, sensit, nullas esse partes prætoris ad compellendum eum rem defendere abscisse. Unde apparet, non de quolibet defensore Sabinum loqui. Illud tamen addi oportet, eum quoque defensorem, pro quo nesciente dominus cavit judicatum solvi, proculdubio nec compelli judicium accipere, nec agi cum eo posse ulla actione, quia nihil cavit, neque ipse, neque dominus ipso sciente, sed dominus, qui cavit eo nesciente & detrectante defensionem, ex ea cautione conveniri potest, vel fidejussor ejus, *l.* 14. *eod. tit.*

Ad L. IV. de Separat.

Creditoribus, qui ex die, vel sub conditione debentur, & propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio dabitur, quoniam & ipsis cautione communi consuletur. Legatarios autem in ea tantum parte, quæ de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit.

Sciendum est, edicto prætoris proposito in hoc titulo promitti beneficium separationis bonorum postulantibus creditoribus defuncti intra quinquennium ab aditione hereditatis, ut in *l.* 1. §. *quod dicitur, hoc tit.* D videlicet, si heres solvendo non sit, & futurum sit, ut patiatur possessionem & venditionem bonorum. Quo beneficio causa cognita, ut oportet, a prætore concesso, creditores hereditarii separantur a creditoribus heredis, & bona hereditaria a bonis heredis, & in bonis hereditariis creditores hereditarii, id est, creditores defuncti, potiores & soli sunt, ut nec ea attingere possint creditores heredis, nisi si quid adimpletis creditoribus hereditariis, superfuerit ex bonis defuncti, *d. l.* 1. §. *item sciendum, hoc tit.* Sed creditores heredis in suum debitum habent bona heredis, in quorum possessionem herede non solvente etiam mittuntur soli, submotis creditoribus defuncti. Creditores autem defuncti mittuntur in possessionem bonorum hereditariorum, crediti sui servandi causa, ut pro pignore ea habeant, quod pignus E prætorium dicitur, quia ex ordine & edicto prætoris constituitur. Atque ita fit dato beneficio separationis bonorum defuncti & heredis, ut unum patrimonium, quod scilicet aditio hereditatis genere quodam fecerat unum, quasi dividatur in duo, & ut una persona, quæ fingitur esse heredis & defuncti, quasi dividatur in duas: hic est effectus separationis. Inter creditores autem hereditarios sive defuncti connumerantur etiam legatarii, quamvis a defuncto eis deberi non incipiat, sed ab herede. Nam & legatarii, quotiens heres non est solvendo, possunt impetrare separationem bonorum, *l. pen. hoc tit.* Eoque referri potest, quod ait *l. hereditariarum, inf. de obligat. & act.* hereditariarum actionum loco haberi actiones legatorum, quamvis ab herede incipiant, non in omnibus causis scilicet, sed in

A causa separationis bonorum, ut æque eam impetrent causa cognita legatarii, atque creditores defuncti. Docet autem Papinianus hoc loco, etiam hoc beneficium sive commodum separationis dari creditoribus hereditariis, quibus debetur ex die, vel sub conditione, licet nondum pecuniam petere possint: non ergo tantum creditoribus hereditariis, quibus præsenti die debetur, sed etiam iis, quibus ex die vel ex conditione debetur: ergo & iis, quibus legatum est ex die vel sub conditione. Nam, ut diximus, in causa separationis bonorum legatarii connumerantur creditoribus hereditariis, aut loco eorum habentur. Et rationem hanc subjicit Papinian. quia iis creditoribus, quibus debetur ex die, vel sub conditione communi cautione consulitur, quotiens scilicet heres B solvendo non est: nam hic est casus, qui tractatur in hoc tit. *Quoniam*, inquit, *& iis cautione communi consuletur*. Quid vocat cautionem communem? vel cautio communis hoc loco accipitur pro prætorio pignore, quod constituit missio in possessionem, vel pro satisdatione de solvendo debito, cum dies venerit, aut conditio extiterit, vel pro utroque remedio per consequentias, id est, uno trahente aliud, & consequente. Ac primum quidem in *l.* 6. *supr. quib. ex caus. in poss.* Paulus ait, *creditores conditionales in possessionem bonorum debitoris mitti solere*, quo genere pignus prætorium constituitur, ut dixi, *l. misso, pro empt.* Et vel uno qualicunque creditore misso in possessionem, ea missio sive cautio pignus est, cautionis species, & longe melior cautio, quam cautio personalis, *l.* 25. *de regul. jur.* Ea, inquam, C missio sive cautio pignoris omnibus creditoribus prodest, vel uno tantum misso in bona etiam conditionalibus creditoribus, qui in rem fit, & generaliter non in personam, ut *l. cum unus, sup. tit. prox.* Qua de causa Græci eam missionem vocant, *τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν*, id est, *generalem possessionem creditorum*. Et eadem ratione hoc loco videtur appellari cautio communis, quod innuit etiam id, quod paulo post in *h. l.* Papin. quum de legatariis loquitur, eam cautionem communem pignoris causam vocare videtur, pignoris prætorii scilicet, non pignoris, quasi ex tacita conventione, quod Justi. dedit legatariis in ceteris rebus hereditariis, *l.* 1. *C. comm. de leg.* Quod tamen Accurs. sensit, quum in ea verba, *pignotis causam*, hoc loco appinxit l. 1. male, quia Justinianus palam profitetur, se primum esse D auctorem dandæ legatariis tacitæ hypothecæ, tacitive pignoris invicem conventi, ut plane Accursio sit necesse longe a vicinia veritatis errare. At quod dicimus etiam cautionem communem hoc loco Papinianum accipere videri pro prætorio pignore, etiam a vero videtur errare, quia creditores conditionales vel in diem: dehinc quum dicam, creditores conditionales, idem existimare me dicere de iis, quibus debetur in diem. Creditores igitur conditionales idem Paulus, qui scripsit in possessionem mitti solere, *d. l.* 6. ait in *l. pen. eodem*, in possessionem non mitti. Quod sic velim componi & accipi, ut conditionales creditores non mittantur in possessionem cum effectu, quia nec possunt bona ex edicto vendere, antequam dies vel conditio venerit, *d. l. pen. l. Fulcinius*, §. *si in diem*, *eod. tit.* nec si a debitore prohi- E beantur venire in possessionem ex decreto Prætoris, in eum habent interdictum restitutorium, de quo in *tit. ne vis fiat ei, qui in possess. missus est*, vel actionem quanti ea res est, quam habent ii, quibus præsenti die debetur, si non admittantur ad possessionem, si prohibeantur ingredi possessionem; de qua potissimum actione est *d. l. pen.* nec possunt etiam creditores conditionales interim desiderare caveri sibi de restituendo debito, cum dies venerit aut conditio exstiterit. Hoc enim tantum permittitur officio judicis in judiciis bonæ fidei, etiamsi non alia causa subsit, quæ urgeat, exigendæ cautionis, *l. in omnibus, sup. de judic.* Sed in hoc providentia est, quod possit interim labi facultatibus, *l. quotiens*, §. *si semel, de pecul. l. si constante*, §. *quotiens, sol. matrim. l. quod si in diem, de petit. heredit. l. Seja, de mortis caus. donat.*

donat. non tantum in judiciis bonæ fidei officio judicis, ſed etiam in legatis vel fideicommiſſis ex die vel ſub conditione relictis, de quibus caveri interim ſibi recte deſiderant legatarii ex edicto prætoris, non officio judicis: ex edicto prætoris, inquam, propoſito tuendarum ſupremarum voluntatum gratia. Eaque cautio legatorum, quæ legatariis ex edicto præſtatur, cautio vulgaris dicitur in *l. filiusfamil. §. Divi, de leg.* 1. id eſt, cautio communis, uſitata & ordinaria, eadem forma, qua cautio judicatum ſolvi dicitur cautio ſive ſatiſdatio communis in *l.pen.* quæ eſt Græca, *de procurat.* *κοινὴ ἱκανοδοσία*, ſolita ſatiſdatio in *l. Pomponius, §. ſed etſi quis, ſup. de procurator.* Quæ una eſt differentia inter creditores & legatarios, quoniam his cavetur interim, non illis. Et ex ea differentia pendet etiam & proficiſcitur altera: quia legatarii conditionales, ſi eis non caveat heres, effectu mittuntur in poſſeſſionem bonorum, ut ſi res exegerit, etiam bona vendantur. Creditores autem, quum eis interim caveri non oporteat pro ſolvendo debito, non eſt conſentaneum non cavente debitore, quaſi debitoris contumaciæ coercendæ cauſa, quæ nulla eſt, mitti in poſſeſſionem bonorum. Solent mitti, ut ait *d.* lex 6. mos hic eſt, non jus, quia fruſtra mittuntur, cum & non admitti impune poſſint, & ſequi venditio non poſſit, antequam conditio exſtiterit. Unus tamen caſus eſt, quo non fruſtra mittuntur in poſſeſſionem pendente conditione: hic caſus tractatur in hoc titulo: ſi heres debitoris ſolvendo non ſit, ſi ſuſpectus ſit conditionalibus creditoribus & aliis omnibus: hoc enim caſu ex edicto prætoris pro ſolvendo debito, etiam conditionalibus creditoribus cavere heres debet, ex edicto, inquam, prætoris in hunc caſum compoſito, de quo in *l. ſi creditores, ſup. tit. prox.* Aut, ut ibidem oſtenditur, ſi heres cavere recuſet, pignus prætorium conſtituitur cum effectu, miſſis creditoribus in poſſeſſionem bonorum hereditariorum. Ac poſtea ex ordine diſtractis bonis, atque in hanc rem & finem, ut oſtendit hoc loco Papinianus, ſeparatio bonorum poſtulatur, ut ſeparatim fiat miſſio, ſeparatim venditio: Quia hoc caſu, id eſt, quum heredis bona ſolvendo non ſunt, etiam conditionalibus creditoribus ait, nedum præſentibus, communi cautione conſulitur, id eſt, cautione ſolvendæ pecuniæ ſua die, qua non præſtita conſequatur prætorium pignus, ex *d. l. ſi creditores.* Sed & hoc caſu alia differentia exiſtit inter creditores & legatarios, quam hoc loco Papinianus indicare voluit. Differentia hæc eſt: creditores defuncti bona, quæ ſeparaverunt beneficio Prætoris poſſident univerſa, atque diſtrahunt in ſolidum debitum; legatarii autem, qui cum iis concurrunt, id tantum habent in cauſam pignoris prætorii, non præſtita cautione vulgari; & id tantum diſtrahunt quod, abſolutis creditoribus defuncti, ſupereſt ex bonis defuncti, ſi quid ſupereſt, *l. pen. hoc tit.* quod ex bonis defuncti ſervari potuit poſt impletos & abſolutos creditores defuncti. Et ratio eſt evidens, quia legata non debentur, niſi deducto ære alieno, id eſt, poſtquam ſatisfactum eſt creditoribus defuncti. Quod & l. Falcidia, & Senatuſconſul. Pegaſiano expreſſum fuiſſe probat *l. 1. §. hæc verba: Si quis plus quam per leg. Falcid. & l. ſucceſſores, C. ad leg. Falcid.* ſi quod ſupereſt, ſufficiat legatariis, ſolidum adquirent, ſi non ſufficiat, portionem tantum adquirent, ut ait *d. l. pen.* Non lex Falcidia tantum, ſed & æs alienum minuit legata, aut ſane nihil omnino adquirent, ſi nihil ſupereſt, & evaneſcent legata. Et iſta interpretatione hujus legis, totiuſque quæſtionis, nihil eſt enucleatius. Non eſt prætereunda inſolens illa loquutio Papiniani, *creditoribus, qui debentur ex die vel ſub conditione*, ut in Florentinis ſcriptum eſt, non male. Ea ſcilicet forma, qua ſolvi creditores dicuntur, quum eis pecunia ſolvitur, & a Papiniano deberi dicuntur, quum eis pecunia debetur, & nihil eſt præterea. E reſponſis libri 12. quæ nobis ſuperſunt reſtant tantum duo, quæ ſunt in *l. 3. rem rat. hab.* In priore eſt negotii aliquid, in poſteriore nihil. Prioris ſpecies hæc eſt.

Ad L. III. Rem rat. hab.

Cum minor xxv. *annis, creditor pecuniam recuperare vellet, interpoſitus procurator debitori de ratum habendo cavit: reſtitutione in integrum data, neque indebiti condictionem, neque ſtipulationem committi conſtabat. Idemque eveniret ſi falſi procuratoris actum minor annis ratum habuerit. Et ideo ita cavendum erit, præcedente (quidem) mandato, ſi ille in integrum reſtitutus fuerit, hereſve ejus, aut is, ad quem ea res, qua de re agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, mandato vero non interveniente, vulgaribus verbis de rato habendo. Hæc quoque prudentius inter conſentientes adſtringentur, alioquin ſi non conveniat, nec creditor minor conſentiat, actionem dari oportebit. Falſus procurator de ratum habendo cavit, atque ita dominus a ſententia judicis procuratore victo provocavit: ſtipulationis defeciſſe conditionem, apparuit, cum ad auxilium commune ſuperatus confugiſſet. Quod ſi dominus, qui ratum non habuit, pecuniam exegerit, ſtipulatio de rato committetur in eam pecuniam, quam dominus accepit, quamvis nihil procurator accepit.*

CReditor minor xxv. annis, cum pecuniam ſibi debitam reciperare vellet, debitore parato eam ſolvere, procuratori in eam rem ſpecialiter conſtituto mandavit, ut eam pecuniam reciperet: minor quidem non poteſt facere procuratorem ad agendum in judicio ſine curatoris auctoritate, *l. neque, C. de proc.* quia nec ipſe poteſt agere ſine curatoris auctoritate: actorem non facit, qui ipſe agere non poſſit, *l. liberto, §. pen. de negot. geſt.* Libertum non facit, qui ipſe liber non eſt, *l. qui pœnæ, de manumiſſ.* At minor xxv. annis, extra judicium omnia, quæ ad ſe pertinent, exceptis paucis, gerere & adminiſtrare poteſt ſine curatore, quem etiam invitus non accipit in res ſuas omnes generaliter. Ita etiam extra judicium poteſt procuratorem facere, non adhibito curatore. Et in ſumma, quod per ſe poteſt, & per procuratorem poteſt, quod non per ſe, nec per procuratorem. Recte igitur procuratori mandavit, ut oblatam a debitore pecuniam reciperet, quod & procurator fecit, debitori incerto vel ignaro de mandato præſtita cautione de rato. Pecuniam autem exactam pertulit ad dominum minorem xxv. annis, dominus accepit: *poſt acceptam pecuniam*, ut & in Baſilicis expreſſum eſt: *κατὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος*, minor eam pecuniam perdidit & reſtitutus eſt in integrum adverſus ſolutionem mandatu ſuo procuratori factam, qui quidem procurator, ut dixi, debitori caverat de rato in recipienda pecunia ex conventione ſcilicet. Sicut quum res inter debitorem & procuratorem agitur extra judicium, proditum eſt in *l. interdum, inf. hoc tit.* ſolere interponi cautionem de rato habendo ex conventione, non jam ex edicto prætoris. Ex hoc facto pendet quæſtio hujuſmodi, an debitori, reſtituto minore in integrum, competat condictio indebiti adverſus minorem, vel adverſus procuratorem, ſi forte omiſſa ſit ſtipulatio de rato, quia ſi interpoſita ſit, ut proponitur, condictio indebiti perimitur, *l. ſi ſine judice, hoc tit.* vel an debitori competat actio ex ſtipulatione de rato, quæ interpoſita eſt adverſus procuratorem? Et reſpondet Papinianus, neutram competere, nec condictionem indebiti, non interpoſita ſtipulatione de rato, non competere condictionem indebiti, quia debitor liberatur, qui vero procuratori ſolvit, *l. 6. §. Celſus, de condict. indeb.* liberato condictio non datur: & eadem ratione non competere debitori actionem ex ſtipulatu, quia liberatus eſt, quia ſolutio ſuum effectum habuit: liberatus eſt etiam, minore poſtea ratum non habente, quia ratihabitio non conſideratur in eo, qui mandavit, *d. §. Celſus.* Et hoc amplius, quia pecuniam exactam a procuratore recepit; ac præterea, ubi non interpoſita ſtipulatione de rato, condictioni indebiti locus non eſt, nec eam ſtipulationem interpoſitam committi placet, quia in locum condictionis interponitur, *l. ſi ſine judice, & l. ultim. in fine, hoc tit.* Et conſequentia ſemper hæc ſunt, non competeret condictio indebiti, ſi omiſſa

esset stipulatio de rato: ergo si interposita sit stipulatio, committitur. Et cum hoc scripsisset Papinianus de vero procuratore, qui mandatum habet, addit statim, idem evenire in falso procuratore, qui mandatum non habet, ut scilicet si interposita cautione de rato, pecuniam debitam minori xxv. annis exegerit, & minori restituerit: atque ita accepta pecunia minor solutionem ratam & gratam habuerit, & post pecunia deperdita inconsulto, adversus solutionem & ratihabitionem in integrum restitutus fuerit beneficio ætatis, neque debitori indebiti condictio competat, quo casu alias solet competere, neque actio ex stipulatu de rato, eadem ratione, quia debitor liberatus est, quia solutio quam ratam habuit dominus, effectum habuit semel. Quamobrem Papinianus suadet, ut debitor, si in hunc casum, quo minor restituitur in integrum, sibi cautum esse velit, atque prospectum, stipulationi de rato, quam de vero procuratore, qui mandatum habet in solvenda pecunia, creditori minori debita, stipulatur, adiiciat hanc clausulam verbis solemnibus stipulationis de rato; *si ille in integrum restitutus fuerit heresve ejus, aut is ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari*. *Aut*, inquit, *is ad quem ea res pertinebit*: recte Accursius, veluti bonorum possessor aut fideicommissarius Trebellianus. Nam & is successor minoris in integrum restitui potest, *l.6.sup.de in integr. restit.* Et observandum est in hac clausula nova, omnem successorem universi juris significari, non successorem rei, veluti emptorem, aut donatarium, aliter quam in vulgari & solemni stipulatione de rato, in qua his verbis: *Ratum habiturum eum, ad quem ea res pertinebit*, *l. si sine §. si in stipulatione*, *l.procurator*, *hoc tit.* continetur etiam emptor, *l.16.§.ultim.hoc tit.* & omnes venientes a domino personæ, *l.8.§.ultim.hoc tit.* Et similiter mandato minoris non interveniente, & falsi procuratoris, qui pecuniam exegit actu comprobato a creditore minore xxv. annis, propter incertum restitutionis in integrum, ut loquitur lex *si Titius*, *sup. de fidejuss.* consultius est vulgari stipulationi de rato, eandem clausulam addere, *si ille in integrum restitutus fuerit*, &c. *mandato*, inquit, *non interveniente, consultius & prudentius est vulgaribus verbis stipulationis de rato, illam quoque clausulam addere, adstruere*, id est, adnectere inter consentientes, inter convenientes, ut & nonnisi ex conventione, quum solvitur procuratori extra judicium, omnis hæc stipulatio interponitur, *d. l. interdum*. Et ex hac quidem clausula, *si ille in integrum restitutus fuerit*, si post ratihabitionem minor restituatur in integrum, vel successor ejus, stipulatio committitur in id, quod stiputatoris, id est, debitoris, interest, non si omissa sit hæc clausula, si in hunc casum sibi non prospexit, ut consulit Papinianus & suadet: & hactenus quidem omnia sunt satis aperta in hoc responso. Quod sequitur in fine hujus responsi, *alioquin si non conveniat, nec creditor minor consentiat*: omnibus obscurissimum videtur, etiam ea verba obscurissime interpretantur, maxime ab Accursio, cujus tamen mentem Doctorum commentarii satis declarant. At si vis perspicue hæc verba intelligere, mitte argutias, consectare simplicitatem. *Veritatis*, ut inquit Seneca Trag. *simplex oratio est*. *Alioquin* hoc loco non significat absurdum, vel contrarium, sed diversum, quasi mutata specie, scilicet accipitur pro *ceterum*, ut sæpissime in his libris. Hoc igitur vult Papinianus, ceterum, si non conveniat, quod non est, si non adstruatur, & connectatur illa clausula, *si ille in integrum restitus fuerit*: quo tamen modo accipiunt ea verba, *sed si non conveniat*, id est generaliter, si vulgaris stipulatio de rato prorsus omittatur, quæ interponi solet ex conventione, quum debitor procuratori solvit extra judicium, *d. l.interdum*: *nec creditor*, inquit, *minor consentiat*, id est, ratum non habeat, quod sine mandato procurator exegit a debitore, si ratam non habeat solutionem factam falso procuratori, *actionem dari oportebit*, id est, condictionem indebiti adversus procuratorem, ut definitur etiam in *l. creditori*, *Cod. de condict. indeb.* quæ & actio condictionis dicitur in *l.1.Cod.eod.tit.* & alio quodam loco Papiniani, actio simpliciter: locum alium esse scio similem, ubi sit non memini, forte vos meministis. Nam in Papiniano similiter invenimus quodam loco actionem accipi, pro condictione indebiti. Hæc autem sententia hujus versus maxime congruit cum jure, ut ubi omissa est stipulatio de rato, id est, si non convenerit: quod ait, condictio indebiti competat: sicut vice mutata, ubi illa stipulatio interposita est, condictio cessat, *l. si sine*, & *l. ult. in fine*, *hoc tit.* In posteriore responso hoc tantum proponitur: falsum procuratorem egisse adversus debitorem L. Titii præstita cautione de rato ex edicto Prætoris: hoc casu, ex jussu prætoris, & superatum fuisse, judice pronuntiante, nihil deberi Lucio Titio, cujus nomine agebat sine mandato. Lucium vero Titium ab ea sententia appellasse, quasi re ad se pertinente. Et ait, hoc casu non committi stipulationem de rato, *quia*, ut ait, conditio stipulationis defecit nimirum, quia Lucius Titius ratum habuit, quod gestum est in judicio inter falsum procuratorem & debitorem: appellatio ejus quod actum est, tacita ratihabitio, sive tacitus consensus est, *l.2.C. de filiisf. & quemad. pro iis, pater ten. lib.* 11. Ratum habemus non tantum verbis, sed etiam actu & tacite, *l.5.h.tit.l.ultim. de bon.poss.* *Quid verba curem*, inquit Tullius, *cum facta videam*? Quod si L. Titius non appellaverit, sed per judicem pecuniam debitam exegerit, tunc sane stipulatio de rato committetur in id, quo Lucio Titio damnatus debitor solvit, ut in *l.18.hoc tit.* illo loco; *quod damnatus solvit*. Atque ita stipulatio de rato committitur in procuratorem, qui victus est, quique nihil accepit, nihil expressit a debitore. Et hic est finis hujus libri.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XIII. Responsorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XX. de Compensat.

Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum pecuniam jure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur.

OB *negotium copiarum*, &c. Copias vocat vivendi causam, copias victuales, quæ in castra perferuntur, ut Cassiodorus ait in *Psalm.* 21. & 77. Et inde cauponæ nomen Festo, *Caupona*, inquit, *taberna a copiis dicta*. Copiarum autem negotium expeditionis tempore mandatur curatoribus annonæ, quos fecerit Princeps, vel Respub. qui *συνωνηταὶ* & *σιτῶναι* dicuntur, qui si forte conveniantur nomine Reipub. civili actione residuæ pecuniæ, vel mandati vel condictione furtiva, & condemnentur ex ea causa, quod frumentariam sive annonariam pecuniam abusi sint, actioni judicati, si quid vicissim iis Respublica vel fiscus debeat, non possunt opponere compensationem, sed quam primum Reipubl. eam pecuniam restituere debent, quæ est sententia hujus responsi, & *l. aufertur*, *§. ut debitoribus*, *de jure fisci*, *l. 17. sup. hoc tit. l. 1. Cod.eod. tit.* Pecunia igitur ex ea causa Reipublicæ debita non compensatur. Et ratio hæc est, quia, ut eleganter ait *l.2.§.frumentariæ*, *inf.de administrat. rer. ad civitat. pert. quia*, inquit, *necessaria omnibus Rebuspub. annonaria pecunia, moram solutionis accipere non potest*. Dixi ex hac causa conventos actione judicati non posse opponere compensationem sibi invicem a Republ. debitæ pecuniæ: actione judicati, inquam, quoniam lex ait, curatorem condemnatum. Ex quo intelligitur alias actioni judicati opponi compensationem posse, licet priori judicio opposita non fuerit, ut in *d.l.17.* & *in l.2.*

Cod. eodem tit. Neque vero huic responso obstat *d.l.17.* cum ait, condemnatum ex eo, quod ædilitatis tempore arctiorem præbuerit annonam, actioni judicati posse opponere compensationem, quia, ut eadem l. ostendit, dum adjicit hæc verba; *frumentariæ pecuniæ debitor non videtur*, ea l. non de debitore loquitur pecuniæ frumentariæ, vel annonariæ destinatæ copiis militaribus, sed loquitur de ædile curuli, qui populo arctiorem annonam præbuit, id est, qui non tantum præbuit, quantum oportuit, quive sibi ex ea retinuit aliquid, & in usus suos convertit, qui eo nomine recte conventus condictione furtiva, recte opponit compensationem sibi a Repub. invicem debitæ pecuniæ, quia non est debitor pecuniæ delegatæ frumento, vel annonæ comparandæ, sed est debitor annonæ, panum civilium, qui populo erogari solebant: est debitor annonæ quam intervertit, nec publice, ut debuit, erogavit, & compensationis jus denegatur tantum debitori pecuniæ annonariæ. Notandum, condictioni furtivæ opponi compensationem posse ut in *l. 10. §. quotiens, h.tit.* ubi legendum tamen est hoc modo, *id est, etsi condicatur ex causa furtiva*; ut quodam loco ostendi. Condictioni furtivæ opponi compensatio potest, non actioni pœnali furti, hoc nusquam invenies; opponi potest actioni, quæ rem pecuniamve persequitur, quæ actori abest, non actioni, quæ persequitur pœnam etiam pecuniariam, vel in civili, vel in criminali judicio. Et in *d.l.17.* etiam ostendi recte in Florentinis esse scriptum, *ædilitatis tempore*, id est, tempore gerendæ ædilitiæ potestatis, ut & Basil. ἐν τῷ ἀγορανομεῖν, & male veteres & novos quosdam interpretes legere, *edulitatis tempore*, quæ vox Latina non est, & corrupte in Alexandro Severo Lampridii, *cum vilitatem populus Rom. ab eo peteret*: quidam *edulitatem* habent, id est, cum populus posceret viliori pretio addici species annonarias, frumentum, vinum, oleum: ut in Commodo, *vilitatem proposuit*, inquit, *ex qua majorem penuriam fecit*: quod plerumque contingit, ut quum cara est annona, si magistratus proponat vilitatem, eo fiat carior. Recte etiam in hac l.20. Basil. hoc loco ὁ λαβὼν χρήματα ἐπὶ συνωνῇ ἐν καιρῷ στρατοπέδου, id est, *qui accepit pecuniam ad coemptionem expeditionis tempore*, id est, ad coemptionem copiarum, & specierum militarium, quas etiam invitis provincialibus coemit suo pretio, ut in *tit. Cod. ut nemini lic. in coempt. specier. se excus.* Boetius 1. de consol. *acerbæ famis tempore gravis, atque inexplicabilis indicta coemptio*. Coemptio frumenti scilicet extorta venditione ab invitis. Planudes sic vertit, τῷ καιρῷ τοῦ ὤμοτα τοῦ λιμοῦ.

Ad L. XVII. de Iis, quib. ut indig.

Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi, nec probe desideraturum, actionem confusam restitui; deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei possessoris defensionem habiturum, ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

SI heres post aditam hereditatem non ulciscatur necem testatoris, jure scilicet & legibus, eo qui testatorem occidit, reo cædis postulato & peracto usque ad sententiam, certum est indistincte sive scierit necatum fuisse testatorem, sive ignorarit, fiscum ei, ut indigno potiundæ hereditatis eam hereditatem auferre, qui non defendit necem defuncti: sic punitur non tantum dolus, sed & negligentia heredis, qui non inquisivit in genus mortis testatoris. Sed quæritur, adempta a fisco, & erepta hereditate, an etiam fructus omnes, quos percepit, aut percipere potuit, post aditam hereditatem fisco restituere debeat: Ac præterea quæritur, an vicissim ei sint restituendæ, & redintegrandæ actiones, quas habuit in defunctum, quasque aditio hereditatis confudit, atque peremit: Quod item quæri potest de servitutibus prædiorum, quum prædium hereditarium prædio heredis ante aditionem servitutem aliquam

A debuit, quam aditio confuderit. Et ad quæstionem hujusmodi Papinianus distinguit inter scientem & ignorantem, ut fecit etiam lib. 6. in *l. propter, §. 1. de Senatusc. Syllan.* In hereditate auferenda non distinguimus inter scientem & ignorantem: at in fructibus auferendis, quos percepit heres post aditionem, & in restituendis heredi obligationibus vel servitutibus, quas aditio confudit, distinguimus inter scientem & ignorantem. Scientem dicimus omnes fructus restituere: *omnes*, id est, quod lex ipsa ostendit satis aperte, quoquo tempore perceptos aut percipiendos ante vel post motam a fisco controversiam bonorum: sciens omnes fructus restituit, quos percepit ante vel post, quia malæ fidei possessor est. Et certum est, malæ fidei possessorem etiam fructus cum ipsa re præstare, B *l. certum, C. de rei vindicat.* ubi etiam ex hoc loco, *omnes fructus*, sic oportet accipere, quod nostri non tenent, quos scilicet percepit, aut percipere potuit, ante vel post litem contestatam, ante vel post controversiam motam: ne dicas omnes, ut in *l. bonæ fidei, de adquir. rer. dom.* id est, & eos qui sponte nascuntur, & eos qui satione & cura nostra proferuntur, quo modo posset vox, *omnes*, accipi: nempe, *omnes, qui vel satione prodeunt, vel nulla satione, aut cura, ut viridarii poma, ut sylvæ, ligna, aut pecudum lac*, quod Virgilius in Culice vocat, *Agrestum bonam sortem, curamque securam*, quia etsi ii omnes fructus in restitutionem veniant, tamen non respicit hoc loco ad eam differentiam fructuum, quum dixit, *omnes*, sed ad tempus, quo perciperentur, aut percipi potuissent, ut scilicet temporis nulla distinctio fiat. Eadem vero ratione, quia C malæ fidei possessor est, scienti non restituuntur actiones vel servitutes prædiorum aditione confusa, non integratur ei jus debiti, vel servitutis pristinæ, *l. indignum, sup. hoc tit. & l. prox. §. bonis, inf. l. 1. C. eodem tit. l. ejus, §. ultim. inf. de jur. fisc.* Hæc de sciente. Ignorantem, qui deceptus ignorantia facti existimavit, testatorem sua morte functum, non violenta, βιαιοθάνατον, ait, non restituere cum reipsa fructus perceptos ante motam controversiam & consumptos: quia bonæ fidei possessor est; fructus, inquam, perceptos suo labore, impensa cura sua: nam αὐτομάτους fructus placet restituere etiam bonæ fidei possessorem, quocumque tempore provenerint, *l. fructus, de usur.* non fructus, ἠργασμένους, multo sudore paratos, ut Ovidius ait undecimo;

Multo sudore parentes,
D *Dura lacertosi fodiebant arva coloni.*

Post motam autem controversiam a fisco, fructus perceptos, aut qui percipi potuerunt bonæ fidei possessor restituit, quia post motam controversiam comparatur malæ fidei possessori, *d. l. certum*. Placet etiam, ignoranti actiones vel servitutes confusas aditione, ablata hereditate a fisco esse restituendas. Et hæc est sententia hujus responsi; ait, *heredem qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit*: quo verbo in his libris solus Papinianus utitur: *insuperhabuit*, pro neglexit & omisit, ut in *l. sunt personæ, de relig. & sumpt. fun. propter utilitatem publicam*, inquit, *strictam rationem juris insuperhabemus*. Et Imperator quoque in *l. 2. Cod. si omissa sit causa, testam. judicium defuncti non insuperhabitum*, ut perspicue emendavimus, id est non omissam causam testamenti, cui opponit causam irriti facti testamenti E ratione juris, non repudiatione, vel insuperhabitione heredis. Eadem voce utuntur etiam Apulejus, & Symmachus, & A. Gellius, & vetus interpres Panareti, *qui animam suam diligit, insuperhabebitur*; id est, despicatui & contemptui ducetur. Sunt in eo interprete multa antiqua & elegantia verba, quæ temere mutanda non sunt, ut illud, *insuperhabebitur, & infrunitus*, pro *insipiens*: quod est duobus in locis, quo Cato & Seneca duobus locis utitur, *infruniti*, inquit, *est ostentare divitias*, ut est apud Festum in verbo *frunisci*, & Matisconensis Concilii *can. 19.* Sequitur lex 15. *ad l. Falcid.* quæ continet multa oracula Papiniani.

Ad L.XV. ad Leg.Falcid.

Quod bonis jure Falcidiæ contribuendum eſt a debitore, cui mortis cauſa pacto debitum remiſſum eſt, in factum concepta replicatione retinebitur.

QUod ad primum reſponſum attinet, ſciendum eſt, non tantum ex legatis & fideicommiſſis, ſed etiam, ut Severus conſtituit, ex donationibus cauſa mortis, quæ inſtar legatorum ſunt, Falcidiam detrahi, herede legatis, fideicommiſſis, donationibus cauſa mortis onerato ſupra dodrantem, *l.5. C. eod. tit. l.2. C.de mort. cauſ. donat.* Qua de cauſa ut legata, ita donationes cauſa mortis in ponenda ratione legis Falcidiæ bonis hereditariis contribuuntur, commiſcentur, connumerantur, quæ moriens teſtator reliquit, ut *l.Seja, §. ult. inf. de mort. cauſ. don.* ut ſcilicet, ea inter ſe partiantur heres, & legatarii, fideicommiſſarii, donatarii mortis cauſa, pro quadrante & dodrante: ita ut heres jure Falcidiæ ex univerſis bonis ferat quadrantem, dodrantem præſtet legatariis fideicommiſſariis, vel donatariis cauſa mortis ſibi habere ſinat. Donatio cauſa mortis eſt, non tantum ſi rem meam donandi animo tradidero mortis cauſa, ſed & ſi debitori meo pacto cum eo habito, quod Græci vocant συγχωρητικὸν σύμφωνον, pecuniam debitam remiſero mortis cauſa, id eſt, ut non peteretur, ſi is mihi ſuperviveret: contra, ut peteretur, ſi ego ei ſupervivérem, ſi eum vivendo vincerem. Ergo & me præmortuo, debitor eam pecuniam quaſi donatam mortis cauſa bonis meis contribuere & computare, & Falcidiæ ſubjicere debet, ſi l. Falcidiæ ratio interveniat, nempe ut heres ex ea pecunia retineat xxv. ſi in debito fuerint centum, quod remiſſum eſt mortis cauſa. Et hic maxime notanda eſt differentia una inter legata & donationes cauſa mortis: nam Falcidia quidem locum habet in omnibus, verum ex omnibus non eodem ſervatur, aut retinetur modo: legatorum enim hoc jure, quod obtinuit ante Juſtinia. id eſt, ante *l.pen. C. eod. tit.* legatorum, inquam, Falcidia ſervatur, vel fideicommiſſorum, non ut hodie ex ea conſtitutione Juſtiniani, etiam per actionem, id eſt, vindicationem aut repetitionem Falcidiæ, ſed per retentionem tantum legatariis ab herede legata petentibus, ut fit, oppoſita exceptione doli mali, vel in factum, ſi ea ſolida petant ſine deminutione Falcidiæ, ut *l. ſeq. & l. 80. in fi. hoc tit. l. heres, ff. ad Treb.* Qua retentione ſi forte non utatur heres remedio exceptionis, qui non ignoravit Falcidiam intervenire, ſane videbitur Falcidiam legatariis remiſiſſe, & noluiſſe uti beneficio legis, quæ ejus cauſa lata eſt, ut ait *l. poteſt, hoc tit.* Alia ratio eſt donationum mortis cauſa, quia non petuntur ab herede ut legata: non præſtantur ab herede ut legata, ſed ab ipſo donatore, eodemque teſtatore per traditionem aut mancipationem præſtitæ jam & perfectæ ſunt, dum is vixit; & ideo earum retentione Falcidiæ cauſa uti heres non poteſt, quia eas penes ſe non habet. Quamobrem ne Falcidiam earum rerum, quæ mortis cauſa donatæ ſunt, amittat, neceſſario danda eſt heredi adverſus donatarium Falcidiæ repetitio, aut vindicatio, quia retinendi eas res facultas nulla ei ſuppetit, quod ita ſemper obtinuit & obtinet vel Juſtiniano auctore in *d. l. pen.* quaſi, ut ait, ipſo jure Falcidia earum rerum ſemper manſerit in bonis teſtatoris, derogare nec teſtator potuit. Idque comprobat etiam *l. cum pater, §.mater, & §.Mævio, de legat.2.* Et ex hac differentia inter legata & donationes cauſa mortis, quæ evidentiſſima eſt, enaſcitur alia, quod interdictum quod legatorum pertinet ad legata, ut beneficio interdicti poſſeſſionem legatorum, quam nacti ſunt legatarii ſine voluntate heredis, ab iis recuperet vel adipiſcatur retinendæ Falcidiæ cauſa, quoniam ejus tantum habet retentionem, non petitionem: verum ad donationes cauſa mortis interdictum non pertinet, quia ex donationib. cauſa mortis, heres Falcidiæ petitionem habet, *l. 1. §. ſi quis mortis, quod legator. l. 1. C. eod. tit.* Itaque in ſpecie propoſita heres a debitore, cui totum debitum teſtator remiſit mortis cauſa, recte petet quadrantem debiti jure Falcidiæ, quem vel jure Falcidiæ habere debet: & ſi debitor heredi agenti opponat exceptionem pacti, quaſi toto debito ſibi pacto remiſſo, heres poſita replicatione doli mali, vel replicatione in factum hoc modo: *quod jure Falcidiæ ſibi quadrans debitus ex donatione mortis cauſa, non potuerit pactione remitti*: quæ replicatio auxiliatur actioni, atque ita ex ſumma debita Falcidiam heres retinebit atque deducet; per actionem igitur, non per exceptionem: nam replicatio actionis adminiculum eſt: actio eſt telum, exceptio clypeus: replicatio aliud telum: actione igitur ſive replicatione doli mali, vel in factum inducetur Falcidia & retinebitur ab herede ex donatione debiti facta mortis cauſa. Papinian. dixit, *replicatione in factum concepta*, nec addidit, vel replicatione doli: quoniam ſatis conſtat, ubi illa eſt, & hanc eſſe, concurrere ſemper replicationem doli, vel actionem, vel exceptionem doli cum actione, vel exceptione, vel replicatione doli. Actiones tamen, exceptiones, replicationes in factum verbis temperari, nec in eis fieri mentionem doli mali, *l. non debet, ſup. de dolo malo*: leviores eſſe verbis: vi tamen ipſa eſſe de dolo malo, & fide mala. *In factum concepta*, ait Papinianus, id eſt, in factum comparata, *l. 4. §. ſi a Titio, de doli except.* in factum compoſita, *§. 1. Inſtit. de except.* quam eodem loco recte Theophilus ait, opponi διηγηματικῶς, ut Gloſſæ Philoxeni, *in factum conceptas*, interpretantur διηγηματικῶς: in quib. tamen corrupte legitur, *facto conceptas*: διηγηματικῶς, id eſt, expoſita narratione rei geſtæ ſimpliciter, & omiſſa atrocitate verborum, non notato dolo, aut fraude rei, vel ut ait, *l. cum mota, C. de tranſact.* præſcriptis verbis demonſtrata re geſta, hoc eſt, uno verbo, in factum, ut *l. 1. C. de revoc. iis, quæ in fraud. cred.* ſicut negotium geſtum erit, id eſt, in factum. Vertam παραφραστικῶς verba hujus reſponſi, ut ſenſus ſit apertior: quod debitori teſtator pacto convento mortis cauſa debitum donavit & remiſit Falcidiæ ſervandæ cauſa, bonis hereditariis teſtatoris contribuendum & conferendum eſt, ut heres qui Falcidiam ex eo debito retinere deſiderat & repetit, eam retineat & repetat adverſus exceptionem pacti, qua ſe defendit debitor oppoſita replicatione doli mali, vel in factum, quod non potuerit ei ultra dodrantem mortis cauſa debitum remitti: ſic heres exiget a debitore quadrantem, dodrans debiti tantum apud debitorem remanebit. Hæc eſt ſententia hujus reſponſi. Male Accurſ. ſemel ponit ſpeciem in liberatione legata, quia manifeſtum eſt Papinian. loqui de donatione cauſa mortis, & liberatione legata, non actionis vel replicationis jure heres Falcidiam retineret, ſed jure exceptionis, debitore, cui liberatio legata eſt, agente ex teſtamento ut ab herede accepto liberetur, *l. 3. §. nunc, l. 7. §. 1. de liber. leg.* Male etiam Accurſ. tentat heredem ipſum debitori pacto convento debitum remiſiſſe mortis cauſa: nam ſi heres ipſe remiſit debitum, pluſquam manifeſtum eſt, non cadere eam remiſſionem in rationem legis Falcidiæ, de qua tamen hic agitur. Male etiam Accurſ. quum Papin. ponit, pacto fuiſſe remiſſum debitum mortis cauſa, ait, idem eſſe, ſi acceptilatione remiſſum ſit debitum mortis cauſa. Quod ſit quidem recte, ut in *l. mortis cauſa capitur, §. Julianus, inf. de mort. cauſ. donat. l. quærebatur, inf. hoc tit.* quia acceptilatio, etiamſi non poſſit fieri ſub conditione expreſſa; poteſt tamen fieri ſub tacita, *l. actus de reg. jur.* quæ quidem ineſt acceptilationi factæ mortis cauſa. Sed ſi teſtator acceptilatione mortis cauſa debitum remiſerit, & l. Falcidia locum habeat, hoc caſu non eſt heredi neceſſaria replicatio doli, vel in factum, ſed de Falcidia experiri poteſt, Falcidiam repetere aut vindicare poteſt ſine metu exceptionis, quia nulla exceptione ſe tueri debitor poteſt, quandoquidem ab initio acceptilatio in quadrante non intelligitur conſtitiſſe, ſed in dodrante tantum, ut nominatim eſt proditum in *d. l. quærebatur.*

Ad

Ad §. Frater.

Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, & ut certam pecuniam, si contra fecisset, præstaret: privatorum cautionibus legibus non esse refragandum constitit: & ideo sororem jure publico retentionem habituram, & actionem ex stipulatu denegandam.

SPecies hæc est: frater sororem heredem scripsit, & ab ea multa legata legavit, vel donavit mortis causa supra modum legis Falcidiæ; & cum nollet sororem uti beneficio legis Falcidiæ, nec tamen posset vetare palam, ne Falcidia uteretur, *l. nemo potest, de leg.* 1. interposuit L. Titium, cui fundum, verbi gratia, mortis causa donaverat, qui stipularetur ab sorore, eam Falcidia non usuram, aut si uteretur, certam pecuniam sibi daturam pœnæ nomine. Ita Græci ponunt speciem recte hoc loco, videlicet sororem promisisse pœnam, ut ajunt, μέλλοντι λαβεῖν μετὰ θάνατον δωρεὰν, accepturo donationem post mortem, donatario mortis causa, quod latius memini me exponere in Novella 1. Justiniani. Quæritur an si heres Falcidia utatur, committatur stipulatio pœnalis? Videri potest heres sequuta voluntate fratris, quæ interposito a fratre, id stipulanti promisit: & sane si post mortem (*) fratris idem promisisset, se non usuram Falcidia, vel si contra faceret, daturam pecuniam pœnæ nomine, committeretur stipulatio, *l. quod quis, inf. hoc tit. l. ult. C. eod. tit. l. si patronus, §. 1. de donat.* Et ratio hæc est, quia unicuique licet de commodo suo detrahere: ergo heredi licet non uti Falcidia, quum ea locum habet, puta, post mortem testatoris. Lex Falcidia heredis causa data est, *d. l. potest, hoc tit.* Ergo heres ea non uti potest. At quia vivo testatore id promisit heres scriptus vel scripta, antequam ullum jus sibi competeret, antequam Falcidiæ casus existeret, stipulatio interposita esse videtur, non ut juri privato, quod nullum erat, sed ut juri publico derogaret, id est, legi Falcidiæ. Et ideo ipso jure stipulatio non valet: dico ipso jure, quoniam Papinian. destrincte ait, *actionem ex stipulatu denegandam.* Igitur mortuo fratre integra est heredi Falcidiæ retentio ex donatione causa mortis, & legatis omnib. & fideicommissis, ut nec stipulatori ea conventio, nec ulli alii proficiat, quo minus patiatur Falcidiam. Privatorum, inquit, cautione legibus non esse derogandum: in *l. ult. inf. de suis & legit. hered.* privatorum cautionem legum auctoritate non censeri: quo argumento, quia lex legi derogare potest, privata causa legi derogare non potest. Ergo legis auctoritate non censetur. Quod in Basil. hujus secundi responsi sententia relata est, nec omissa, id satis validum argumentum præbet, etiam hodie quod ex Novella Justiniani potest facere testator, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat, eam tamen pactionem, de qua hic agitur, nullam vim habere.

Ad §. Non idcirco.

Non idcirco minus Falcidiæ rationem in ceteris annuis legatis admitti visum est, quod primo ac secundo anno sine ulla detractione fuisset legatario soluta.

SEquitur aliud responsum, quod tertio loco positum est in *l. 15. ad l. Falcid.* Finge: Lucio Titio legata sunt annua centena, in alimenta forte plura sunt legata: primi anni legatum est purum, cujus dies cedit statim a morte testatoris: sequentium annorum legata sunt conditionalia, quatenus inest eis hæc conditio, *si legatarius vivat*, quia talia legata morte legatarii finiuntur, *l. 4. & l. 11. de annuis leg. l. 10. & 12. & 20. quando dies leg. ced. l. 1. §. si annos, sup. hoc tit.* Porro heres Lucio Titio primi & secundi anni legata solvit in solidum sine detractione Falcidiæ, quam certum erat locum habere. Quæritur, an & sequentium annorum heres cogatur plena, integra, solida legata solvere, non detracta Falcidia, qui priorum annorum jam cœpit solvere legata integra? Et respondet, non posse cogi. Detrahit igitur Falcidiam, cui locus est, ex sequentium annorum legatis: quæro, an etiam ex sequentium annorum legatis detrahit Falcidiam pro legatis primi & secundi anni? Et distinguo: Aut ea legata ultro primo & secundo anno solida solvit sciens prudensque, animo omittendæ Falcidiæ, & in eis legatis specialiter plenioris fidei testatori exhibendæ gratia, pleniorisque obsequii: Et hoc casu pro iis nihil detrahit, sed pro sequentium annorum legatis tantum: & ratio est evidens. Aut ea legata solida solvit non animo omittendæ Falcidiæ: & tunc ex reliquis legatis Falcidiam detrahere potest etiam pro iis, quæ jam solvit, ut constat ex *l. prox.* quæ sequitur, & loquitur etiam de pluribus legatis uni relictis, sicut hic §. puta, de pluribus rebus uni legatis, quia tot sunt legata, quot sunt res, *l. 5. sup. de legat. 2.* Et adjicit in *l. sequenti*, idem esse, si uno legato tantum relicto partem dimidiam solverit integram, quam utique nemo dicet solvi animo omittendæ Falcidiæ: nam ex reliqua parte totius legati Falcidiam retinere potest, hæc vero dicimus de pluribus legatis uni relictis: nam si pluribus plura relicta sint, & heres ultro quibusdam solverit legata in solidum sine ulla detractione, ex ceterorum quidem legatis poterit Falcidiam detrahere, *l. 6. C. eod.* ubi legendum, *ultro*, non *ultra*: sicut & in *l. si pignori, in fi. famil. ercisc.* Florentini recte *ultro*: alii haud recte, *ultra*. Ex ceterorum, inquam, legatis Falcidiam detrahere potest pro rata ceterorum legatorum, non etiam pro iis, quæ aliis legatariis solida & integra solvit. Et ratio hæc est, quia sui quisque non alieni legati Falcidiam pati debet, quum autem uni plura legata sunt, & in uno legato omnium Falcidiam legatarius patitur, suorum, non alienorum legatorum Falcidiam patitur: nec conqueri potest, quod in uno legato omnium patiatur Falcidiam, maxime quum legata consistunt in pecunia numerata, quamquam & idem sit in pluribus rebus uni legatis, ut in *l. sequen.* Quod autem ait *d. l. 6. in fin.* heredem, qui solvit quibusdam solida legata, aliorum legata jure Falcidiæ diminuere posse, nec invitum aliis præstare solida: recte Theodorus notat, abrogatum esse Justiniani Novel. 1. quæ vult, eum, qui solida legata quibusdam legatariis solvere cœpit, & ceteris similiter solida debere persolvere, quasi approbata in omnibus voluntate testatoris, & legatariis omnibus remissa Falcidia, nisi, ut ait, heres deceptus fuerit justa ignorantia facti, ut quemadmodum in ea Novella ait Julianus Antecessor, si mirabile aliquid extiterit, quod deminuat patrimonium defuncti, veluti inopinatum æs alienum defuncti, *mirabile* vocat, quod in ea Novel. Justinian. παράδοξον: neque tamen ex ea Novella etiam efficias probe, uni pluribus legatis relictis, & quibusdam ei solutis in solidum, & cætera eidem esse solvenda in solidum: alioquin dicendum esset cum Accurs. & hunc §. abrogatum esse, & leg. quæ sequitur, quod est falsum: quia Novella loquitur de pluribus legatis pluribus personis relictis, non de pluribus legatis uni relictis: & jus novum restrictius accipiendum est, non ampliandum. Itaque verius est, heredem, qui uni quædam legata solvit in solidum, eo facto non videri omnium legatorum Falcidiam uni eidemque legatario relictorum remisisse: sicut, nec si unius legati partem dimidiam solvisset integram sine deminutione, qua comparatione utitur l. proxima, quæ sequitur, plura legata uni relicta quasi quodammodo unum sunt. Male etiam Accursius ad illa verba, *sine ulla detractione*, quæ supponunt heredi facultatem fuisse detrahendæ Falcidiæ, si voluisset, sed noluisse uti facultate quam habuit, & quædam legata solida exolvisse. Addit ad illa verba, *sine ulla detractione,*

& sine

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 9.*

& *ſine cautione*, inquit, *de reſtituendis legatis*; *ſi Falcidia emergeret*: de qua cautione eſt totus titulus qui ſequitur, & ſolet vocari, *cautio Falcidiæ*. Supplet igitur Accurſius, & ſine ulla cautione ſoluta fuiſſe legata: male, ut dixi, quoniam ubi heredi facultas eſt detrahendæ Falcidiæ, ut puta, quum certum eſt & liquidum Falcidiam locum habere, huic cautioni locus non eſt, *l.*3. §. *ſi in plures*, *tit. ſeq.* fruſtra dicit omiſſam cautionem, quæ etiam interponi non potuit: at non fruſtra Papinianus dicit, omiſſam Falcidiam, quæ detrahi potuit. Male etiam Accurſius in contextu legit, *quod primo ac ſecundo anno ſine ulla detractione fuiſſet legatario ſoluta*, & illa verba, *fuiſſet legatario ſoluta*, ſic interpretatur, quod fuiſſet ſoluta ratio, quæ poterat retineri, id eſt, Falcidia, ac ſi Papinianus inepte ſcripſiſſet, ſine detractione Falcidiæ, Falcidiam fuiſſe ſolutam: & ſane rectius Florentini, *fuiſſent legatario ſoluta legata*, ſcilicet primi & ſecundi anni, non *fuiſſet*. Idem Accurſius male & ἀπροσδιονύσως opponit *l.* 1. C. *de fideicom.* quæ ſi hoc diceret, ſolutis integris legatis aut fideicommiſſis quibuſdam annuis, & ſequentium annorum eidem integra legata ſolvi debere, ſane recte opponeretur & nobis faceſſeret negotium, ſed ſine hac adjunctione, *integris*, & *integra*, ait *d. l.* 1. ſolutis uni quibuſdam legatis annuis ſimpliciter, & ſequentium annorum legata eidem ſolvi debere, quaſi approbato judicio defuncti; licet forte ab initio inutilia fuerint: quod non pugnat cum hoc reſponſo, in quo de Falcidiæ ratione agitur. In ea *l.* 1. de Falcidia nihil agitur. Male etiam Antonius Goveanus, qui & proximum ſuperius reſponſum male interpretatus eſt, in hoc reſponſo ponit ſpeciem de legato relicto annua, bima, trima die, *a trois payes*, *dans trois ans*, quod non plura, ſed unum eſt legatum, diviſum tribus penſionibus annuis, *l. Firmio*, §. *ult. quando dies leg. ced.* nec quot ſunt penſiones, tot ſunt legata: denique unius legati penſiones non ſunt legata, ſed partes legati, plura legata annua; & plures penſiones ſunt fateor, ut in *l.* 47. *hoc tit.* quæ promiſcue dicit legata annua, & penſiones annuas; ſed contra plures penſiones non ſemper ſunt plura legata. De pluribus autem legatis agi in hoc §. illa verba manifeſto demonſtrant; *in ceteris annuis legatis*: non ergo de legato relicto annua, bima, trima die, vel etiam quadrima die, & quinto anno, in plures dies annuas penſiones, quanquam, quod notandum eſt, & in legato relicto annua, bima, trima die, quadrima die, quinto anno, ſexto anno, ut opinor, idem juris ſit, ut locum habente lege Falcidia, ſi heres cum poſſet ex omnibus penſionibus Falcidiam ſtatim deducere, *d.l.*3. §. *ſi in plures*, ex quibuſdam ſciens ultro non deduxerit, non ideo poſſit videri & ceterarum penſionum Falcidiam remiſiſſe, Falcidia etiam incerta, nec dum emergente, vel apparente. Dico nihil diſtare legata annua a legato relicto in penſiones plures: nam & prima legata primorum annorum ſolvuntur integra accepta cautione Falcidiæ, de qua in tit. ſeq. ſolvuntur, inquam, integra, interim dum veniat annus, quo contra legem Falcidiam aliquid ultra dodrantem debeatur, & cum is annus venit, retro omnia legata ſingulorum annorum lege Falcidia minuuntur, quod conſtat ex *l.* 1. §. *ſi in annos*, & *l.* 47. & *l.* 73. §. *magna*, *hoc tit.* Nam poſt longum tempus, poſt aliquot annos Falcidiam induci non eſt novum, quæ ante non fuit inducta, *l.* 58. *hoc. tit.* Ita vero & unius legati penſiones primæ integræ ſolvuntur, quum incertum eſt lex Falcidia locum ſit habitura necne, & ex poſtfacto ſi emergat Falcidia, minuuntur, quæ eſt meo judicio ſententia *l.* 32. §. *annua*, *hoc tit.* dum ait, legato relicto annua, bima, trima die, non tantum ex poſterioribus penſionibus, vel annis, quibus ſcilicet emerſit Falcidia, quibus extulit caput, ſed etiam ex ſuperioribus annis, retrorſum legis Falcidiæ rationem haberi, licet ſuperiorum annorum penſiones integræ ſolutæ ſint, quod & ratio ſuadet: & male tamen ille, nondum exiſtente nec emergente Falcidia. In quo caſu, quem ante

A propoſui in annuis legatis, haud perſeverat cum eis conferens legatum relictum annua, bima, trima die, aut ſane delirat: ait, *ultimo anno non expectato nondum emergente Falcidia*, *de omnibus penſionibus eam detrahi*: quod eſt ac ſi diceret, *Falcidiam detrahi ante Falcidiam*, *ante caſum Falcidiæ*. Tunc enim duntaxat non expectatur ultimus annus, & ſtatim ex omnib. legatis vel penſionibus detrahitur Falcidia, quum certum eſt, eam locum habere, *d. l.*3. §. *ſi in plures*, non quum dubitatur, utrum lex Falcidia locum habitura ſit, necne, & tamen cum eſſet incertum, eam locum habere, ſi heres ex quibuſdam legatis vel penſionibus uni debitis non deduxit Falcidiam, non ideo & ex ceteris non debet deducere, ut Papinian. reſpondet hoc loco. Res non carebat dubitatione. Dubitationem enim fa-
B ciebat, quod heres, qui locum habente Falcidia, vel in quibusdam legatis, ea non utitur, eam penitus omiſiſſe & judicium defuncti in totum approbaſſe videatur, quæ dubitatio tanta eſt, ut & in legatis pluribus perſonis relictis, id hodie voluerit Juſtinianus obtinere in *Novel.* 1. Et præterea, quod ille ait, hoc poſito, non etiam conceſſo a nobis, nondum legem Falcidiam emerſiſſe in ſpecie hujus §. nullam eſſe in hoc §. dubitandi cauſam, quaſi primi & ſecundi anni legata interim heres debuerit omnimodo integra perſolvere. Id etiam non placet: quoniam ea res maxime fuit controverſa inter juris auctores; aliis, prima legata interim ſolida ſolvi volentibus, quorum ſententia magis eſt in uſu: aliis volentibus ſtatim ex omnibus legatis Falcidiam detrahi, æſtimatis legatis conditionalibus, quanti venire
C poſſunt, *l.*45. 53. 55. *hoc tit.* Minus etiam placet differentia, quam ſtatuit inter res & ſummas plures uni legatas, ut quibusdam rebus ſolutis ſine detractione, ex reliquis Falcidia ſervetur per retentionem, etiam pro iis, quæ jam ſolutæ ſunt: ex ſummis autem, per actionem, non animadvertit, quod ad effectum attinet (*quant a la maniere de proceder*, *il y a difference.*) nihil intereſſe ipſo jure per actionem fiat aliquid, an per exceptionem, *l. nihil intereſt*, *de regul. juris*: non animadvertit etiam jure iſto regulariter Falcidiam detrahi ex legatis quibuſcunque per retentionem tantum, non per actionem, niſi ſi quæ res ſint in legatis, quæ jam apud legatarium fuerint mortis tempore, ut in ſpecie leg. *lineam hoc tit.* de linea margaritorum, tracta ſerie margaritorum, linea divite, ut Martialis loquitur, quæ jam erat apud lega-
D tarium: contra in donationibus cauſa mortis regulariter Falcidiam ſervari per actionem, niſi ſi quæ res donatæ apud defunctum vel heredem fuerunt, ut in §. *prox. ſupr.* Et poſtremo male etiam idem ſtatuit hoc velle Papin. in hoc §. *ex poſterioribus legatis*, *quæ Falcidiæ dant cauſam*, *etiam pro ſuperioribus quæ integra ſoluta ſunt*, *Falcidiam retineri*. Quod Papinian. non dicit, nec dici poteſt indiſtincte, ut initio oſtendi, id eſt, non niſi conſtet animum non fuiſſe omittendæ Falcidiæ heredi, qui ſuperiora legata ſolvit integra, & voluit tantum Papinianus definire, quod etiam eſt primum, an pro rata poſteriorum legatorum poſſet retineri Falcidia; an poſteriora legata poſſent revocari ad exemplum priorum, quæ integra ſoluta ſunt, non etiam an ex poſterioribus legatis, & pro rata priorum detrahi Falcidia poſſet. Et
E hæc ſunt quæ in eum §. dicenda erant.

Ad §. quod Avus.

Quod avus ex cauſa tutelæ nepoti debuit, cum avo nepos ſolus heres extitiſſet, ratio Falcidiæ ſi poneretur, in ære alieno bonis deducendum reſpondi: nec ad rem pertinere, quod heredem avus idemque tutor rogaverat, ut ſi ſine liberis ante certam ætatem decederet, tam hereditaria quam propria bona reſtitueret: non enim ex hoc hereditatem debito compenſatam videri: cum vel ideo maxime declaretur non eſſe compenſationem factam, quoniam heredem ſuum habere propria bona defunctus oſtendit. Plane ſi conditio fideicommiſſi fuerit impleta, fructus hereditatis poſt mortem avi perce-

percapti, pari pecunia debito tutelæ compensabuntur, sed quartam heres nepotis de bonis duntaxat, quæ moriens avus reliquit retinebit.

QUartum responsum est in §. *quod avus*, in quo proponitur species hujusmodi: Avus, qui nepoti debuit mille ex administratione tutelæ, nepotem heredem instituit ex asse, & non oneravit quidem legatis, ut vulgo fingunt, sed rogavit tantum, ut si sine liberis intra xxv. ætatis annum vita decederet, L.Titio hereditatem avi, atque etiam bona propria omnia restitueret. Quod ad bona avi attinet, fideicommissum valet: quod ad bona propria heredis, fideicommissum non valet, *l. coheredi §.quod si heredem, de vulg.substit.*in illo loco: *nec fideicommisso propriæ facultates filii heredis instituti tenebuntur, & l.5. cum filiusfam.l. miles ita, §.extran. sup.de milit. testam.l.precibus, in fi,C. de imp. & aliis substit.* quia non potest testator heredem suum onerare per fideicommissum supra id quod ei dedit: in suis bonis potest eum onerare fideicommisso, non in bonis heredis propriis: fac vero nepotem medio tempore, id est, post mortem avi, & ante diem fideicommissi cedentem adita hereditate, ex ea fructus percepisse, & post diem fideicommissi cessisse impleta conditione fideicommissi, id est, nepote mortuo sine liberis intra xxv. annum: Si habeatur ratio legis Falcidiæ inter heredem nepotis, & L.Titium, qui fideicommissum petit, videtur heres nepotis duplici deductione uti posse, Primum, ut bonis avi deducat, quod avus nepoti debuit ex causa tutelæ, id est, mille. Nam in ponenda ratione legis Falcidiæ, id est, in computando onere æris alieni, & quantitate bonorum, quæ deducto ære alieno supersunt, & onere fideicommissi, constat ante omnia bonis deduci omne æs alienum defuncti, & cum creditor debitori heres extitit, etiam quod defunctus heredi debuit, quia etsi aditione confusa sit obligatio & actio, retentio tamen & deductio debiti, non est interclusa vel interempta, *l. qui fundum, §. si quis heredem.hoc tit. l.6. & 8. C. eod. tit. l.un. §. igitur, C. de rei uxor. act.* Ergo in specie proposita heres nepotis potest deducere ex bonis avi, quod avus nepoti debuit, quod initio hujus §.proponitur, & eo deducto, deinde ex residuo bonorum avi potest deducere Falcidiam. Ergo duplici deductione utitur. Dices, non posse debitum tutelæ deduci bonis, quia debito tutelari, inquies, Falcidia compensatur, quam ex bonis avi jure hereditario capit nepos vel heres ejus. Dicam Falcidiam nunquam debito compensari, nisi ex manifesta voluntate defuncti, ut in §.*seq.* & in *l.18. hoc tit.l.mulier, §.si heres, l.in fideicommissaria, l.deducta, §.ante, inf.ad Trebell.* At in hac specie non est manifesta voluntas testatoris, qui voluerit Falcidiam debito compensari, id est, non liquet hoc voluisse testatorem, certe hoc non cavit nominatim. Non deerat, qui diceret, voluisse avum Falcidiam compensari, nec deduci bonis, hoc argumento, qui & bona propria nepotis, quæ ipse administrarat ut tutor, simul atque bona hereditaria jusserit nepotem L. Titio restituere, quasi facta confusione utrorumque bonorum. Verum Papinianus idem argumentum in illum retorquet valentius, dicens vel eo maxime avum voluisse videri, ut bonis suis hereditariis nepos propria deduceret, atque adeo debitum proprium, nec hereditatem suam, hereditatisve suæ Falcidiam debito compensaret. Quod rogando nepotem, ut tam hereditaria quam propria bona restitueret, ostenderit, nepotem habere bona propria separata a bonis hereditariis, proinde nepotem ea bona in separato habiturum & deducturum bonis avi, & debitum tutelæ igitur. Nam & quod ei debetur, proprium ejus est, *l.79. de leg.2.* Sic igitur concludamus: in ponenda ratione legis Falcidiæ ante omnia deduci æs alienum quod avus ex causa tutelæ debuit nepoti heredi suo. Sed huic conclusioni tamen addamus hunc modum, sive hanc exceptionem, ut si fructus a nepote medio tempore percepti ex bonis avi sufficiant debito tutelari, tunc nepos bonis avi illud debitum non deducat, sed fructus cum illo debito compenset, ut Papinianus ait hoc loco. Atque etiam idem Papinianus in *l. cum pater 77. §. Titio, de legat. 2.* etiam fructus ait cum debito compensari pari pecunia, id est, pro modo concurrentis quantitatis, ita scilicet, ut si in fructibus fuerint mille, vel plusquam mille, avitis bonis ob debitum tutelæ nihil deducatur: sin autem plus sit in debito tutelæ, quam in fructibus, quos interim percipit, quemadmodum hoc loco proprie esse ponendam speciem ex ea conjicio, quod de fructibus etiam computandis in Falcidiam nihil Papinianus scribit, tum id quod plus est in debito tutelari, sane deducit heres nepotis bonis avi: deinde ex iisdem bonis avi, quæ habuit avus mortis tempore, juxta definitionem *l.in quantitate, hoc tit.*deducit Falcidiam: ex bonis avi, inquam, non ex bonis propriis nepotis, quia bona tantum avi, non bona nepotis fideicommisso tenentur. Quam rationem, quæ verissima est, solus Albericus hoc loco attingit. Et hæc est sincera interpretatio hujus responsi, quæ neque addit ei, neque aufert quidquam. Verum ad hæc si quæras, an si fructus medii temporis non tantum debito, sed etiam Falcidiæ sufficiant in totum vel in partem aliquam, etiam debeat nepos, aut heres nepotis fructus imputare in ratione Falcidiæ, sibique acceptam facere Falcidiam; si compensatis debito fructibus tantum supersit adhuc ex fructibus, quantum Falcidiæ satis est, vel pro modo superfluorum fructuum? Dicam certissimum esse fructus ex hereditate medio tempore perceptos, quia percipiuntur ex judicio defuncti, in Falcidiam & Falcidiæ fructus imputari, ut §.*fructus, inf. & l. 18. hoc tit. & l.si mulier, §.si heres, & l. in fideicommissariam, ad Trebell. & l.deducta, §.ante, eod.*quas supra adduxi, non suo loco: Nam erant tantum hoc loco adducendæ, ut ex eis probaremus, fructus medio tempore perceptos imputari in Falcidiam & Falcidiæ fructus. Uno tantum idoneo argumento possit quis tentare, nepotem in Falcidiam hodie fructus non imputare, quia nepoti ea Falcidia debetur vice quartæ legitimæ portionis, quæ etiam dicitur debitum bonorum subsidium, *l. si totas, C. de inoffic.donat,*quam Justinianus ait in *l.scimus, §.repletionem, C. de inoffic. testam.* sumi & repleri directo ex substantia ipsa, & hereditate testatoris, non ex adventitio lucro, veluti ex substitutione, vel ex jure adcrescendi, puta, usufructus, inquit Justinianus in *d.§. repletionem, ex jure adscrescendi usufructus.* Igitur si forte exheredato, cui legatus est fundus, usufructus obvenerit jure adcrescendi, quod explicandum est ex *l.3. §.ult. sup.de usufr. adcresc.* Nam usufructus, qui ad proprietatem redit ex consolidatione, non jure adcrescendi, videtur esse ex ipsa substantia testatoris, quia redit sine novo jure, sponte, naturaque sua. Et de jure adscrescendi ususfructus loquitur in eo §. *repletionem*, non de jure adcrescendæ hereditatis, quia filius exheredatus proponitur, non de jure adcrescendi legati, quia collegatarium habuisse non proponitur; quæ interpretatio maxime notanda est; si autem ex substitutione vel ex jure adscrescendi, vel in summa ex alio quocunque adventitio lucro, non est replenda quarta legitimæ portionis; ergo nec ex perceptione fructuum medii temporis, qui etiam adventitii sunt, nec directo ex ipsa hereditate proficiscuntur, *l. in fideicommissariam, §.1, inf. ad Trebell.* Et tamen nos dicimus, nepotem fructus medii temporis imputare in Falcidiam, quod quid aliud est, quam ex fructibus replere Falcidiam, quæ vicem obtinet in nepote legitimæ portionis: at ut respondeamus, constitutio illa Justiniani non de nepote loquitur, sed de filio aut filiis. In filio autem speciale hoc est ex constitutione Zenonis, ut fructus medii temporis non imputet in Falcidiam, *l. jubemus, C. ad Trebell.* & hoc amplius ex constit. illa Justiniani, ut nec alia ulla adventitia lucra imputet in Falcidiam. Et ita *l. scimus*, locum habet tantum in filiis, de quibus solis etiam loquitur, & patre, non in ceteris liberis. Quin etiam filios iis consequens & vero consentaneum est, fructus non imputare in debitum, quod pater eis debuit, vel non compensare cum alio quocunque debi-

debito, quod & hic Paulus Castrensis tradit.

Postremo quærit Accursius hoc loco si fructibus medio tempore perceptis ex bonis avi compensatis cum debito, & imputatis in Falcidiam: quid vero interest, inter *compensare*, *& imputare*? Quos imputo in Falcidiam meam Falcidiam voco: quos compenso cum debito, meum debitum non voco: *in*, substitutionem significat: *cum*, retributionem: si, inquam, fructibus medio tempore perceptis, compensatis cum debito, & imputatis in Falcidiam, tantum adhuc supersit ex fructibus, quantum est in bonis propriis heredis; an etiam bona propria veniunt in restitutionem fideicommissi, vel si minus sit in fructibus qui supersunt, an pro modo superfluorum fructuum bona propria in fideicommissi restitutionem veniunt? Hæc est quæstio Accursii, ad quam respondet tum hoc loco, tum in *l.coheredi*, *§. quod si heredem*, *de vulg.substit.* hoc casu etiam bona propria cadere in fideicommissum: & ab Accursio una tantum lex est, quæ facere videatur, *l. Imperator*, *§. pen. de leg.2.* Quæ, ut breviter speciem ponam, loquitur de herede instituto ex semisse, verbi gratia, & rogato post certum tempus, vel post mortem suam, ut ait, coheredi restituere tertiam partem bonorum propriorum, & ait, eum fideicommisso obligari, etiamsi plus sit in ea portione tertia, quam in semisse, si modo fructus medio tempore percepti ex semisse suppleant id, quod plus est in triente. At ea lege nihil movemur, quia in illa specie heres partem tantum bonorum propriorum restituere jubetur, in hac specie omnia bona propria. Item in illa heres non rogatur restituere etiam bona hereditaria: in hac rogatur etiam bona hereditaria restituere, nimirum oneratur heres: Et si ob causam fructuum medio tempore perceptorum ex bonis hereditariis, intelligat ex sententia Jurisconsultorum etiam in propriis fructibus fideicommissum consistere, utique maluerit heres repudiare hereditatem, & intestatum facere testatorem (quod & plerique heredes faciebant, ante legem Falcidiam, ut est in *Instit.* nolentes pro nullo aut minimo lucro adire hereditatem) & hic etiam nolit heres sub incerto & temporario fructuum proventu, adita hereditate omnia sua bona, tam propria quam hereditaria in periculum deducere extraneo restituendi jure fideicommissi. Melius igitur esse, & verius in specie proposita constituere fideicommissum, quod ab initio non constitit in bonis propriis heredis, nec ex post facto convalescere, etiam si fructuum quantitas præter debitum & Falcidiam adæquarit etiam bona propria, alioquin exuetur heres tam hereditariis, ex quibus neque debitum deduxit, neque Falcidiam, ut ostendimus, quam bonis propriis, & quodammodo ei erepta illo testamento videtur testandi facultas, quod perdurum est. Et in hoc responso nihil est præterea.

Ad §. Cum fideicommissum.

Cum fideicommissum ex voluntate matris, a patre moriente debitum filio pater cum hereditate sua, quam in filium conferebat, compensari voluit: quod filio debetur, si ratio Falcidiæ poni cœperit, fini quadrantis, quem ex bonis patris cum effectu percepit, compensabitur, atque ita superfluum æris alieni dodranti tantum detrahetur.

VEnio ad interpretationem §. *cum fideicommissum.* Falcidiam, quam in superiori specie §. *quod avus*, diximus non compensari debito, id est, cum eo, quod testator heredi debuit, quod eam fuisse voluntatem testatoris liquido non appareat: in specie h.§. contra dicimus, quia voluntas testatoris manifesta est, Falcidiam debito compensari. Species hæc est. Uxor maritum heredem instituit, & rogavit, quum moreretur filio communi hereditatem restituere: pater filio herede instituto voluit, & cavit hereditatem suam compensari debito fideicommissariæ hereditatis uxoris; quod moriens filio debiturus est, eundemque filium oneravit legatis, ita ut

A lex Falcidia interveniat in ponenda ratione legis Falcidiæ officio judicis (nam & judex dicitur in *l.cum Titio*, *hoc tit.*) vel officio arbitri, qui dari solet ad ineundam, & computandam rationem legis Falcidiæ, *l.1. §. cum dicitur*, *tit. sequ.* servabitur voluntas defuncti, & ratione doli exceptionis, ut ait *l.12. hoc tit.* quæ scilicet heredi volenti debitum legatariis reputare, opponi potest, quia facit contra voluntatem testatoris, juxta *l. apud Celsum*, *§. præterea*, *de doli except.* vel potius, quia exceptio doli suppletur officio arbitri, si omissa sit a legatariis, quasi tacite huic negotio insit, ut in *l. unum ex familia*, *§. sed si uno*, *de leg.2.* Ratione, inquam doli exceptionis, & tacitæ compensationis, quæ inducetur officio arbitri, hereditatis cum debito compensatio fiet, atque ita debitum bonis B paternis non deducetur, nec reputabitur legatariis, ut *d. l. 12. & l.cum pater*, *§. Titio*, *in secunda parte*, *de leg.2. & l. Lucius*, *§.maritus*, *inf. ad Treb.* Compensatio autem fiet, ut Papinianus ait hoc loco, *fini quadrantis*, hoc est, *Falcidiæ, quam ex hereditate patris filius cum effectu percipit*: sicut in superiore §. dixit, fructus debito compensari *pari pecunia*, id est, fini quantitatis fructuum. Ergo si in Falcidia plus, vel tantum sit, quantum in debito fideicommissi in ponenda ratione legis Falcidiæ, debitum filius non deducet, non detrahet bonis patris, si plus sit in debito fideicommissi, superfluum dodranti dedu[illegible], & quod inde restabit solum præstabit legatariis: [illegible]ac, in bonis patris esse quadringenta, in debito 100. filius jure Falcidiæ deducet centum, jure crediti nihil, quia creditum Falcidia compensat: si non com- C pensaret, deduceret 175. 100. jure debiti. 75. jure Falcidiæ ex trecentis. Et hæc est sententia hujus §. Nihil admodum refert, dixerit testator velle se debitum hereditate sua compensari, an nolle se debitum legatariis reputari, ut *d. l.21.* Nam quocunque judicio voluntatis eam compensationem ad finem Falcidiæ fieri subindicat, §. *quod avus*. Indicium autem est satis apertum, si vetuerit testator debitum legatariis reputari. Quid enim est hoc aliud, quam vetare debitum retineri & detrahi suis bonis? & iniquum, atque ineptum est dicere, si vetuerit debitum legatariis reputari, tum quantulamcunque Falcidiam compensationi sufficere: nam omnis compensatio fit semper ad finem concurrentis quantitatis, paris quantitatis duntaxat, *l. cum alter*, *sup. de comp. l. 4.Cod.eodem*, nec unquam major summa compensata est D minori; nisi quoad concurrentem quantitatem. Igitur, & vetito herede legatariis debitum reputare, si in bonis fuerint 400. in debito 150. dicam centum compensari cum Falcidia, quæ ex bonis cum effectu apud heredem remansura est, residua autem 50. dodranti detrahi. Ait autem Papinian. *Falcidiam cum effectu ex hereditate percipi*, quia ab herede jure perpetuo retinetur, & post multum tempus detrahi potest, *l. 58. h. tit.* nec avelli ei ulla ratione potest: dodrans etiam percipitur ab herede, sed non cum re, non cum effectu, quia præstari eum & erogari legatariis oportet. Ratio autem dubitandi in specie proposita hoc loco hæc erat: quia pater, qui Falcidiam debito compensari jubet, quodammodo fraudem facit legi Falcidiæ: quo argumento? quia si tantum sit in debito, quantum in Fal- E cidia, heres Falcidiam retinere non videtur, quia quod Falcidiæ nomine retinet, jam ante ei debebatur: & tamen receptum est hac in re, lege potiorem potentioremque esse voluntatem testatoris, quæ tamen alias consulta opera Falcidiam minuere, vel auferre non potuit ante Justinianum, ut in *§.1. & ult.h.l.* nempe, quia præsumimus fraudandæ legis animum non habuisse patrem, qui eam compensationem indixit. Et hoc existente casu, tutius erit utiliusque filio, ut idem Papin. suadet in *d.l.cum pater*, *§. Titio*, repudiato testamento patris, si ab intestato hereditatem patris possederit. Quod citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti*, facere potest, cum id non faciat, ut eos circumscribat, quibus quid ex testamento deberi potuit, si repudiatum non fuisset, sed ut fraudem a se propulset, atque propellat, *d.*

A §. *Titio*. Potest autem hodie tentari argumento eorum, quæ favore filiorum constituta sunt in *l. jubemus*, *C. ad Trebell. & l. scimus*, *C. de inoff. testam.* qua de re diximus ante, ut scilicet fructus medio tempore perceptos, vel alia adventitia lucra filii non imputent in Falcidiam, tametsi id jusserit pater, ita nec filios invitos, etiamsi hoc jusserit pater, debito Falcidiam debere compensare, quæ locum obtinet quadrantis legitimæ portionis, quæ vulgo dicitur deberi jure naturæ. Sicut & Paulus Castrensis in *superiore*. §. dixit, non sine ratione, nec cum alio debito filios compensare fructus medio tempore perceptos, quod omnimodo constitutiones filiorum lucro cedere volunt: neque enim lucrari viderentur, quod cum suo debito compensare cogerentur. Et illud etiam, quod posse tentari supra dixi, audet Accursius affirmare prima, tertiaque interpretatione ad hunc §. illud ipsum B hunc §. velle, ut scilicet invito & vetante patre filius debitum bonis paternis deducat, nec compenset cum Falcidia: sed merito ab omnibus explosa utraque interpretatio est. Alia ratio dubitandi ad hunc §. perperam adsumitur ex *l. 14. hoc tit.* quod dicat, frustra jubere patrem Falcidiam cum dote compensare filiam heredem institutam, quia in specie dictæ *l. 14.* non dotem pater, quam ipse debuit filiæ, jubet compensari, sed quam maritus debuit filiæ, quod jussum inutile est: non possum inducere compensationem ejus, quod non ipse [illegible]eo, sed alius, sicut nec ejus, quod non mihi debetur, sed alii, *l. ejus C. de compens.* Et nihil amplius est in hoc §. Sequitur §. *ex donationibus*, qui erit brevissimus.

Ad §. Ex donationibus. C

Ex donationibus in uxorem collatis, quod heres ejus reddere viro cogitur, in bonis mulieris non erit: nam ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur: quod autem heres inde minuit, viro non perit.

QUia in ponenda ratione legis Falcidiæ per arbitrum legis Falcidiæ bonorum quantitas æstimatur, monet nos Papinianus in hoc §. in bonis defuncti non esse, quod defunctus vel heres ejus alii reddere debet, id enim æri alieno connumeratur, quod in primis bonis detrahi oportet. Et ideo in bonis defunctæ uxoris non esse res a viro, qui uxori supervixit, ei donatas, quia heres uxoris viro eas reddere debet, propterea quod donatio non valet, & cogi potest, ut reddat condictione sine D causa, vel ex injusta causa, non quidem, ut eas reddat in solidum, sed eatenus, quatenus uxor ex donatione locupletior facta est *l. si sponsus*, §. *ult. & l. seq. sup. de donat. inter vir. & uxor.* Ratio dubitandi hæc erat, quam objiciebant legatarii heredi uxoris, volenti deducere bonis, quod a viro uxori donatum viro restituere debet, quia, hæc erat ratio, qua legatarii utebantur, æs alienum ideo deducitur, quod tanto pauperior videatur defunctus fuisse. At ex donatione uxorem factam esse locupletiorem: alioquin, si non esset facta locupletior, donatio valeret, nec revocari posset condictione sine causa, ut puta, si donata mulier male consumpsisset, *d. l. si sponsus*, §. *pen.* consumptione hujusmodi donatio convalescit & confirmatur. Quod si facta est locupletior, non pauperior igitur: & si non pauperior, ergo E in ære alieno, bonis donatio deducenda non est: laudanda est ea ratio, ut subtilis, fugienda, ut minus subtilis, quoniam ut eleganter ait Papinianus, *uxor ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur*, quia condici ei potest revocata donatione, quasi dicat, his opibus a viro in se collatis, uxorem inopem esse, & heredi ejus abesse videri id in quo viro obligata est, *l. si quis mandato*, *de negot. gest.* Reddere autem heres uxoris debet res pecuniasve donatas uxori & consumptas. Nam extantes vindicari possunt, non in solidum, sed in quantum uxor locupletior ex eis facta est, *d. l. si sponsus*, §. *ult. l. de his*, *C. de donat. int. vir.* ut si donata sint uxori centum, & uxor LX. solverit creditori suo atque ita se pœna, vel usuris liberavit, alia XL. male consumpserit. LX. quæ versa sunt in rem uxoris, quibusve uxor intelligitur facta locupletior esse, viro restitui oportet, non XL. ea enim viro quasi domino pereunt, *l. id quod donatum*, *eodem tit.* Præterea reddere heres uxoris debet quodcunque ex rebus donatis ipse consumpsit bene vel male. Nam consumpta ab herede post mortem uxoris nullo modo pereunt viro, quia vir heredi donatum noluit. Et hoc est, quod ait in fine hujus §. *Quod autem heres inde minuit*, id est, consumpsit bene vel male, *viro non perit*.

Ad §. Fructus.

Fructus prædiorum sub conditione verbis fideicommissi relictos, in causa fideicommissi non deductos, heres in ratione Falcidiæ sic accepto facere sibi cogitur, ut quartam, & quartæ fructus ex die mortis, bonorum quæ mortis tempore fuerunt, habeat, nec ad rem pertinet, quando Falcidia lex admissa sit. Nam etsi maxime post impletam conditionem fideicommissum locum habere cœpit, tamen ex die mortis fructus quadrantis apud heredem relinqui necesse est.

INitio hujus §. in vulgaribus & in Florentinis Pandectis ita scriptum est: *fructus prediorum sub conditione relictos*, cum sit legendum, *fructus prædiorum sub conditione relictorum*. *Relictorum*, non *relictos*, ut in Basilic. *οἱ καρποὶ τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντος ἀγροῦ*. Et in Cyrilli interpretatione, *οἱ καρποὶ τῶν ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντων ἀγρῶν*: *fructus prædiorum sub conditione relictorum*. Et ita etiam legunt Albericus & Imola, & nihil est evidentius. Species autem & sententia hujus responsi hæc est: Testator ab herede instituto multa prædia Lucio Titio sub conditione per fideicommissum reliquit: heres medio tempore, id est, post mortem testatoris, & ante diem legati cedentem, sive pendente conditione fideicommissi fructus percepit: post impletam conditionem fideicommissorum si intervenerit lex Falcidia, Papinianus ait, heredem fructus medio tempore perceptos imputare in Falcidiam & Falcidiæ fructus, quod est verissimum, *l. 18.* §. *ultim. hoc tit. l. qui 400.* §. *ultim. hoc tit.* Et in hoc titulo plures alii sunt loci, quibus id manifestum sit, *l. Papinianus* §. *unde*, *de inoffic. testam l. mulier*, §. *si heres*, *inf. ad Trebellian.* fructus autem omnes, quos heres medio tempore percipit, id est, pendente conditione fideicommissorum, quasi jure hereditario percepti, imputat in Falcidiam & Falcidiæ fructus, præterquam eos, qui maturi erant mortis testatoris tempore, qui quasi pars prædiorum veniunt in restitutionem fideicommissi, *l. 9. h. tit.* Regula igitur hæc sit: ceteros omnes fructus, quos heres percepit pendente conditione fideicommissorum imputari in Falcidiam, & Falcidiæ fructus, quoniam omnimodo heres debet habere salvam quartam partem hereditatis, & quartæ partis fructus, quartam, inquam, salvam & illibatam: cujus regulæ duæ sunt exceptiones. Una hæc est, si filius heres institutus sit. Nam, ut ante dixi, fructus filius non imputat in Falcidiam, nec restituit fideicommissario, *l. jubemus*, *C. ad Trebell.* Est beneficium Zenonis Imperatoris, quod solis filiis datur, non aliis liberis. Altera exceptio hæc est: si specialiter rogatus fuerit fructus restituere medii temporis, *l. in fideicommissariam*, *ad Trebell.* qua de causa in hoc §. ponitur, fructus non fuisse deductos in causam fideicommissi, non imputarentur heredi in Falcidiam, sed in fideicommissi restitutionem venirent, non tantum percepti post impletam conditionem fideicommissorum, sed etiam percepti pendente conditione. Nam cum de iis sit regula superior, & exceptiones ei subjectas de iisdem esse necesse est: quod tamen quidam imprudenter negavit: & quod attinet ad fructus Falcidiæ, in quos imputari dixit fructus ex prædiis sub conditione per fideicommissum relictis medio tempore perceptos: ait, nihil interesse, quo tempore lex Falcidia emergere & locum habere cœperit, quia non ex eo die tantum, quo Falcidia locum habere cœpit, sed etiam retro fructus Falcidiæ heredi debentur, puta, ex die mortis testatoris, quia & retro Falcidia cœpisse intelli-

telligitur: fac, post impletam conditionem fideicommissorum Falcidiam emersisse, non ex eo die tantum Falcidiæ fructus heredi debentur, sed & retro ex die mortis testatoris, quia quasi retro acta conditione fideicommissorum, & retro Falcidia trahitur, & recurrit ad tempus mortis testatoris: *fideicommissum*, scriptum est in Florentinis pro *fideicommissorum*, κατὰ συγκοπὴν, ut in *l.19. de heredit. instit. pretium* pro *pretiorum*, & ait, *fideicommissorum*, quia quot prædia relicta sunt, tot sunt fideicommissa, *l.5. de leg.2.* Hæc est sententia h.§. Ei tantum videtur obstare *l.30. & 73. inf. hoc tit.* cum ait, *fructus perceptos post mortem testatoris ad lucrum heredis pertinere*: nam ex eo recte colliges heredem igitur fructus non imputare in Falcidiam. Verum ut respondeam, illæ leges non loquuntur de fructibus legatorum aut fideicommissorum ex die, vel sub conditione relictorum, qui medio tempore ab herede percipiuntur, quos constat interveniente Falcidia, in Falcidiam imputari, sed loquuntur de aliis fructibus rerum hereditariarum, non legatarum, vel etiam de fructibus legatorum sub conditione relictorum, qui pari quantitate facta imputatione in Falcidiam, supersunt, quos omnes constat heredis lucro cedere, nec imputari in Falcidiam, nec proficere legatariis, sive non augere hereditatem, quia in bonis mortis tempore non fuerunt, quod solum tempus spectari visum est in exquirenda quantitate bonorum, *d. l.73.* Ineptissimus autem est Accursius, qui scribit hoc loco, in Falcidiam imputari fructus satos mortis testatoris tempore: postea satos non imputari, quia certo certius est, satos mortis tempore, si & maturi erant hereditati imputari, *l.9. sup. hoc tit.* hereditatem augere. Immaturos autem vel satos post mortem, & perceptos ex fideicommissis conditionalibus, vel in diem, cum ea fideicommissa Falcidiæ subjiciantur, Falcidiæ imputari. Sequitur §. penultimus.

Ad §. Fideicommissum.

Fideicommissum portionis supplendæ gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum ratione Falcidiæ minuitur. Et eam pecuniam mater supra quartam portionis suæ percipiet.

Filius matrem heredem instituit ex minori parte quam efficiat quarta legitimæ portionis, quæ dicitur vulgo deberi jure naturali, adiecto matri coherede: & quia portio illa, quam adscripsit matri, non implebat portionem legitimam, ideo supplendæ legitimæ, & debitæ portionis causa, ut in Basil. εἰς ἀναπλήρωσιν τῆς κεχρεωστημένης καὶ νομίμης μοίρας, *implendæ debitæ & legitimæ portionis gratia*, matri etiam verbis fideicommissi, ut impleret ei legitimam, fundum prælegavit. Ita sunt accipienda illa verba, *supplendæ portionis gratia*: nam absurda est glossæ interpretatio, *supplendæ*, id est, augendæ portionis hereditariæ gratia: fundum autem illum mater partim jure hereditario capit a seipsa, pro modo portionis sibi adscriptæ, partim a coherede jure fideicommissi. Hoc est jus prælegati, hæc conditio seu natura prælegati, ut diverso jure capiatur, *l. cum qui, §. pen. de iis, quibus ut indig.* Facito, coheredi matris competere beneficium legis Falcidiæ: competere etiam matri. In singulis heredibus separatim poni rationem legis Falcidiæ certissimum est, *l. in singulis, inf. hoc tit.* Verum quæritur, an etiam coheres possit detrahere Falcidiam ex parte fideicommissi matri relicti, quam á coherede mater accipit jure fideicommissi? Et respondet, detrahere posse: recte, quia & prælegata Falcidiæ subjiciuntur, *l. qui non militabat, sup. de hered. instit. l. a coherede, Cod. ad leg. Falcid.* Quod autem ex ea parte, detracta Falcidia a coherede superest, rursus quæritur, an mater id debeat imputare in Falcidiam; si & ipsa in parte hereditatis sibi relicta Falcidia uti velit? Et ait non imputari quod superest ex ea parte in Falcidiam sibi competentem, nimirum, quia jure fideicommissi id capit, & in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ jure legati, vel fideicommissi, vel alio jure, *l. Nesennius, & l. quod autem, & seq. & l. in quartam, hoc tit.* Quod jam pridem ostendi esse verum in quacunque Falcidia, non ea tantum, quæ directo detrahitur, sed etiam in ea, quæ trahitur ex fideicommissaria hereditate, ex Senatusconsulto Pegasiano, & hodie Trebelliano. Nam & in hanc ea tantum imputantur, quæ jure hereditario capiuntur, quod ostendit Observatio 8. Et quod ait vexata illa lex 1. *de leg. 1. per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, non in omnibus dicit esse exæquata, sed id scripsit Ulpianus, cum ostendere vellet, exæquata esse legata fideicommissis in imputatione Falcidiæ, non in omnibus causis: & *fideicommissis* dixit, generaliter comprehendens tam fideicommissa hereditatum, quam fideicommissa pecuniarum, hac sententia, ut quæ imputantur in Falcidiam, quæ detrahitur legatis, ea etiam & quidem sola imputentur in Falcidiam, quæ detrahitur ex quibuscunque fideicommissis. At non omittendum est, in quartam legitimæ portionis, quam dicunt deberi jure naturæ, quæ scilicet excludit querelam inofficiosi testamenti, imputari etiam ea, quæ jure legati vel fideicommissi capiuntur, *§. ultim. Institut. de inoffic. testam.* Quamobrem & in hoc §. ultim. ponitur, *supplendæ ejus quartæ gratia fideicommissum relinqui*. Idque aliquando etiam Justinianus ipse probavit, sed mutavit tamen ad extremum in *Novella* 115. & in eam quartam ea tantum imputari vult, quæ jure hereditario capiuntur, sive titulo institutionis, quod idem est. Ceterum, quia in Falcidiam, quam mater ex legatis a se relictis retinere desiderat, non imputat, ut diximus, id quod a coherede capit jure prælegati, ideo Papinianus ait, eam pecuniam, quam scilicet a coherede consequitur jure fideicommissi, matrem habituram supra quartam, id est, supra Falcidiam suæ portionis, ut in *l. filium quem, Cod. famil. ercisc.* Id habens, inquit, *supra quartam*; id est, id neque imputans in quartam, neque compensans cum quarta, & in *l. in quartam, hoc tit. extra quartam*, id est, quod a coherede accipitur, non imputatur in Falcidiam, id est, in quartam Falcidianam. Restat §. ultimus.

Ad §. Ultimum.

Quarta, quæ per l. Falcidiam retinetur, æstimatione, quam testator fecit, non magis minui potest, quam auferri.

In ponenda ratione legis Falcidiæ apud arbitrum Falcidiæ, bona, quæ moriens testator reliquit, æstimantur vero & præsenti pretio, *l. 42. 62. & l. sequ. inf. hoc tit.* Vero, inquam, pretio, id est, non formali pretio, ut ait *l. 62.* id est, non impostitio pretio, quod quisquam fecerit pro libidine, vel affectione sua. Basil. formale pretium vocant, τετυπωμένην διατίμησιν, id est, *formalem æstimationem*, quam scilicet format & fingit sibi quisque, non inspecta vera facultate & dignitate rei. Non ergo etiam æstimanda sunt bona pretio, quod fecerit ipse testator, æstimato forte suo patrimonio trecentis, quod in veritate dignum est quadringentis, quam æstimationem, si sequeremur, Falcidia minueretur heredi: vel patrimonio, quod erat quadringentorum, æstimato octingentis, quam æstimationem si sequeremur, Falcidia prorsus auferretur heredi & absumeretur: at hujus æstimationis ratio non habetur in ponenda Falcidia, *l. si fundum, §. si libertus, sup. de leg. 1.* sicut nec in aliis causis, *l. 1. C. arbit. tut.* Ergo æstimatio testatoris Falcidiam neque minuit, neque aufert. Nec post Novellam Justiniani, quæ dat potestatem testatori interdicendæ Falcidiæ, hodie dicam æstimatione a testatore sui patrimonii facta, non statim interpretabor, voluisse eum ob id prohibere Falcidiam: quod vel pluris, vel minoris bona æstimaverit, non dicam eum voluisse derogare l. Falcidiæ, quia falli potuit in æstimandis suis bonis, nec duci studio abrogandæ Falcidiæ. Qua in re hallucinatur Accursius

cursius hoc loco, dum ait, *ex ea Novella, hodie æstimatione patrimonii facta, Falcidiam abrogari*; quia hoc voluisse testatorem ex sola æstimatione, quam fecit, non ducitur idoneum argumentum. Et hic est finis hujus legis.

Ad L. Ult. de Obseq. parent. vel patr. præst.

Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronæ voluntatem utitur.

CErtum est, libertis datam libertatem rescindi, libertis redactis in servitutem, si ingrati fuerint erga patronos, id est, si violaverint obsequia debita patronis: Qua de causa & sub hoc titulo *de obseq. præst. patr.* tractatur de libertis, quos patroni accusant ut ingratos revocandæ manumissionis causa, *l. 3. & 4.* & hoc loco, cujus accusationis exitus & effectus est, servitus, capitis deminutio maxima liberti, *§. 1. Instit. de cap. dem.* & vel levis offensa sufficit, levis causa ingratitudinis, *l. 2. C. de lib. & eorum lib.* At nulla est causa offensæ, ne levis quidem, si libertus artem quam novit, quaque tolerat & tuetur se vitamque suam, exerceat invito patrono, si vetanti patrono ne eam exerceat, morem non gerat, veluti artem medicinæ, vel negotiationem aliquam licitam, quia nec jure eum patronus prohibet ab arte vel negotiatione licita, *l. 2. l. quæro, sup. tit. prox. l. 45. inf. tit. prox.* & si forte prohibeat patronus, veluti ne libertus medicinam faciat, qui medicinæ peritus est, forte quod & ipse patronus medicus sit, ductus æmulatione quadam, vel lucri studio, ut multo plures haberet sibi imperantes medicinæ gratia, si inquam, hoc vel illo studio libertum medicum prohibeat medicinam facere, & indicat ei quasdam alias operas, quas sibi exhibeat, ob eam rem non obtemperante liberto, non judicium ingrati in libertum patrono dabitur, sed judicium operarum tantum, in quo veniet æstimatio operarum, *l. medicus, inf. tit. prox.* In qua lege & illud præclarum est, quod ait, a libertis esse exigendas liberales operas, non serviles operas, puta, ut eum sinat patronus, dum ei dat operam, valetudinis & honestatis suæ rationem habere, nec excruciet eum indictis operis continuis, assiduis, & ut sinat, inquit, eum acquiescere meridiano tempore, quod Latinis est *meridiari* & *μεσημβριάζειν* similiter Græcis, quod populo Rom. & patribus quoque illis rerum dominis, gentique togatæ, fuisse solemne Procopius indicat, *3. de bello Wandalico*, quum illis meridiantibus narrat urbem Romam captam fuisse ab Alarico Gotthorum rege, *ἁπάντων*, inquit, *ὕπνον ὡς τὸ εἰκὸς, ἡμέραν μέσην*, *Omnibus*, inquit, *meridiantibus, ut solent, post prandium*. Varro de re rustica, *si non diffinderem*, inquit, *meo institutio somno meridie, vivere non possem*. Quod autem ait eadem *l. medicus*, patronum medicum prohibuisse, ne libertus eadem arte uteretur, ut ipse multo plures sibi imperantes haberet, de quo sermone Alciatus, & Duarenus aliquid scripserunt; iis tam novus videri non debet: nam *imperare & jubere* est commune nomen ægroti & medici. Obstetrix, quæ mulier medica est apud Terentium in Andr. act. 3. sc. 2. *quod jussi ei*, inquit, *dari biber, & quantum imperavi, date*, scribendum est, *biber*, non *bibere*, ut 1. Tuscul. *Ganymedem a diis raptum propter formam, ut Jovi biber ministraret*, ex veteribus: nam impressi perperam dicunt, *ut Jovi pocula administraret*, & Gajus Fannius: *domina ejus*, inquit, *ut ad villam venerat, jubebat biber dari*, & Cato: *date huic mulieri biber, iracunda est*, apud Charisium. Verum transeamus ad *l. 8. de public. & vectig.*

Ad L. VIII. de Public.

Fraudati vectigalis crimen ad heredem ejus, qui fraudem contraxit, commissi ratione transmittitur. Sed si unus ex pluribus heredibus rem munem causa vectigalis subripiat, portiones ceteris non auferuntur.

LOquitur Papinianus in hac lege de crimine fraudati vectigalis, quod uno verbo dicitur, *κλεπτοτελώνημα* & *σφετερισμὸς*, illud a Græcis interpretibus, hoc in glossis Philoxeni; ut si quis negotiator merces subjectas præstationi vectigalis publici & munificas suppresserit, nec ad publicanos lege Censoria, uti oportet, professus fuerit, cujus criminis pœna hæc est, ut merces in commissum cadant, id est, committantur fisco, recidant in fiscum, nisi forte per errorem transierit negotiator improfessis mercibus, nisi per errorem in commissum inciderit: nam hoc casu merces ei restituuntur, nec retinentur a fisco, si modo duplum vectigal inferat, hoc casu duplo vectigali publicanos contentos esse oportet. Et interea tamen duplo ille error, illaque incuria plectitur. Etiam ignorantia sæpe plectitur in jure nostro, quod & definitio legis demonstrat: & id quod dixi de duplo vectigali proponitur in *l. ultim. §. Divi quoque fratres, hoc tit.* hoc autem crimen fraudati vectigalis, ait Papinianus hoc loco ad heredem ejus, qui crimen contraxit, transmitti, id est, & heredem ejus teneri commissi ratione, idest, non nisi commissi ratione, videlicet etiam si vivo reo nihil ea de re cum eo actum sit, heredem, inquam, teneri, ut merces commissæ, quæ pervenerunt ad eum (nam hoc ponendum est omnino) quibusque locupletior factus est, ei auferantur. Et hoc est quod ait, hoc crimen trasmitti ad heredem commissi ratione, ut scilicet commissum, quod habet, ei eripiatur, sicut & peculatus, & residuorum, & repetundarum crimen dicitur ad heredem transmitti, etiamsi vivo reo accusatio mota non sit, & trasmitti ratione subreptæ pecuniæ, quæ pervenit ad heredem, *l. ex judiciorum, inf. de accusat. l. ult. inf. ad l. Jul. pecul.* Et quod hic ait Papin. id ipsum est, quod proponitur in *l. commissa, inf. hoc tit.* commissa vectigalium ad heredem transmitti: quia, inquit, quod commissum est, statim ipso jure desinit esse ejus, qui fraudem contraxit, & publico adquiritur, publico vindicatur. Ea propter commissi persecutio etiam heredem adficit. Et de hoc quoque genere commissi est accipienda *l. 1. inf. de jure fisci*. Quo loco ait, nuntiationem sive delationem fieri ad fiscum, quotiens adversus commissum factum est, adversus leges Censorias, scilicet quas Censores dicunt in locandis publicis vectigalibus. Varro de re rustica: *Greges ovium ad publicanos profitentur, ne si inscriptum pecus paverit, lege Censoria committant*. Verum additur in hac lege, si plures fuerint heredes ejus, qui in commissi pœnam incidit, & unus ex eis rem munem, vel non immunem vectigalis causa, rem obnoxiam vectigali subripuerit, in eum solum transmitti pœnam, quia nihil pervenit ad ceteros, nullæ sunt portiones, quæ auferri possint ceteris coheredibus. Et rem munem dicit rem munificam, ut in *l. 4. §. 1. in fin. h. tit* quod est muneri publico & vectigali subjectum: Plautus in Mercatore, *gratum me & munem forte*, non *memorem*, ut quidam libri scribunt, id est, officiosum & munificum, ut Festus interpretatur. Porro aliæ res sunt munes, aliæ immunes a præstatione vectigalis: ut in militia alii sunt milites munifices, *l. 18. de verbor. signif.* & apud Festum, qui explent munera militaria: & munifices Julius Firm. recte *συνεργοὺς* interpretatur *lib. 1.* unde & in epistola Divi Pauli ad Corinth. *Θεοῦ ἐσμὲν συνεργοί*, *Dei sumus munifices*; alii autem sunt immunes, beneficiarii, principales: ut in mulieribus aliæ mammæ munifices, quæ lacte abundant, vel mammæ mimæ, quibus lac deficit, apud Plin. & Varr. Si igitur ex pluribus heredibus ejus, qui crimen fraudati vectigalis contraxit, unus rem munem causa vectigalis. id est, vectigali & commisso obnoxiam subripuerit, in eum solum transfertur crimen defuncti, nihil petitur a coheredibus: *coheredibus*, inquit, *portiones non auferuntur*, quia nullæ portiones ex eo crimine ad eos pervenerunt. Et quod notandum, communis etiam ea res heredum non est, quoniam statim dominio fraudatoris abscedit, *l. commissa, inf. hoc tit.* Quo argumento recte dices, vulgo & in Basil. etiam hoc loco, male scriptum esse, *rem communem*, quia non est communis inter here-

heredes; ſed ſtatim facta eſt fiſci. Recte Florentini, *rem munem*. Papiniano placent antiqua verba, & antiquæ rationes loquendi, ut fini peculii, fini quadrantis, & inſuperhabere, & betere.

Ad L. XLII. de Mort. cauſ. donat.

Seja, cum bonis ſuis traditionibus factis, Titio cognato donationis cauſa ceſſiſſet, uſumfructum ſibi recepit & convenit, ut, ſi Titius ante ipſam vita deceſſiſſet, proprietas ad eam rediret, ſi poſtea ſuperſtitibus liberis Titii mortua fuiſſet, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur ſi res ſingulas heredes L. Titii vindicent, doli non utiliter opponetur exceptio: bonæ fidei autem judicio conſtituto, quærebatur, an mulier promittere debeat, ſe bona cum moreretur, filiis reſtituturam? incurrebat hæſitatio non extorquendæ donationis, quæ non dum in perſonam filiorum initium acceperat: ſed nunquid interpoſita cautione, prior donatio, quæ dominio translato pridem perfecta eſt, propter legem in exordio datam retinetur, non ſecunda promittitur? Utrum ergo certæ conditionis donatio fuit, an quæ mortis conſilium ac titulum haberet? Sed denegari non poteſt mortis cauſa factam videri: ſequitur ut ſoluta priore donatione, quoniam Seja Titio ſuperſtes fuit, ſequens extorqueri videatur. Muliere denique poſtea diem functa, liberi Titii, ſi cautionem ex conſenſu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex perſona ſua tenebuntur.

IN hac L. ſunt duo reſponſa, quæ ſimul explicabuntur: prioris hæc eſt ſpecies: Seja donationis cauſa L. Titio cognato ſuo, bonis ſuis ceſſit in jure: perficitur donatio etiam ceſſione in jure, *l.1.C.Hermog.de don.* ſi & exhibitio & traditio rerum, quæ donantur, corporalis interveniat, quæ peragitur, eas res accipiente & vindicante eo, cui ceduntur, & prætore addicente, apud quem fit ceſſio, id eſt, in jure. Perficitur ergo donatio ceſſione in hac ſpecie, & traditione, eoque modo donatario adquiritur & quidem plenum dominium, niſi donator ſibi receperit uſumfructum, ut in hac ſpecie proponitur, Sejam ſibi recepiſſe, & retinuiſſe uſumfructum. Ceſſione ergo & traditione: nuda tantum proprietas tranſiit in Titium: donationi autem ſubjecta hæc lex, & conventio eſt, ut ſi Titius prior moreretur, eorum bonorum proprietas ad Sejam rediret, quæ conventio valet, *l.2.C.de donat.quæ ſub modo*: ac præterea, ſi poſt mortem Titii Seja moreretur ſuperſtitibus filiis Titii, ut tunc ad eos ea bona pertinerent: hæc eſt conventio, quæ donationi adjecta eſt *in exordio*, ut ait, id eſt, ex continenti, ſive tempore donationis: Titius præmortuus eſt, relictis heredibus, id eſt, filiis, qui & ei heredes extiterunt; nam illo loco hujus legis, *heredes L.Titii*, id eſt, filii: heredum appellatione filii ſignificantur, ut in *l.6.§.1.de bon.libert. Heredibus ejus D. Marcus opem tulit*, id eſt, filiis ejus; nam id, quod agitur in ea lege, habet tantum locum in filiis: & *l.ex facto, §.ult.ad Trebell.* hæc conditio, *ſi ſine herede moriaris*, ſic accipitur, ſine liberis. Porro filii L. Titii, & heredes, ſi eorum bonorum, quæ Seja Titio donavit, res ſingulas a Seja vindicent, ut poſſunt ipſo jure, quia per ceſſionem & traditionem earum rerum dominium Seja tranſtulit in Titium, cui heredes extiterunt: ſi inquam, eas res vindicent ſigillatim, repellentur, ut ait, oppoſita exceptione doli mali, quia contra legem dictam donationi & contra conventionem eas res petunt, quia convenit, ut mortuo Titio, ad Sejam ſuperſtitem proprietas rediret; ſed quia, & hoc convenit inter Sejam & Titium, ut mortua Seja, ea bona ad filios Titii pertinerent: Quæritur, an interim, dum vivit Seja poſſint heredes L. Titii deſiderare caveri ſibi ab ea, de reſtituendis bonis poſt mortem ſuam? Movet Papinianum, quod vindicationi oppoſita exceptio doli mali judicium in rem, quod non erat bonæ fidei, fecerit bonæ fidei: nam ut Dorotheus auctor [illegible], hoc loco definit, oppoſi-

A ta doli mali exceptio omni modo bonæ fidei judicium facit, nimirum, quia, ut Dialectici dicunt, excluſio unius contrarii, poſitio eſt alterius. Porro dolo malo contraria eſt bona fides, *l.3. in fin. pro ſoc.* Excluſo igitur dolo malo, neceſſe eſt judicium fieri & peragi ex fide bona, ac ſi ab initio mota fuiſſet actio bonæ fidei. Quod & quodammodo confirmat *l.3. de excep.* dum ait, replicationem doli oppoſitam judicium tutelæ facere bonæ fidei, quia ſcilicet quamvis actio tutelæ ſua natura ſit bonæ fidei, prætore actioni tutelæ nominatim adjiciente exceptionem vel replicationem doli, quæ etiam non adjecta ineſſet bonæfidei judicio, *l. ſed & ſi ideo, ſol. matr.* tunc tamen non tam videtur actio tutelæ per ſe bonæ fidei eſſe, quam fieri beneficio & poteſtate exceptionis, aut certe, quam maxime fieri bonæ fidei, adjectione exce-
B ptionis doli expreſſa. In bonæ fidei autem judiciis quum nondum dies venit præſtandæ rei, pecuniæve, conſtat recte agi ad cautionem interponendam interim, de re pecuniave ſolvenda cum dies venerit, *l. in omnibus, ſup. de judic. l. ſi conſtante, §. quotiens, ſol. matr.* quæ cum illa conjungenda eſt, *l. quotiens, §. ſi ſemel, de pecul. l. quod ſi, de petit hered.* In hac igitur ſpecie, an recte intendunt filii L. Titii, Sejam officio judicis cavere oportere, bona cum moreretur ſibi reſtitutum iri? Quod videtur, quia actionem in rem, quam filii inſtituerunt adverſus Sejam, oppoſita exceptio doli mali bonæ fidei actionem fecit: & ut diximus, in bonæ fidei actionibus officio judicis hujuſmodi cautiones interponuntur. Verum ne hoc admittat & concedat Papinian. movetur alia ratione, quæ eſt ſubtiliſſima, quia ſi filii L.Titii invitæ Sejæ
C illam cautionem extorqueant, invitæ donationem extorquent, quod non poteſt fieri, nec ex perſona Titii, quia morte ejus reſoluta & revocata donatio eſt: nec ex perſona filiorum, quia nondum in perſona eorum donatio initium accepit vivente Seja, nemo invitus donat alteri: ſi invitæ Sejæ poſſet extorqueri cautio illa, invitæ donatio extorqueretur, quoniam cautio illa, promiſſio donationis eſt, ergo non poteſt extorqueri, neque exprimi Sejæ invitæ. Et hoc Papinian. ut faciat evidentius, quærit, quid ſit dicendum, ſi filii Titii ex conſenſu Sejæ, ultro oblatam, non extortam cautionem acceperint, utrum cautione hujuſmodi prima donatio, quæ collata eſt in Titium, retinetur, id eſt, utrum cautio illa non eſt promiſſio ſecundæ donationis factæ filiis Titii,
D ſed primæ donationis factæ Titio, quæ revocata fuit morte Titii, retentio & renovatio, puta, conventionis in ea adjectæ, ut poſt mortem Sejæ bona pertinerent ad filios Titii, quæ etiam filiis proficere potuiſſet, *l. quodcunque, §. ſi ita quis, de verb. oblig.* niſi & principalis donatio revocata eſſet: nam principali donatione revocata, & conventio ei adjecta nulla conſtituitur. Utrum igitur eo ipſo quod eam cautionem Seja ultro præſtitit, videatur perſeveraſſe in donatione prima, & lege ac conventione ei adjecta in continenti? an vero Seja præſtita illa cautione intelligitur ſecundam donationem caviſſe & promiſiſſe filiis Titii. Et hoc ſubindicat eſſe verius, cautionem Sejæ ſponte præſtitam, ſecundam donationem eſſe factam filiis Titii ſtipulantibus: nondum eſt ſatis. Quæritur rurſus, utraque donatio prima & ſecun-
E da, ſitne donatio inter vivos facta ſub lege & conditione certa, an donatio cauſa mortis? Et ait, non poſſe negari mortis cauſa donationem factam videri; quia conditiones donationis, ſunt conditiones, quæ non ſolent adjici, niſi donationib. cauſa mortis. Et ex eo ſubtiliter efficit Papin. reſumpta prima quæſtione, an invitæ Sejæ a filiis Titii cautio ſupradicta extorqueri poſſit, quæ eſt principalis quæſtio reſumpta, inquam, ea quæſtione principali ex definitione ſubſequentium aliarum duarum quæſtionum Papin. efficit, reſoluta donatione prima morte Titii, Sejo non poſſe extorqueri illam cautionem, quia ea cautio, ſecunda donatio eſt, & nemo invitus donare cogitur. Quod ergo dicitur in bonæ fidei judiciis agi poſſe ad interponendam cautionem illam, non pertinet ad cautionem, quæ donatio eſt, aut dona-

tionis

tionis promissio: sed ad cautionem, quæ simplex securitas, non donatio est, quod maxime notandum est. At subjicit Papinian. quod si ultro Seja cum non posset cogi: eam cautionem præstiterit filiis Titii, postea Seja mortua iisdem filiis superstitibus, consequi ex superioribus & inferri, quia ea cautio donatio est causa mortis, sive promissio donationis causa mortis, in ea donatione filios Falcidiam pati, si lex Falcidia interveniat: vel ut aït contributioni propter Falcidiam filios Titii teneri, ut in *l. 15. in prin. ad l. Falcid.* dixit, *bonis contribui propter Falcidiam debitum remissum mortis causa*: & in secundo responso hujus legis, *bonis contribui donationes Falcidiæ causa*. In donationibus causa mortis, quæ instar legatorum sunt, lex Falcidia locum habet ex constitutione Severi, *l. 2. C. de mort. caus. donat. l. 5. C. ad l. Falcid. l. cum pater, §. 1. de leg. 2. l. 1. §. in mortis, si cui plus quam per leg. Falcid.* quam constitutionem Severi intelligit in secundo responso hujus legis, illo loco: *non ad aliam constitutionem pertinere*; D. Severi scilicet. In donationib. autem inter vivos locum Falcidia non habet, *l. 27. hoc tit.* Quod & in secundo responso hujus legis ostenditur; cujus species hæc est.

Ad §. cum Pater.

***Cum pater** in extremis vitæ constitutus emancipato filio quædam sine ulla conditione redhibendi donasset; ac fratres & coheredes ejus bonis contribui donationes Falcidiæ causa, vellent, jus antiquum servandum esse respondi. Non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quæ lege certa donarentur, & morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare.*

PAter filio emancipato quædam donavit sine ulla conditione redhibendi, reddendive: donatio est inter vivos, non mortis causa, licet, ut ait, in extremis vitæ constitutus eam donationem fecerit filio emancipato: donatio mortis causa habet certas conditiones redhibendi, reddendæ rei donatæ, si donator convalescat, si donatorem donationis pœnituerit, si prior donatarius decesserit, *l. 16. & 30. hoc tit. l. non omnis, sup. de reb. cred.* At donatio nullam habuit conditionem redhibendi; ergo fuit donatio inter vivos, non mortis causa. Ex quo efficitur, in ea donatione Falcidiam locum non habere, sed in ea servari jus antiquum, id est, quod in omnibus donationibus servabatur ante constitutionem Severi, quæ etiam Falcidiæ subjecit donationes tantum mortis causa, non donationes inter vivos, & donationes mortis causa subjecit Falcidiæ, non nisi facto testamento, quia facto testamento recte donationes causa mortis comparantur legatis, non ab intestato, ubi nulla comparatio legatorum existit, *l. si filius, de leg. præst.* Quod & hic Græci recte notarunt. Sed hodie ex constitutione Gordiani, id est, ex *l. 2. C. eod. tit.* etiam ab intestato in donationibus causa mortis, sicut in fideicommissis ex constitutione D. Pii lex Falcidia locum habet, quod plenius ostendit *caput 6. Observat. 20.* Concludit ergo Papinian. in specie secundi responsi, constitutionem Severi pertinere tantum ad ea, quæ certa lege donarentur, & morte insequuta donatoris quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta a mortuo donatore. In hac specie non fuisse donationem ita factam, sed filio emancipato patrem absolute & pure donasse. Nec mutare quod decumbens donarit, mortique proximus, quia non ideo tam mortis causa donavit, quam moriens donavit. Denique moriens donavit sed inter vivos, non mortis causa: nam & moriendi momentum vitæ deputatur, non morti. Quod valde notandum est.

Ad L. XXI. de Manumiss.

Servum dotalem vir, qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest, si autem solvendo non est, licet
A *alios creditores non habeat, libertas servi impedietur, ut constante matrimonio deberi dos intelligatur.*

SCiendum est, legem Juliam prohibere alienationem fundi dotalis: de fundo loquitur, non de servo dotali: de alienatione, non de manumissione. Nam servum dotalem marito, qui modo locuples & solvendo sit, proculdubio, quia dominus est, servum dotalem manumittere licet in testamento, vel inter vivos constante matrimonio, etiam invita uxore, *l. 3. C. de jur. dot. l. 1. & ult. C. de ser. pign. dat.* & ejus servi dotalis, quem manumiserit patronus efficitur, & ad legitimam hereditatem ejus vocatur, *l. intestat. §. 1. sup. de suis, & legit. hered.* Verum si liberto heres extiterit ab intestato jure legitimo, vel ex testamento, debet etiam constante matri-
B monio uxori restituere portionem bonorum liberti, quæ debetur jure patronatus condictione ex l. Julia, *l. hæc actio, sol. matr. l. filius, §. ult. ad l. Corn. de fals.* Cetera bona liberti, quæ ad eum pervenerunt restituit soluto matrimonio, judicio seu actione dotis, *l. dotalem, sup. sol. matrim.* & ipsius quoque servi, ut certum est, æstimationem, quem manumisit licet æstimatus in dotem datus non fuerit. Et hoc de marito locuplete, qui servum dotalem manumisit. Sed si maritus egenus & non solvendo sit, frustra manumitti servum dotalem, quia libertati obstat lex Ælia Sentia, quæ in fraudem creditorum datam libertatem irritam & nullam facit ipso jure, *l. 27. inf. qui & a quibus manum.* Nam etsi alios creditores maritus non habeat, semper tamen servo dotali, quum non est solvendo, intelligitur dare libertatem in frau-
C dem mulieris, quæ est creditrix, id est, cui etiam constante matrimonio dos debetur, quum maritus incipit labi facultatibus, *l. constante, sol. matr. l. ubi, C. de jur. dot.* Et dos, quæ alias non repetitur, nisi soluto matrimonio, hoc casu, nempe marito urgente ad inopiam, etiam manente matrimonio repeti potest, aut cautio exigi idonea de dote restituenda soluto matrimonio, *d. l. si constante, §. quotiens, & c. l. pen. ext. de donat. inter vir. & ux.* quia de dote judicium bonæ fidei est: & ut sup. diximus, in omnibus bonæ fidei judiciis ante diem præstandæ pecuniæ, in hoc agi potest, ut cautio interponatur. Vulgo ex hac lege notant, rem mobilem datam in dotem alienari posse, quod equidem verum esse arbitror, qualiscunque res mobilis seu movens fuerit. Sed id parum apte ex hac l. colligi dico: quia aliud est manumissio de qua hic agi-
D tur: aliud alienatio: alienatio est mutatio dominii, *l. 1. C. de fund. dot.* manumissio non est mutatio dominii. Et observandum in *d. l. 1. C. de fun. dot.* quod ait, alienationem esse omnem actum, per quem dominium transfertur eis verbis non tam proponi definitionem alienationis, quam significari omnem omnino alienationem fundi dotalis l. Julia prohiberi, ut in *l. sed si maritus, §. ult. inf. qui & a quib. man. liberi non fiant*: quæ l. *sed si maritus, & l. prospexit, eod. tit.* & *l. ex judiciorum, de accusat.* manifesto separant alienationem a manumissione: adeo autem verum est res mobiles, vel semoventes l. Julia non contineri, ut nec res omnes immobiles contineantur, sed res soli tantum, ut est proditum in *Instit. tit. quib. alien. licet, vel non.* Quæ cohærent solo, hæ tantum res alienari vel obligari non possunt invita uxore; ac ne volente quidem
E uxore, in provinciis: hodie nec in Italia, nec in provinciis ex constitutione Justiniani, de rei uxoriæ actione, cujusmodi sunt fundi, & ædes, ædificiaque omnia, Hæ sunt res soli, quæ l. Julia continentur: nam etsi l. Julia de fundo tantum loquuta videatur, tamen idem jus est in ædibus, *l. 13. in pr. sup. de fun. dot.* sicut l. XII. Tab. quæ est de fundo tantum biennio usucapiendo, pertinet etiam ad ædes, ut M. Tull. docet in Topic. & in Orat. pro Cæc. Non pertinet autem l. Julia ad superficiem ædium dotalium: pertinet ad ædes dotales, sed non ad superficiem ædium, *l. si ex lapidicinis, de jure dot.* quia superficies est quidem res immobilis, sed non res soli, ut ædes ipsæ integræ. Ergo l. Julia non pertinet ad res omnes immobiles, & multo minus ad res mobiles

vel

vel ſemoventes, veluti ſervos dotales vel pecora dotalia, niſi forte ſervi dotales partes faciant fundi dotalis, ut ſervus ruſticus, frutex, ut per ridiculum vocatur, qui pars fundi ſit, *l.3.de div.temp. præſcrip. l. hac edictali, §.illud, C.de ſec.nupt.& Novel.7.* nam l. Julia pertinet etiam ad partem prædii, *l.13.§. 1. ſup. de fun. dot.* Transeamus ad *l.10. de diverſ.temp.præſcr.*

Ad L. X. de Div. & temp. præſc.

Intra quatuor annos vacantium bonorum delator facta denuntiatione deſtitit: poſt quatuor annos ſecundo delatori venienti, prior nuntiatio, quo minus præſcriptione temporis ſummoveatur, non proderit: niſi prioris prævaricatio detegetur, quo declarato præſcriptio, ſed & negotii quæſtio perimitur.

TOta lex eſt de præſcriptione quadriennii, qua repellitur fiſcus, vel quicunque agit fiſci nomine, qui vindicat bona vacantia, id eſt, bona ſine domino, vel potius bona defuncti domini, quorum nullus ſucceſſor extitit, bona ἀκληρονόμητα, quæ alius nullo jure poſſidet; vindicat ea fiſcus intra quadriennium ex l. Julia caducaria, *l.quidam, §.quotiens, de leg.1.* Quod & Ulpian. ſcribit *lib.reg.tit.de bon.poſſ.* Si poſt quadriennium ea vindicat a poſſeſſore, etſi ſit injuſtus poſſeſſor, repellitur præſcriptione quadriennii, quaſi poſt quadriennium meliore cauſa poſſeſſoris in pari cauſa, *l.1. C.de quad.præſcr.* Ceterum præſcriptio illa quadriennii interrumpitur, & perpetuatur actio fiſcalis denuntiatione eorum bonorum facta fiſco a delatore, & lite conteſtata cum poſſeſſore: litis conteſtationem exigo, ſi modo delator non deſtiterit a lite. Nam ſi deſtiterit, & litem inchoatam deſeruerit, non intelligitur interrupta eſſe præſcriptio quadriennii, quia qui deſtitit a lite, nec litem inchoaſſe videtur. Et ideo lite deſtituta a priore delatore, ſi alius poſt quadriennium ea bona fiſco deferat, præſcriptione quadriennii ſubmovetur, quæ pro interrupta non eſt, arg. *l.1.§.ult.de jur. fiſci.* Papinian. hoc loco utitur verbo *deſtitit*, quod eſt, prorſus depoſuit animum litigandi, ut *l. deſtitiſſe, de jure fiſci.* Aliud enim dicendum eſt, ſi prior delator traxit negotium tantum, non deſtitit: nam & ultra quadriennium tracta cauſa bonorum vacantium deferri, aut peragi poteſt, *d.§.ult.* At ſi deſtitit prior delator, alius delator poſt quadriennium non admittitur, excepto uno tantum caſu, ſi alius delator prioris delatoris prævaricationem arguerit & convicerit: nam detecta prævaricatione, ei non obſtat præſcriptio quadriennii, & reus pro convicto habetur, maxime ſi priorem delatorem probetur fuiſſe pretio corruptum, ut prævaricaretur & ſe vinci pateretur a poſſeſſore bonorum vacantium, *§. ult.& l.ejus qui, & l.in fiſci, eod.tit.l.1. C. de ſent. adv. fiſc. ſit.non rec. lib.* 10. Et hoc eſt quod ait Papinianus hoc loco, prioris prævaricatione detecta præſcriptionem quadriennii perimi: ſed & perimi negotii quæſtionem, quia ſcilicet poſſeſſor bonorum vacantium, qui priorem delatorem corrupit, pro convicto, & condemnato habetur.

Ad §. Quadriennii.

Quadriennii tempus, quod bonis vacantibus nuntiandis præſcriptum eſt, non ex opinione hominum, ſed de ſubſtantia vacantium bonorum dinumeratur. Quatuor autem anni poſt irritum teſtamentum factum & inteſtati poſſeſſionem ab omnib. repudiatam, qui gradatim petere potuerunt, vel temporis finem, quod ſingulis præſtitum eſt computabuntur.

IN hoc §. additur, quadriennium aut quadriennii tempus non ex opinione hominum dinumerari, ſed de ſubſtantia vacantium bonorum, id eſt, non ex die, quo homines exiſtimaverunt ea bona vacare, & id ſcilicet

A fiſco forte denuntiaverunt, ſed ex eo die, quo in veritate ea bona vacare cœperunt, nullo exiſtente herede, aut ſucceſſore defuncti, nulliſque creditoribus ea bona perſequentibus, ut *l. 50. ſup. de man. teſt. l. 1. §. Divus, inf. de jure fiſci. l. pen. C.de bonis vac. lib. 10. de ſubſtantia*, inquit, *bonorum vacantium*, id eſt, de vero nomine ſubſtantiæ bonorum vacantium, ut in *l. Arrianus, C. de liber. cauſa.* Ex quo ſcilicet id nomen *vacantium bonorum*, eamque appellationem adepta ſunt, ex eo ſcilicet die quatuor anni dinumerantur & computantur. Quod & ita eſſe declarat manifeſtius in *§. ult. hujus legis*, ut ſi poſt irritum factum teſtamentum, id eſt, poſt repudiatam hereditatem ab herede ſcripto, vel omiſſam, id eſt, non aditam intra conſtituta tempora, & poſt repudiatam quoque inteſtati hereditatem, aut bonorum poſſeſſionem ab

B agnatis, cognatis, patronis, conſortibus, viro, vel uxore, vel etiam poſt omiſſam ab his omnibus inteſtati ſucceſſionem, id eſt, iis omnibus tempore excluſis, quod ſingulis præfinitum eſt ad ſucceſſionem amplectendam, ab eo die, quo percenſitis omnibus gradibus ſucceſſionis apparuerit, nullum ſucceſſorem exiſtere, ab eo, inquam die, quadriennium computatur. Et hoc diſtat maxime hæc cauſa fiſcalis de bonis vacantib. ab aliis fiſcalibus cauſis, quæ non perimuntur, niſi præſcriptione vicennii, *l. in omnib. inf. hoc tit.* quia in iis cauſis vicennium numeratur a die nuntiationis, quo primum bona fiſco delata ſunt, *l. 1. §. pen. de jure fiſci.* In cauſa autem bonorum vacantium quadriennium numeratur, etiam ante diem nuntiationis, ſi jam ante percurſis omnibus gradibus conſtiterit, nullum defuncto ſucceſſorem exta-

C re: poſt omnes enim vocatur fiſcus lege Julia ad bona vacantia intra quadriennium ex eo tempore, quod diximus connumerandum. Huic legi adjungenda eſt *l. 38. de jure fiſci*, quæ ex eodem libro eſt etiam de bonis vacantibus.

Ad L. XXXVIII. de jure Fiſci.

Fiſcus in quæſtione falſi teſtamenti non obtinuit, priuſquam autem ea quæſtio decideretur, alio nuntiante, bona poſtea vacare conſtitit: fructus poſt primam litem abſumi non oportuiſſe: reſpondi: neque enim ad Senatuſconſulti beneficium, ſcriptum heredem pertinere controverſia mota.

D CUjus hæc eſt ſpecies: Quidam delator ſive accuſator bona quædam fiſco denuntiavit quaſi vacantia, dicens falſum teſtamentum eſſe, ex quo, qui hereditatem bona fide poſſidebat, exiſtimabat, & vero contendebat, ſe defuncto heredem eſſe: & in quæſtione falſi teſtamenti non obtinuit re judicata ſecundum poſſeſſorem in teſtamento heredem ſcriptum: pendente autem falſi teſtamenti cognitione, necdum finita, alius quidam delator, eadem bona fiſco denuntiavit quaſi vacantia non ex cauſa falſi teſtamenti, ut prior delator, ſed ex alia cauſa, veluti rupti teſtamenti, aut injuſti, vel quod incapax aut indignus heres eſſet ſcriptus in teſtamento, & poſt finitam quæſtionem falſi teſtamenti, in qua, ut diximus, prior delator non obtinuit, hic poſterior proba-

E vit bona vacare, & obtinuit. Quæritur, ex quo tempore poſſeſſor eorum bonorum fructus fiſco reſtituere debeat, utrum ex die, quo prior lis mota & conteſtata eſt, in qua delator ſive accuſator fiſci nomine non obtinuit, an ex die cœptæ poſterioris litis, in qua accuſator ſive delator obtinuit? Eſt quæſtio elegantiſſima, & reſponſum valde ſingulare: Reſpondet Papinianus, a die, quo prior lis conteſtata eſt, quamvis in ea fiſcus non obtinuerit, fructus fiſco eſſe reſtituendos, quos poſſeſſor percepit, vel quos cum percipere potuit, non percepit, quia bonæf. poſſeſſor poſt litem conteſtatam, motamque controverſiam, malæ fidei poſſeſſori ſimilis eſt: poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores pares ſunt, *l. ſed etſi lege, §. ſi ante litem, de petit.*

petit. her. l. 1. C. eod. tit. Et post motam priorem litem A possessori, semper de hereditate, & perpetuo facta controversia est, nullo intermisso intervallo temporis, quod fuerit vacuum a lite fiscali eorum bonorum causa. Nam finita priore lite, posteriore stringebatur ejusdem fisci nomine, in qua fiscus eum condemnavit. Ergo a die prioris litis, in diem condemnationis secutæ ex posteriore lite, fisco fructus restituere debet. Nam ut ait beneficium Senatusconsulti, Adriani scilicet, de petitione hereditatis, ut in *d. l.* 1. quod scilicet datur bonæ fidei possessori, ut scilicet fructus consumptos restituere non teneatur, pertinet tantum ad fructus consumptos ante litem motam, non ad consumptos post litem motam, *l. heredem, sup. de iis, quib. ut indign. l. certum C. de rei vind.* Ergo æstimatio fructuum, fisco, qui posteriore B judicio vicit, a tempore prioris judicii omnimodo præstanda est, quanti in litem juratum fuerit, quod plerunque immensum & iniquum pretium est: vel si interim possessor ideo fructus absumpserit, quod tempore essent perituri, quanti revera fuerint, *l. item veniunt, §. quod si quis, sup. de petit. hered.* Et hæc est sententia primæ partis hujus legis. Recte autem posui posteriorem delatorem, non ex eadem causa fisco nuntiasse vacare bona, ex qua agebat prior, sed ex alia, quia ab alio delatum ex eadem causa alius deferre non potuit, *l. si tamen, §. ult. sup. de accus. l. ubi de crimine, C. eod.* nisi prior destiterit, nec peregerit litem, & posterior veniat intra constituta tempora, vel etiam prioris prævaricatione detecta, post legitima tempora, id est, post quadriennium: non enim admittitur post quadriennium, C nisi prioris prævaricationem detexerit, ex *l. 10. de divers. tempor. præscript.* Posui etiam speciem in bonæ fidei possessore: Nam malæ fidei possessor omnes fructus restituit quocunque tempore perceptos, vel percipiendos ante vel post litem motam, *d. l. heredem, d. l. certum*. Post litem vero motam, ut dixi, omnes possessores pares sunt, quantum attinet ad fructuum restituendorum causam, non in omnibus causis. Nam ut hoc demonstrem duob. exemplis, re, qua de agitur, fato perempta post litem contestatam, bonæf. possessor non præstat fatum & mortalitatem, malæ fidei possessor plerunque eam præstat, *l. illud, sup. de pet. hereditat.* Item possessor non restituit, quod servus, quo de agitur, ei interim adquisierit ex re sua, malæ fidei possessor & hoc quoque restituit, *l. 20. sup. de rei vindic. l. 1. C. eod. tit. l. per servum donatum, sup. de adquir. rer. domin.* D

Ad §. Delatoria.

Delatoria opera non esse fructum respondi, qui fisci pecuniam, quam alius tenebat, ad sui temporis administrationem pertinere, quamvis probare non potuisset, contendit, quoniam propriam causam egerit.

DElator est, qui agit causam fiscalem spe præmii, quod erat vulgo quadruplum, & inde delatori quadruplatoris nomen. Denique delator est, qui spe præmii agit causam fiscalem, non qui agit causam propriam. Ille delator, si non obtineat, notatur infamia tanquam calumniator & *συκοφάντης, l. 2. in princ. hoc tit. l. nostris, C. de calumniat.* Is, qui propriam agit, si non E obtineat, non notatur. Et ideo, ut in hoc §. proponitur, qui detulit, verbi gratia, a curatore Reip. qui sibi in ea administratione Reipubl. successit, detineri pecuniam fiscalem, quæ ad sui temporis administrationem, atque adeo ad suum periculum pertinebat, ut *l. 3. §. 1. inf. de admin. rer. ad civit. pert.* nec obtinuit, non habetur pro delatore, nec fit infamis, quia principaliter id sua, non fisci causa fecit. Delator non est, qui protegendæ suæ causæ gratia, aliquid nuntiat, ad fiscum, sive defert, *l. 44. inf. hoc tit.*

Ad L. VIII. ad Leg. Jul. majest.

In quæstionibus læsæ majestatis etiam mulieres audiuntur. Conjurationem denique Sergii Catilinæ (Fulvia) mulier detexit, & M. Tullium Consulem indicium ejus instruxit.

LEx 8. *ad l. Jul. majest.* docet, non tantum infames, qui plerunque jus accusandi non habent, aut deferendi, vel milites, qui etiam propter sacramentum jus accusandi non habent, vel servos etiam dominos suos deferentes, hos omnes tamen audiri in quæstionibus læsæ majestatis, *l. prox. sup.* Sed non hos tantum, sed etiam mulieres, ut ait, quæ alias causas deferre non possunt, *l. deferre, inf. de jure fisci*: causam læsæ majestatis deferre posse, & in ea audiri propter publicam utilitatem. Et ita Papinianus hoc loco scribit, Fulviam mulierem detexisse conjurationem Sergii Catilinæ, & M. Tullium Consulem indicium, id est, delationem ejus mulieris instruxisse, & edocuisse insidias paratas Reip. *Julia*, habent, non *Fulvia* Florentini, & Dorotheus auctor τοῦ πλάτους, & Gratianus 15. *q.* 3. ut in veterib. libris scriptum est, *Julia* pro *Fulvia*. Sed *Fulvia* esse rectius & verius præter Sallustium, Annæus Seneca sive Florus ostendit libro 4. *Tanti*, inquit, *sceleris indicium per Fulviam emersit*. Et Plutarchus in Cicerone; τοῦτο φούλβια γυνὴ ἐπήγγελε τῷ Κικέρωνι: Et Appianus. 2. *de bell. civil.* φούλβια οὐκ ἀφανὴς ἐμήνυε τῷ Κικέρωνι: οὐκ ἀφανὴς legendum, id est, *non ignobilis mulier*, οὐκ ἀφανές; nam & Plutarchus ait, fuisse τῶν ἐπιφανῶν, & Sallustius nobilem mulierem, quod Grammatici male accipiunt in malam partem, quasi nobile scortum.

Ad L. XII. ad Leg. Cornel. de fals.

Cum falsi reus ante crimen illatum aut sententiam dictam vita decedit, cessante Cornelia, quod scelere quæsitum est, heredi non relinquitur.

SIcut in *l. 8. de public. & vectigalib.* supra dixit idem Papinianus, *fraudati vectigalis crimen ad heredem transmitti commissi ratione*, id est, ratione rerum fisco commissarum, quæ ad heredem pervenerunt, etiamsi ea de re non sit actum cum defuncto, vel condemnatus, ob eam rem defunctus non sit, ut puta, si vita decessit ante illatum crimen aut sententiam dictam. Ita falsi crimen mortuo falsario *ante crimen illatum*, id est, ante accusationem, vel post accusationem, ante condemnationem hoc loco ait, ad heredem transmitti, sed ratione tantum lucri, quod ex eo scelere defunctus fecit, & transtulit ad heredem. Nam quod scelere quæsitum est, semper heredi etiam innocenti fiscus aufert, *l. Lucius, inf. de jure fisci, l. in heredem, sup. de calumniat. l. quod diximus, §. ult. sup. de eo, quod metus causa*, ne heres scelere alieno ditetur, ut ait *l. unica, C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven.* Crimen quidem ipsum falsi extinguitur morte falsarii, & pœna l. Corneliæ non transmittitur ad heredem ejus, quod hoc loco significat his verbis, *cessante Cornelia*, sed turpe lucrum heredi aufertur. Quod & in omnibus criminibus generaliter obtinet, *l. defuncto, de publ. jud. l. sicuti, de reg. jur.* si plures sint heredes, singulis ejus, quod scelere quæsitum est, portiones auferuntur, nisi id totum unus ex heredibus subripuerit aliis, ut in *d. l. 8. de publ.* quæ cum hac lege commodissime conjungi potest. Hic est finis hujus libri 13.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XIV. Responsorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad Leg. pen. de his, quæ ut indign.

Si gener socerum heredem reliquit, taciti fideicommissi suspi-

ſuſpitionem ſola ratio paternæ affectionis non admittit.

HUJUS Legis verba hæc ſunt, quod ſequitur, ex Claudii notis ad 30. librum D. Scævolæ hujus tit. l. ult. eſt. Et vulgo male, ex iis duabus legibus conficitur una. Baſilica eas diviſerunt rectiſſime. Species autem l. penult. hæc eſt. Maritus cum per leges ei non liceret uxorem heredem inſtituere, quia lex Julia & Papia uxorem ex teſtamento viri, & contra, virum ex teſtamento uxoris, ſolidum capere vetat, ideo non uxorem heredem inſtituit, quæ eſt incapax, ſed heredem inſtituit ſocerum, id eſt, patrem uxoris. Quæritur, an ſola inſtitutio ſoceri ſit juſta præſumptio taciti fideicommiſſi a ſocero uxori relicti in fraudem legis Juliæ & Papiæ, cui facile illudi poterat per tacita fideicommiſſa & clancularia? Videtur præſumptio taciti fideicommiſſi duci poſſe ex adfectione ſoceri erga filiam, affectione paterna, qua motus ſocer induci potuerit ad fidem tacitam interponendam reſtituendæ hereditatis filiæ. Præſumptio hæc facit, ut non tam videatur pater reipſa heres generi, quam adminiſter taciti fideicommiſſi. Et ſane ſi hoc probaretur manifeſtiſſimis probationibus, ut exigit *l. 3. §. tacita, inf. de jure fiſci*: ſocerum tacitam fidem interpoſuiſſe reſtituendæ hereditatis filiæ, cujus ea eſt incapax, ſocero ſane, ut indigno hereditatem fiſcus auferre poſſet, *l. 1. C. de iis, qui ſe def. lib.* 10. Verum recte ait Papinianus, ex eo ſolo non duci juſtam præſumptionem taciti fideicommiſſi, leviſſimum id argumentum, leviſſimam præſumptionem eſſe & obſcuriſſimam, non manifeſtiſſimam. *Sola*, inquit, *ratio paternæ affectionis erga filiam*, quæ nupſit teſtatori, *non admittit*, non inducit, *ſuſpicionem taciti fideicommiſſi*. Et ita hanc legem ſecundo loco accipit Accurſius recte, & eam quoque eodem modo enarrant & explicant Baſilica, fere ita: quamvis uxorem heredem inſtituere non poſſim, tamen ſi patrem ejus heredem inſtituero, non ideo induco ſuſpicionem legati, aut fideicommiſſi uxori inutiliter relicti, in fraudem ſcilicet legis Juliæ & Papiæ. Itaque tacito fideicommiſſo probando non ſufficiunt quælibet præſumptiones, ſed manifeſtiſſimæ requiruntur ſemper, quoties ex præſumptionibus, indiciis, conjecturis, argumentis extrinſecus probationes adſumuntur, *l. 3. §. præterea, de ſuſpect. tut. l. pen. Cod. de contr. & committ. ſtip.* Et certæ, inquam, præſumptiones ac jure proditæ & probatæ, *l. indicia, Cod. de rei vindic. l. cum citra, Cod. de jur. dot.* Quod eſt maxime notandum. Nam non præſumptio ſufficit, quam quis ſibi adfingit, vel adumbrat, ſed præſumptio, de qua nominatim mentio ſit in jure, nec enim liberum nobis eſt comminiſci præſumptiones, aut conjecturas: hujuſmodi autem præſumptiones quas requirimus, nemo eſt, qui non videat, quam non ſit promptum, & facile præſtare. Ideoque recte etiam Quintilianus ſcribens de tacitis fideicommiſſis declamat. 325. ait, *natura eſſe difficile tacitum fideicommiſſum probare*.

Ad L. XI. de Adſign. libert.

Alimentorum cauſa libertos filiis attributos, filiis adſignandos non videri reſpondi: cum ea ratione libertis conſuli patronus voluerit, quo facilius voluntatis emolumentum conſequatur ſalvo jure communi.

SCiendum eſt, patronum, qui plures liberos habet in poteſtate, ſi uni ex eis libertum, vel libertos ſuos adſignarit, ad eum ſolum, cui adſignati ſunt liberti, jus patronatus pertinere, quod potiſſimum conſiſtit in hereditate bonorumve poſſeſſione liberti, excluſis fratribus, quibus adſignati non ſunt: Nec enim fratres aliter admittuntur ad bona liberti fratri adſignati, quam ſi is frater repudiaverit, vel omiſerit ſucceſſionem liberti, aut capitis libertum ſibi adſignatum accuſarit, aut ſine liberis vita deceſſerit. Nec enim ad extraneos heredes tranſmittit libertos ſibi adſignatos, fratribus ſuperſtiti-

A bus, ſed ad liberos tantum. Quod & verba Senatuſconſulti demonſtrant propoſiti initio legis 1. h. tit. *& §. ſed is cui, ead. l. & l. 3. ſi capitis, de bon. libert.* ubi Accurſius rectiſſime notavit, quoniam vitiatus eſt contextus vulgo, atque etiam in Florentinis, alias ita legi, *alter frater cui adſignatus non eſt poteſt ſuccedere, &c.* Eam ſcripturam & ipſa juris ratio, & Baſilic. aperte veriſſimam eſſe demonſtrant. At Senatuſconſultum propoſitum in *l. 1. hujus tit.* non hunc tantum caſum excipit, ſi is cui adſignatus eſt libertus, ſine liberis vita deceſſerit, ſed & generaliter, ſi is cui adſignatus eſt libertus, in civitate eſſe deſierit, ut puta, ſi in inſulam deportatus fuerit, nullis relictis liberis & fratribus ſuperſtitibus. Nam & hoc caſu ſuperſtites ejus liberi excludunt patruos, & & retinent libertos paternos, licet pater per deportationem
B amiſſa civitate ad peregrinitatem redactus fuerit, & ſubierit magnam capitis deminutionem: deportato auferuntur bona, etiam ſi habeat liberos: liberti conſervantur liberis, & jura patronatus igitur, *l. eorum, inf. ad leg. Jul. majeſt. l. 4. ſup. de jure patr. l. 4. §. ſi deportatus, de bonis libert.* Verum huic ſententiæ valde obſtat *l. 3. ſup. de interd. & releg.* quæ ait, eum qui civitatem amiſit, veluti deportatum, liberis ſuis non tantum adimere hereditatem ſuam, quam fiſcus occupat, ſed etiam libertos ſuos. Verum obſervandum eſt, eam leg. 3. ſcriptam eſſe ab Alpheno vetere Juriſconſulto ſecundum ſtrictam rationem juris, quæ olim obtinuit & vivo Alpheno. Nam hoc jure liberi ejus, qui civitatem amiſit, veluti deportati, retinent tantum ea quæ a genere eis tribuuntur, vel ſtirpe, & a civitate, & a rerum natura, ve-
C luti legitimas hereditates conſanguineorum, vel agnatorum, atque tutelas eas retinent, quas accipiunt a majoribus, non a patre, id eſt; a genere & ſtirpe; verum non retinent ea, quæ a patre ad eos perventura erant, ſi deportatus non fuiſſet: non retinent bona vel legitimam hereditatem patris: non retinent legitimam hereditatem libertorum paternorum, nec in hac cauſa deportatus mortuo comparatur, ſicut nec in ſpecie *l. intercidit, de condit. & demonſtr. l. ſed & ſi mors, de donat. inter vir. l. ex ea, §. in inſulam, de verb. oblig.* Non in omnibus cauſis deportatus mortuo comparatur, in hac cauſa nullo modo, ſecundum rigorem juris. Mortuo enim patri ſuo fato utique liberi heredes exiſterent, libertiſque paternis: patre deportato non item. Et hæc quidem in libertis ita ſe habent ſummo jure, ut dixi ve-
D teri jure, de quo Alphenus ſcripſit: ſed poſtea benigne placuit, ut liberi hereditatem legitimam, non patris quidem, quoniam bona patris deportati publicantur, ſed liberti, vel libertorum paternorum retinerent. Idque placuit ſupradicto Senatuſc. quod proponitur in *d. l. 1. hoc tit*, ut apertiſſime demonſtrant illa verba, *utique ſi ex liberis, quis in civitate eſſe deſiiſſet, neque ei liberi ulli eſſent*. Quæ verba ſatis oſtendunt eum, qui deſiit eſſe in civitate, libertos, quos ipſe habuit non adimere. Deinde benigniſſime, ut ait *l. 4. ſup. de jure patron.* Severo & Antonino placuit, ut etiam liberti ejus, qui perduellionis damnatus eſſet, quod eſt omnium maximum crimen, liberis ejus conſervaretur: hoc in illis benigne conſtitutum eſt, in his benigniſſime, quoniam vel in crimine perduellionis, juris rigor obſervandus eſſe vi-
E debatur: qui tamen remittitur, quod ad libertos attinet, ſive jure patronatus libertorum perduellis & condemnati ex ea cauſa. Ego hic libenter quæſierim, quid opus fuerit Senatuſconſult. quo adprobaretur adſignatio liberti, vel libertorum facta uni ex liberis? Senatuſconſultum factum fuit Claudii Imperatoris temporibus. Cur ante Claudium? Ante SC. non licuit patri libertum adſignare uni ex filiis, remotis fatribus? Ratio hæc fuit, quia ut pacto mutari non poteſt jus legitimum hereditatum, *l. ultim. inf. de ſuis & legit. hered.* ita nec teſtamento; quod non poteſt fieri pacto, nec teſtamento, & e contrario, *l. pactum, ſup. de pact.* quod non inſtrumento, nec teſtamento, ut ecce, nemo teſtamento ſuo efficere poteſt, quo minus ſe mortuo filii ſui ſibi

invi-

invicem, id eſt, fratres fratribus ab inteſtato ſuccedant. Ac ſimiliter non poteſt efficere, ne poſt mortem ſuam, liberto ſuo inteſtato defuncto, ei liberto omnes liberi ab inteſtato ſuccedant. Jus enim commune, quod vocat Papin. in hac lege, jus publicum hoc eſt, cui derogare teſtator non potuit, *l.15. §.1. ad leg. Falcid.* quod tamen agit, qui uni ex liberis libertum ſuum adſignat, ut is ſolus excluſis fratribus ad liberti hereditatem vel bona admittatur: & ideo SC. opus fuit, quo ea adſignatio comprobaretur, id eſt, quo permitteretur teſtatori derogare juri communi, & juri patronatus, quod ab inteſtato commune eſt omnibus liberis patroni. Jus igitur SC. hujus ſingulare eſt. Qua de cauſa & in *l.ultim. §. ultim. h. tit.* ait Juriſc. diligenter eſſe obſervandum finem SC. nam jus ſingulare, quod recedit a jure communi, ſtrictius accipiendum eſt: quamobrem ait, non poſſe libertum adſignari in diem certum, ſed debere adſignari in perpetuum. Quoniam Senatus, inquit, huic negotio finem propoſuit, quem ſequi oportet ſtricte & deſtricte. Quem finem? Ut ſcilicet is, cui adſignatus eſt libertus, in eum diem jura patronatus ſolus obtineret, quod deſineret eſſe in civitate, vel morte naturali, vel deportatione, quod maxime notandum eſt. In hac autem l. 11. uni ex filiis, cui liberti attributi ſunt alimentorum cauſa, id eſt, ut is alimenta libertis præſtaret, erogaret, diſtribueret, quæ patronus eis relinquebat, ei, inquam, filio hoc modo non videri adſignatos libertos. Nam adſignatio libertorum fit filii cauſa: hæc autem libertorum attributio fit libertorum cauſa, ut habeant a quo alimenta percipiant & petant, nec a ſingulis petendo deſtringantur, ut ait *l. 3. de alim. leg. Ils ſeroient trop empeſchez*, ſi a ſingulis heredibus, vel a ſingulis filiis minutatim cogantur alimenta petere: melius eſt, habere unum a quo ſolo alimenta petant, quam deſtringi petendo a ſingulis, ut in *l.ultim.rem pup. ſalv. fore*: & apud Ann. Florum eleganter, *eos, qui per inſidias volunt capere urbem aliquam, prius urbem deſtringere incendiis: pour les empeſcer a eſteindre le feu:* proinde aliud eſt adſignare libertum ſimpliciter, aliud adſignare alimentorum cauſa: quæ eſt ſententia hujus legis: adſignare, & attribuere idem eſt: adſignare nomina in *l. ultim. de diſtrah. pign.* attribuere nomina in *l. 3. fam. ercisc.* ſequitur *l. 3. de manumiſſ.*

Ad L.III. de Manumiſſ. quæ ſervis ad univerſit.&c.

Servus civitatis jure manumiſſus, non ademptum peculium retinet, ideoque debitor ei ſolvendo liberatur.

NEmo eſt, qui neſciat, ſervum privati hominis manumiſſum inter vivos, retinere peculium, quod habuit, ſi ademptum non ſit, nec neceſſarium eſt, ut nominatim ei concedatur, ſatis eſt ſi non adimatur, videtur ei data libertas ſimul & peculium, quod habuit, *l.un.C.de pec. ejus qui liber. meruit*, *§. peculium, Inſtitut. de leg.* ut & hæc lex 3. oſtendit, idem eſſe in ſervo civitatis jure manumiſſo. Jure, id eſt, decreto ordinis, & auctoritate Præſidis, ut *l. 1. & l. 2. C. de ſervis Reipublic. man. Servus civitatis*, inquit, *jure manumiſſus inter vivos retinet peculium, quod ei Reſpub. non adimit.* Ex quo efficit, debitorem peculiarem ei recte ſolvere, ſolvendo liberari, nec quod ſolvit condicere poſſe: quod uſque adeo verum eſt, ut etſi ademptum ſit manumiſſo peculium, debitor peculiaris ei ſolvendo liberetur, ſi modo ignoravit ademptum ei eſſe peculium: quod Accurſius hic notavit recte: conceſſo peculio aut non adempto, quod idem eſt, nullus eſt labor, quoniam in confeſſo eſt, omnibus debitorem peculiarem ei ſolvendo liberari. Et obſervandum, nos loqui tantum de manumiſſo inter vivos. Nam manumiſſo teſtamento non videtur conceſſum peculium, quod non eſt ademptum, niſi nominatim legatum ſit, *d. l. unica.* Et ratio differentiæ evidens eſt; quia qui manumittit inter vivos, neque peculium ſibi retinet aut recipit, neque in alium transfert: ergo manumiſſo relinquere videtur. At qui manumittit teſtamenro, id transferre videtur in heredem ſuum, cum univerſo jure, ſi id nominatim manumiſſo non legaverit.

Ad L. LI. de Man. teſtam.

Teſtamento centurio ſervos ſuos venire prohibuit, ac petit prout quiſque meruiſſet eos manumitti, libertates utiliter datas, reſpondit, cum ſi nemo ſervorum offenderit, omnes ad libertatem pervenire poſſunt, quibus per offenſam excluſis, reſidui in libertatem perveniunt.

MIles ſervos ſuos alienari prohibuit ab herede in teſtamento, & rogavit heredem, ut prout quiſque eorum promeruiſſet, eos ſervos manumitteret. Quæritur, an his verbis, jure ſit data eis fideicommiſſaria libertas: dubitationem facit, quia placet teſtamento ſervis libertates dare nominatim, *§. libertas, Inſtit. de leg.* quod eſſe ex l. Fuſia Caninia Ulpian. ſcribit *lib. reg. tit.* 1. & Paulus 4. *ſent. tit. ultim.* Qua de cauſa & quid ſit nominatim explicatur in *l.24.& 47. hoc tit.* quia ſcilicet in teſtamentis nominatim manumittere licet, & in teſtamento etiam militis hoc locum habuiſſe argumentum præbet *§. incertis, Inſtit. de leg.* qui ne militem quidem ait, incertæ perſonæ potuiſſe legare, & incerta quodammodo eſt, cujus nomen non adſcribitur. In ſpecie propoſita nomina ſervorum non ſunt expreſſa. Et ideo quæritur, an ſint eis utiliter datæ libertates? At quod eadem lege Caninia cautum erat, ne quis teſtamento omues ſervos ſuos manumitteret, non habuiſſe locum in teſtamento militis hic locus arguit, quo proponitur centurio ſervos ſuos, prout quiſque meruiſſet, heredem teſtamento manumitti juſſiſſe: atque adeo omnibus dicitur deberi libertas fideicommiſſaria, ſi omnes bene meriti ſint de herede, aut non male meriti, quod ſatis eſt, non indigni libertate. Omnibus videtur data libertas contra Caniniam legem: non habuit igitur locum in teſtamento militis. Si tamen non omnes bene meriti ſint de herede: ait, bene meritos, aut non male meritos tantum eſſe manumittendos, indignos & immerentes repellendos. Quæ autem omnibus generaliter teſtamento militis, vel cujuſcumque, quanquam non cujuſcunque utiliter per legem Caniniam, ſed militis tantum, quæ, inquam, omnibus generaliter teſtamento videtur dari libertas, ſatis videtur dari nominatim, *l.Titius, ſup. de lib. & poſt.* In hac igitur ſpecie, jure data eſt libertas, quia data eſt omnibus quæ omnibus jure dari potuit a milite, & quia etiam a milite dari debuit nominatim, & nominatim data intelligitur, quæ data eſt toti familiæ, ſi modo promeruiſſet heredem.

Ad §. Cum ita.

Cum ita teſtamento adſcriptum eſſet, ſervi, qui ſine offenſa fuerunt liberi ſunto, conditionem adſcriptam videri, placuit, cujus interpretationem talem faciendam, ut de his in libertate danda cogitaſſe non videatur, quos pœna coercuit, aut ab honore miniſtrandi, vel adminiſtrandæ rei negotio removit.

SUperius reſponſum eſt de fideicommiſſaria: hoc vero de directa libertate data teſtamento, hoc modo: *ſervi, qui ſine offenſa fuerunt, liberi ſunto*, id eſt, qui quamdiu vixi ſine offenſa fuerunt, qui me non offenderunt, contra quos offenſus non fui: ſic accipienda ſunt ea verba teſtatoris, *ſervi, qui ſine offenſa fuerunt, liberi ſunto*: verba illa, *liberi ſunto*, ſunt directa: & præterea libertas, quæ data eſt ſuperiori reſponſo, eſt pura: quoniam hæc verba, quæ diriguntur ad heredem ſcriptum, *prout quiſque meruerit*, pro boni viri arbitrio accipiuntur *l. fideicommiſſaria, 3. §.1. tit. ſeq. l.20. hoc tit. l. 11. §. ſed etſi, de leg. 3.* Boni viri autem arbitrium eſt certum, nec ineſt

ei

ei ulla mora, vel conditio, ſed ſtatim eſt certum, ſicut æquitas eſt certa, cujus magiſter eſt bonus vir, *l.1.de leg.2.* Hæc autem manumiſſio, *ſervi, qui ſine offenſa fuerunt, liberi ſunto*, conditionalis eſt, ut ait, quia hæc ei injecta eſſe conditio intelligitur, *ſi me teſtatorem non offenderunt*. Et ideo hi tantum vocantur ad libertatem, qui non offenderunt teſtatorem, non ceteri qui offenderunt: & definit, qui offendiſſe intelliguntur, qui locus eſt ſingularis. Offendiſſe dominum intelliguntur, quos pœna coarguit, quos vinxit compedibus pœnæ cauſa, quos compunxit notis pœnæ cauſa, qui *στιγματίαι* dicuntur, & a Tertulliano *ſubverbuſti*, *qui ſont fleſtris au viſage*, ut Galli loquuntur, non ſtigmi, ut Alciatus tentat. Nam ſtigmi non dicitur a ſtigmate, ſed ab ordine quodam, ſerie, verſu. Offendiſſe etiam dominum is dicitur, quem dominus removit a diſpenſatione & actu rerum, adminiſtratione rerum ſuarum, id eſt, quem noluit amplius eſſe actorem rerum ſuarum, qui erat ſummus honor in familia. Offendiſſe etiam dominum intelligitur is, quem removit ab honore miniſtrandi, honor eſt accumbenti domino miniſtrare cibos aut pocula, aut ſtare ad cyathum, vel prægustatorem eſſe, qui locus eſt ſingularis.

Ad L. II. ne de ſtatu def. poſt quinq. quær.

Non eſſe libertatis quæſtionem filiis inferendam, propter matris, vel patris memoriam, poſt quinquennium a morte non retractatam convenit. Nec in ea re, quæ publicam tutelam meruit, pupillis agentibus reſtitutionis auxilium tribuendum eſt, quod quinque annorum tempus, cum tutores non haberet, exceſſerit. Præſcriptio quinque annorum, quæ ſtatum defunctorum tuetur, ſpecie litis ante mortem illatæ non fit irrita, ſi veterem cauſam, deſiſtente qui movit, longo ſilentio finitam probetur.

SEnatuſconſultum, de quo agitur in *h.tit.ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium quæratur*, quod factum eſſe opinor D. Marci temporibus, præſcriptione quinquennii repellit eum, qui poſt quinquennium quam defunctus eſt, qui ut liber in diem mortis vixit ſine controverſia, ſine interpellatione, de ſtatu capitis quæſtionem movet, adſerens eum non ingenuum, ſed aut ſervum ſuum, aut libertinum fuiſſe. Qua de re non agit quidem, nec agere poteſt principaliter in defunctum, quia cum defuncto nulla eſt lis. In defunctum liberale judicium non eſt, *l.principaliter, Cod. de lib. cauſ.* Sed agit de ea re propter aliam cauſam, veluti propter peculium ſive bona, quæ defunctus reliquit, quæ ad ſe tanquam dominum aut patronum ejus pertinere contendit, vel propter filios ejus: Finge, defunctam eſſe matrem, propter cujus conditionem afferat, filios ex ea natos ſervos ſuos eſſe, quod mater ſua eſſet ancilla: & auditur quidem poſt mortem matris intra quinquennium, non poſt quinquennium, niſi ſervus fugitivus fuerit, qui ſe pro libero geſſerit, ut Athenio & Spartacus duces ſervilis belli, *l.ultim. Cod.eodem tit.l.1.Cod. de long. temp.præſcript. quæ pro. lib.* Nam de fugitivi ſtatu quæri poteſt etiam poſt quinquennium mortis ejus, & poſt vicennium, *d. l. ultim.* At ſi ſervus fugitivus non fuerit, qui communi opinione dum vixit pro libero habitus eſt, & agat de ſtatu L. Titii viventis, quaſi filii defuncti: fac, matrem L. Titii mortuam in civitate ante quinquennium, quam dicis ancillam tuam, atque adeo L. Titium filium ejus, ſervum tuum fuiſſe, tibi agenti de ſtatu L. Titii viventis poſt quinquennium mortis matris, ne præjudicium fiat matris ſtatui, obſtat quinquennii præſcriptio, quia non poteſt quæri de ſtatu L. Titii viventis, quin & de ſtatu quæratur matris ejus defunctæ ante quinquennium, *l. 2. Cod. eodem tit.* Et hoc eſt quod ait, *non eſſe libertatis quæſtionem filiis inferendam*, hoc eſt, non eſſe filios petendos in ſervitutem, *propter matris memoriam*, quæ dicitur fuiſſe ancilla petitoris, videlicet, ſi hoc intendat petitor poſt quinquennium mortis matris, quæ commu-

A ni opinione vixit ſemper ut libera. Et additur in hac lege, *vel patris, propter matris, vel patris memoriam*, quæ verba, *vel patris*, prima ſpecie videntur abundare, quia non a patre, ſed a matre ſervitutem trahimus, aut libertatem, & ſicut natus ex libero & ancilla ſervus eſt, quod conſtat inter omnes, *l. partum, Cod. de rei vind.* ita natus ex ſervo & libera, liber eſt, ſpectata conditione matris, non patris, *l. Severus, inf. de decur. l. 1. C. de mulier. quæ ſe prop. ſer. junxer. §. 1. Inſtitut. de ingen.* quia natus ex ſervo & libera habetur pro ſpurio, ſive vulgo quæſito, hoc eſt, nato incerto patre. Nam ſervus incertus homo eſt, ac pene nullus jure civili: ut ergo natus ex incerto patre, non matre, quæ nunquam poteſt eſſe incerta, ſequitur conditionem matris, quæ certior eſt parens: ita natus ex ſervo incerto homine & B libera, pro ſpurio habetur, *l. 3. Cod. ſol. matrim. l. 6. C. de ſuis & legit. hered.* Si igitur ſemper ſpectanda eſt conditio matris, ſive fuerit libera ſive ſerva, cur hic Papin. de patris conditione mentionem injecit? *propter matris*, inquit, *vel patris memoriam*, & conditionem ſcilicet, ut *l. 2. C. eodem* ait, propter matris conditionem, nec addit vel patris. At ut hoc expediamus, dico, ut ex ſervo & libera liber naſcatur, hoc eſſe ex conſtitutione Alexandri Severi introductum favore libertatis, *d. l. Severus, de decur.* cujus Imperatoris tempora, non attigit Papinianus. Nam jure veteri ex ſervo & libera natus, deterioris parentis conditionem & memoriam ſequebatur: ſicut & ex peregrino & cive Romana natus, ut Ulp. C ſcribit *lib. regul.* Cui juri prorſus ſimile eſt illud, quod in legibus. Nivernenſium exprimitur his verbis, *le mavuais emporte le bon*, id eſt, *nati ſequuntur deteriorem conditionem parentis*. Nam ut hoc magis atque magis probem, & quod hodie placet, natum ex ea, quæ libera concepit, ancilla peperit, liberum eſſe, ſpectato conceptionis potius quam partionis ſive editionis tempore: id olim non obtinuit: hodie obtinet ex conſtitut. & extortum dicitur favore libertatis a Paulo 2. *Sentent. tit. de lib. agnoſc.* Jure enim veteri tempus editionis tantum ſpectabatur, non conceptionis, *l. 9. ad municip.* & Cajus 1. *Inſtitut.* hodie etiam conceptionis tempus favore libertatis, *l. 5. de ſtatu hom.* ubi placuit, Principibus ſcilicet. Nam aliud erat jure veteri. Quod autem additur in hac lege, valde ſingulare eſt: nec pupillos, qui in- D tra quinquennium de ſtatu defuncti agere ſuperſederunt, etiamſi ideo ſuperſederint, quod tutores non haberent, reſtitui poſſe in integrum adverſus præſcriptionem quinquennii, ut poſt quinquennium a morte, ea de re agant, quia libertas, ut ait, publicam tutelam meretur adverſus omnes, nec mirum, cum dicatur libertas eſſe res publica, *l. ſi quis rogatus, ſup. de fideic. libert.* unde quod *publicæ utilitatis gratia* in *l. ſi hereditas, §. ultim. de teſt. tut.* in eadem ſpecie eſt, *libertatis gratia*, *l. etſi non adſcripta, C. de fideic. libert.* unde & olim cuilibet agere licuit pro libertate cujuslibet, ut eſt in *Inſtit. tit. de iis per quos agere poſſ.* Tit. Livius 3. *In iis, qui adſeruntur in libertatem, quivis lege agere poteſt*, id eſt, publica actio eſt. Pupillorum etiam favor eſt magnus, *d. l. ſi hereditas, §. ult. l. 3. §. præterea, de ſuſp. tut. l. 1. §. ult. ſup. de uſur. l. pen. C. de neceſſ. ſerv. l. pen. C. de ſer. pign. dat.* E *manum*. Et pupillorum cauſa ſicuti libertatum etiam publicam tutelam & curam mereri dicitur, *l. 2. ſup. qui pet. tut. l. 2. §. tractari, ad Tertull. l. 19. Cod. Theod. de decur.* ſed præponderat & prævalet libertatis favor; quia libertatum cauſa ad multo plures pertinet, eique poſthabetur pupillorum cauſa, & pupillis etiam hac in re Reſpublica comparatur, *l. ſi mater, Cod. ne de ſtatu def.* & fiſcus, *l. 1. in princ. hoc tit.* ut eis non ſubveniatur poſt quinquennium, ut adverſus eos omnes præſcriptio quinquennii currat, nec adverſus eam reſtitui poſſint in integrum: & ſi in pupillis hoc juris eſt, & in minoribus xxv. annis multo magis idem dicendum erit: ſi in hac cauſa non parcitur pupillis, nec puberibus igitur minoribus 25. annis. Neque obſtat *l. ultim. Cod. in quib. cauſ. in integ. reſt. non eſt neceſſ.* quam adfert Accurſius,

quæ ipſo jure tuetur minores adverſus præſcriptiones omnes temporum, quoniam, ut breve faciam, ea lex loquitur de præſcriptionibus, adverſus quas minoribus ſolebat tribui auxilium reſtitutionis in integrum: at adverſus hanc præſcriptionem quinquennii, non potuit tribui auxilium reſtitutionis in integrum. Præterea notandum eſt huic præſcriptioni quinquennii locum non eſſe, ſi ante mortem ejus, de cujus ſtatu quæritur, lis mota fuerit, quoniam peragetur poſt mortem propter cauſam evictionis, vel propter cauſam bonorum, aut propter cauſam filiorum defuncti, *l.3.C.eod.tit.l.2.C.de adſert.toll.* excepto uno caſu, niſi qui movit litem viventi, antequam is moreretur, ab ea deſtiterit, & longo ſilentio ſopita ea lis fuerit, quoniam nec mota fuiſſe intelligitur hoc caſu, *l.10.inf. de div. temp. præſcr.* Et hoc eſt quod ait in hac lege, *præſcriptio quinque annorum, quæ ſtatum defunctorum tuetur, &c.*

Ad L. XIII. Quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.

Ad cognitionem Imperatorum a præſide provinciæ remiſſus, & ſi in ceteris litibus Romæ defendere ſe non cogitur, tamen in provincia defendendus eſt. Nam & exilio temporario puniti, ſi defenſor non exiſtat, bona veneunt.

PRæſes provinciæ cauſam aliquam remiſit ad cognitionem Imperatoris in urbem, forte ex appellatione, ut in *l.22.& 26.inf.de appell.* an in urbem quum venerit, qui appellavit, & remiſſus eſt ad Principem, cogitur ſe in urbe defendere, non in hac lite tantum, ſed & in ceteris omnibus, ſi in urbe conveniatur a creditoribus? Et ait, non cogi, ſed in ea tantum re ſe defendere cogitur, quæ remiſſa eſt ad Principem, idque patet ex *l.2.§.ei quoque, ſup.de jud.* Verum in ceteris litibus, etiam ſi ſit in urbe, defendendus eſt in provincia, ubi domicilium habet, aut ſi non defendatur per procuratorem, creditores poſſunt mitti in poſſeſſionem bonorum, & bona diſtrahere, ut in *l.1.inf. eum qui appell.in prov.def.* Nam ut ſubjicit, & damnatus exilio temporario, puta, relegatus ad tempus, vel qui exilii cauſa ſolum verterit, ut erat expreſſum in edicto prætoris, ut Quintiana oſtendit, ſi non defendatur in provincia, ubi domicilium habet, bona ejus veneunt, quia imputatur ei quod procuratorem aut defenſorem, quem potuit relinquere, non reliquerit, *l.Papin.de minor.l.ſed etſi per Prætorem, §.1.ex quib.cauſ.maj.*

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XV. Reſponſorum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXIX. de Teſt. tut.

Ex ſententia SC. Liboniani, tutor non erit, qui ſe teſtamento pupillo tutorem ſcripſit. Cum autem patris voluntas hoc ipſum manu ſua declarantis ambigua non eſſet, nec admittendam excuſationem, quam jure publico habeat: quoniam promiſiſſe videatur, nec ut ſuſpectum removeri.

CErtum eſt ex Senatuſconſulto Liboniano, facto Tiberii Imperatoris temporibus teneri quaſi falſarium, licet falſarius non ſit, pœna legis Corneliæ de falſis, niſi veniam a Principe, vel ſenatu impetraverit eum, qui alienum teſtamentum ſcripſit dictante teſtatore, ſi hereditatem, vel legatum, vel fideicommiſſum ſibi adſcripſerit, quamvis id juſſu teſtatoris fecerit, idque etiam ſibi inutiliter adſcripſerit, quoniam pro non ſcripto eſt quod quis ſibi adſcribit in alieno teſtamento, *l.1.inf.de iis, quæ pro non ſcrip.hab.* SCtum loquitur de hereditate tantum, & legato, & fideicommiſſo, & libertate, quod quis ſibi adſcripſit, cum adhibitus eſſet ad ſcribendum alienum teſtamentum. Sed ex ſententia Senatuſconſulti idem juris eſt, ſi ſcriptor teſtamenti, cum eſſet ex liberis teſtatoris, ſibi adſcripſerit adſignationem liberti, *l.22. §.qui libert.ad leg. Cornel.de falſ.* Ex ſententia, inquam, Senatuſconſulti, non ex verbis, quia adſignatio liberti, neque legatum, neque fideicommiſſum eſt, *l.7.inf.de adſignat.lib.* Et ſimiliter ex ſententia Senatuſconſulti tenetur ſcriptor teſtamenti alieni, qui ſibi adſcripſit mortis cauſa capionem, ut puta, qui legato alii relicto adſcripſit conditionem ſibi dandæ pecuniæ, qua pecunia demum data pervenit ad legatum legatarius, & capi dicitur ea pecunia mortis cauſa, quæ datur conditionis implendæ gratia. Ergo ex ſententia Senatuſconſulti tenetur etiam is, qui legato alii relicto adſcribit conditionem ſibi dandæ pecuniæ certæ, hoc eſt, qui ſibi adſcribit mortis cauſa capionem, *d.l.22.§.pen.* Ex ſententia, inquam, Senatuſconſulti, non ex verbis, quia mortis cauſa capio, neque legatum, neque fideicommiſſum eſt, ſed proprie quædam capiendi ſpecies, quæ commune nomen mortis cauſa capionis, fecit ſuum proprium, *l.31.de mort. cauſ. donat. l.8.inf.ſi quis omiſſ.cau.teſt.* Ex ſententia etiam Senatuſconſulti hoc loco oſtenditur, teneri ſcriptorem alieni teſtamenti, qui & in jure ſæpe dicitur teſtamentarius, id eſt, ſcriptor alieni teſtamenti, & ennomio in gloſ. Phyloxeni. Teneri, inquam, teſtamentarium (ex ſententia dico Senatuſconſulti) qui ſibi adſcribit tutelam filii impuberis teſtatoris. Ex ſententia, non ex verbis, quoniam & tutela, legatum aut fideicommiſſum pecuniarium non eſt: ergo ſicut legatum ſibi adſcribit inutiliter, ita & tutelam. Denique ex teſtamento tutor eſſe non poteſt, præterquam (hic enim caſus eſt excipiendus) ſi teſtator ipſe manu ſua ſpecialiter declaraverit, ſe eum tutorem eſſe velle, aut probare quæcunque is ſcripſiſſet, ſe dictante his verbis, *quod Luc. Titio dictavi, & recognovi.* Hoc caſu tutor dabitur non ex teſtamento quidem protinus ipſo, ſed ex confirmatione, & decreto prætoris, vel Præſidis, quoniam prius inquirendum eſt, an ſit idoneus, *l.uxori §.1.inf.ad l.Cornel.de falſ.* nam & hoc caſu, qui ſibi adſcripſit legatum, legatum capit, quum teſtator ſpecialiter ſubſcripſit, *quod illi dictavi & recognovi, l.1.§.inter, & l.15.§.plane, eod.tit.* Tutor autem tum maxime dabitur ex inquiſitione, decreto Prætoris, vel Præſidis in caſu excepto, quum eodem teſtamento alii tutores pupillo inſtituti non ſunt: nam ſi cum eo alii ſint in teſtamento tutores inſtituti ſive dati, facilius ille curator dabitur & adjungetur aliis tutoribus, quam tutor, quoniam ſemper dativa tutela teſtamentariæ cedit, ut & de legitima tutela dicitur in *l.9.§.1.inf.de tut.& rat. diſtr.* Et qui confirmatur tutor teſtamento datus, dativus eſt, non teſtamentarius proprie, *l.5.tit.ſeq.* Et de hujuſmodi caſu, quem excipiendum eſſe diximus, ita reſpondit Papinian. hoc loco, *ut propter ſpecialem ſubſcriptionem teſtatoris, cum alii tutores dati ſunt, & is, qui ſe tutorem cum aliis ſcripſit tutoribus curator adjungatur ex inquiſitione.* Et adiicit: *Eum hoc caſu, qui ſe tutorem ſcripſit, nulla excuſatione uti poſſe, etiamſi quam habeat probatam jure publico, vel propter numerum liberorum, vel propter aliam juſtam cauſam, nullo modo poteſt ſe excuſare a tutela, quam ſibi adſcripſit, excuſationem, quam habuit, amittit.* In ſummario Bartoli ad hanc legem corrupte *executionem amittit*, pro *amittit excuſationem*. Cur vero excuſationem amittit, quam habuit jure communi, jure publico? quia promiſiſſe, inquit, videtur, id eſt, fidem patri dediſſe, ſe eam tutelam adminiſtraturum, & conſenſiſſe voluntati patris, qui ſe eo jubente tutorem ſcripſit. Certum autem eſt, eos qui patri promiſerunt, ſe tutelam adminiſtraturos, nulla ratione excuſari poſſe, *l.15.* quæ incipit *σπάδοντα §.1.de excuſat.tut.* Nuda igitur promiſſio aufert jus excuſationis: nuda promiſſio, amiſſio excuſationis eſt. Nec obſtat *l. quum quis decedens 30. in princ.inf.de leg. 3.* quam hic objicit Accurſius: Ex qua hoc tantum efficitur, ex nuda promiſſione, vel profeſſione actionem non naſci. Si quis, ut enarrem ſpeciem breviter, rem ſuam ſibi lega-

legatam, quod legatum est inutile, & a se per fideicommissum alii relictam in jure profiteatur, se fideicommissario præstiturum, & nihil facturum contra voluntatem defuncti: nam ea professio nullam fideicommissario actionem parit, sicut nec, ut rectissime Bartolus notavit, si quis rem meam me consentiente alii legaverit, is consensus nullam legatario actionem parit, consensus me non obligat ad rem meam alii præstandam, quia nudus consensus est. Hoc efficitur ex *d. l. quum quis decedens*; ergo nihil efficitur, quod pugnet cum hoc responso, in quo hoc tantum dicitur, nudam promissionem promittenti adimere jus excusationis, quod habuit ex jure publico. Utrumque est verum, & quod hic & illic dicitur, nec adversum alii aliud. Pergamus igitur ad alia. Addit in hac lege, non posse etiam eum, qui se tutorem scripsit, removeri a tutela, vel cura ut suspectum: Quum speciali subscriptione testator omnia probavit, quæ dictavit ei, & omnia recognovit, ut diximus ante; videbatur posse removeri ut suspectus, quod ultro videatur affectasse tutelam: imo non ultro affectavit, sed jubente testatore, ac deinde etiam manu sua subscribente, & factum approbante. Suspectus dicitur, qui operam suam ingerit invito, *l. qui omnia*, §. 1. *de procurat.* invito, non qui volenti. Et hæc est sententia *h. l.*

Ad L. Ult. si quis al. testa. prohib.

Virum qui non per vim nec dolum, quo minus uxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed (ut fieri adsolet) offensam ægræ mulieris maritali sermone placaverat: in crimen non incidisse respondi, nec ei, quod testamento fuerat datum, offerendum.

CErtum est ex constitutione Adriani, de qua in hoc titulo agitur, coerceri crimen prohibiti per vim aut dolum, vel extorti testamenti, aut codicilli. Quomodo? nimirum a fisco ablata hereditate vel legato, vel fideicommisso, veluti indignis, ut ait *l. 2. C. eod. tit.* veluti indignis eis, quibus testamento relictum est aliquid, videlicet si per vim vel dolum testatorem prohibuerint mutare testamentum in quo aliquid eis relictum est: vel si prohibuerint testatorem facere codicillos, quibus adimere volebat relictum his legatum aut fideicommissum, si per vim aut dolum id egerint, ne hoc perficeret testator, forte dum scriptorem testamenti vel codicillorum, quem testator adscivit, vel testes, quos rogavit, eximunt aut morantur, vel ludificantur quo minus veniant: merito iis ut indignis fiscus aufert, quod relictum est, quia supremam defuncti voluntatem non habent: crimen est, si interveniat vis aut dolus, non si blanditiæ, aut illecebræ. Nam blanditiis, non prohibemur elicere hominum voluntates, benignitatem, προθυμίας. Et ideo si maritus, quæ est species hujus legis, cui quid uxor testamento legavit, uxore legatum ei adimere volente, non vi adhibita, ereptis testibus aut erepto, vel expulso testamentario, non dolo malo, veluti dolosis persuasionibus, aut calliditate quadam, mora, aut impedimento aliquo objecto testibus vel testamentario, ne venirent, ne introirent, sed maritali sermone, ut ait, utque ex hoc ipso loco est scriptum in *l. ult. C. eod.* hoc est, blando sermone uxorem ægram animi & offensam atque infensam sibi placaverit, atque ita effecerit, ne quod decreverat, ad effectum perduceret, puta, ne mutaret voluntatem, ne codicillis legatum adimeret: hoc vero ait extra crimen esse, nec ob eam rem marito legatum esse auferendum ut indigno: in aliis plerisque causis blanditiæ maritales vel uxoriæ cohibentur & reprimuntur, *l. 1. C. Teod. de inf. pœnis cœl.* veluti lege Julia & Papia, quæ virum & uxorem inter se solidum capere vetat, & lege Solonis recepta jure civili populi Romani, quæ non vult inter virum & uxorem consistere factas donationes. His legibus sane cohibentur blanditiæ maritales, alioquin in immensum donaret alter alteri, & in solidum bona sua relinqueret alteri,

A sed specie proposita, non est quod blanditiæ, aut cohibeantur aut reprimantur.

Ad L. XVIII. de his quæ ut Indign.

Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit cogendum restituere respondi, quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum, post motam de tacito fideicommisso controversiam, ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi, sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant: quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. Sed Divus Severus bonorum tacite relictorum, citra distinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, non etiam usuras
B *eorum benigne decrevit, quo jure utimur.*

IN hac lege sunt tria responsa de tacitis fideicommissis, in primo responso idem ostenditur fere, quod in proximo superiore: malæ fidei possessorem omnes fructus debere restituere petentibus hereditatem, etiam eos, quos ante litem motam percepit, aut percipere potuit. Et ideo heredem, qui tacitam fidem interposuit, tacitumve ministerium suscepit in fraudem legum incapaci restituendæ hereditatis, quia prædo & malæ fidei possessor est, *l. prædonis, sup. de petit. hered.* fisco cum hereditariis bonis etiam fructus debere restituere ante litem motam perceptos, aut consumptorum fructuum pretia, *exemplo*, inquit, *bonorum fisco vindicatorum*, id est, sicut bona fisco vindicantur ex causa taciti fideicommissi, ita & eorum bonorum fructus, etiam qui
C percepti sunt ante motam litem. Quod autem sequitur in hoc ipso responso, *post motam de tacito fideicommisso controversiam*, est etiam de fructibus perceptis ante motam litem: & his verbis *post motam controversiam*, hoc tantum significatur, a tempore litis contestatæ, pretiorum, quæ percepit ante litem contestatam, distractis fructibus, venditis fructibus, & in sortem redactis cujuscumque generis fructus fuerint, quoniam ait, omnium fructuum, usuras præstare heredem a tempore litis contestatæ, qui tacitam fidem interposuit, ut in fraudem legis incapaci hereditatem restitueret: a tempore, inquam, litis contestatæ. Ejus vero temporis quod præcessit litis contestationem usuras nullas præstare;
D crescit mala fides ex litis contestatione & contumacia possessoris fisco non restituentis hereditatem, & usurarum quoque additamento plectitur: & dixi, distractis fructibus, quia si is heres fructus non distraxerit, sed in usu suo habuerit & consumpserit, nec eos in æs redegerit, satis est fructuum ante litem motam consumptorum pretia restitui sine usuris pretiorum. Et hoc quidem ipso jure ita se habet. Itaque se respondisse Papinianus scribit ante decretum Severi, quod subjicit: nam postea Severus specialiter in casu proposito, id est, fisco bona tacite relicta vindicante satis habuit, *citra distinctionem temporis*, hoc est, non solum ante tempus litis contestatæ, sed & post litem contestatam, pretia fructuum, qui venierunt ante litem contestatam, sola fisco restitui sine usuris, id est, nec usu-
E ras deberi a tempore litis contestatæ, sicut nec ejus temporis quod præcessit litis contestationem. Idque ut ait Severus, ita benigne decrevit in gratiam heredum fisco suo non favens. Nec pugnat cum hoc decreto lex, *cum quidam*, §. *in tacito sup. de usur.* quæ heredi, qui tacitam fidem accommodavit, dicit, auferri usurarum emolumentum, quia de usuris loquitur, quas heres percepit a debitoribus hereditariis, non de usuris fructuum distractorum. Quia vero id tantum, benigne ut ait, Severus decrevit in causa taciti fideicommissi; & quod benigne decretum est in una causa, ad consequentias trahi non oportet, *l. qui negotia, mandati*: ideo illo casu excepto, alias regulariter statuimus, si agatur petitione hereditatis, malæ fidei possessorem a die litis contestatæ pretia fructuum ante litem percepta cum

usuris debere restituere, etiamsi ex ea pecunia locupletior factus non sit, quia hi fructus auxerunt hereditatem. Et perinde ac cetera bona in hereditatis petitionem veniunt, id est, petita hereditate, & ipsi principaliter petiti videntur, vel pretia eorum, *l. 1. C. eod. tit. l. item veniunt*, §. *fructus*, *l. illud*, §. *prædo*, *l. heres furiosi*, §. *ult. sup. de pet. hered. l. 2. C. eod. tit.* Et ideo eorum fructuum vel pretiorum, quæ ex iis redacta sunt quia petiti intelliguntur petita hereditate quasi pars hereditatis, usuræ eorum fructuum officio judicis in petitionem hereditatis accedunt, quasi fructuum principaliter petitorum fructus. In petitionem hereditatis, inquam, non in condictionem fructuum specialem, vel in specialem in rem actionem, *d. l. 2. l. neque*, *sup. de usur.* Et rationem diversitatis inter actiones memini me latius exponere *lib. 2. ad d. l. heres furiosi*, §. *ult.* quam differentiam actionum etiam recte observavit Accursius in *d. l. neque*. Et hæc de fructibus perceptis ante litem contestatam a malæ fidei possessore. Post litem vero contestatam fructibus aut pretiis fructuum perceptis, quoniam hi fructus petiti non sunt, qui nondum erant in rerum natura, nec principaliter venerunt in judicium petitionis hereditatis, accedunt officio judicis: si accedunt, ergo eorum usuræ non præstantur, quia accessionis accessio esse non potest, *d. l. heres furiosi*, §. *ult. d. l. neque*: accessio rei principalis est accessio, hoc est, rei petitæ principaliter, qualisqualis ea res sit, non accessionis. Et hæc de malæ fidei possessore. Bonæ fidei possessor (ut hoc quoque exponamus, quamvis prætermittatur a Papiniano) fructuum aut pretiorum consumptorum ante litem contestatam, nec ex tempore litis contestatæ usuras præstat, quia nec fructus ipsos, nec pretia eorum præstat, sed eos tantum fructus, quibus locupletior factus est, quibus adolevit ante litem, & ex die litis motæ eorum usuras quibus auctior & locupletior factus est, usuras ex die litis contestatæ, *l. 1. C. de pet. hered. l. illud*, §. *in bonæ fidei*, & *d. l. heres furiosi*, *eod. tit.* Post litem vero contestatam, quod ad fructuum rationem attinet, qui percipiuntur post litem, idem juris est in bonæ fidei & malæ fidei possessore, *l. sed etsi lege*, §. *ante*, *de pet. hered. l. 38. de jur. fisci*. In distractis quoque rebus hereditariis ante litem motam Ulpianus hanc differentiam inducit, interpretans *l. 1. C. de his, quæ ut indign.* in *l. item veniunt* §. *ceterum*, *de pet. hered.* Quod ex die distractionis rerum hereditariarum, jam non loquimur de fructib. sed de corporib. sive prædiis hereditariis, aut de rebus immobilibus: quod, inquam, ex die distractionis, ex die distractarum rerum hereditariarum, quæ servari poterant, malæ fidei possessor usuras præstat ex die venditionis, vel res ipsas, atque fructus earum, si hoc malit actor, vel quanti in litem actor juraverit, qui omnimodo vult res sibi restitui & fructus earum. Rerum autem distractarum, quæ servando servari non poterant, quæ onerabant magis hereditatem quam fructui essent; malæ fidei possessor usuras præstat ex die tantum litis contestatæ. Et ita accipit Ulpianus *d. l. 1. C. eod. tit.* Bonæ fidei autem possessor omnium rerum, si locuples factus sit, præstat usuras ex die tantum litis contestatæ, nunquam ex die venditionis, *l. 1. C. de pet. hered.* Et hæc est hujus quæstionis summa definitio.

Ad §. Bonis.

Bonis universis ex causa taciti fideicommissi fisco restitutis, heredem onus æris alieni non spectare convenit: nec aliud servatur morte non defensa. Si quid tamen ob aditam hereditatem, actionibus aut servitutibus confusis, amiserit, auxilio restitutionis non merebitur.

IN secundo responso h. l. ostenditur, hereditatem, ob causam taciti fideicommissi fisco vindicari cum onere æris alieni, onera æris alieni sequi fiscum, qui aufert hereditatem, quia fiscus heredis locum obtinet, fiscus est heres re, non nomine: heres scriptus, qui tacitam fidem accommodavit, heres est nomine, non re, quia qui semel adeundo extitit heres, non desinit esse heres, licet ei ut indigno auferatur hereditas, sive emolumentum omne hereditatis, *l. ex facto*, §. *ult. sup. de vulg. & pup. subst.* Et adjicit Papinianus in hoc secundo responso idem servari, si fisco hereditas vindicetur ob causam inultæ necis defuncti, heredi erepta hereditate veluti ab ingrato & indigno, quod non vindicarit necem defuncti, quæ causa confiscandorum bonorum justissima est, quondam etiam publico Francorum conventu probata secundum leges Romanas, ut nominatim scribit Aimonius monachus hist. Francor. 4. ca. 28. *Secundum leges Romanas*, inquit, *quæ sanciunt paterna hereditate decidere eos, qui interfecti non vindicant necem*. Et ex hac quoque causa, ut diximus, bona in fiscum rediguntur cum onere æris alieni, eadem ratione, quia fiscus successor est universi juris, & heredis vicem obtinet, idcirco respondere debet omnibus creditoribus hereditariis. Excipitur tantum æs alienum, quod defunctus debuit heredi, qui postea indignus pronuntiatus est. Id enim quod heredi debuit aditione hereditatis confusum est & extinctum, nec evicta hereditate a fisco heredi restitui actionem, sicut nec servitutem prædiorum aditione confusam, æquum est, quoniam malæ fidei possessor est, qui tacitam fidem accommodavit, vel qui sciens non est ultus necem defuncti: bonæ fidei possessori confusæ actiones & servitutes restaurarentur, restituerentur & redintegrarentur, *l. prox. sup. l. propter*, §. *1. de Senatusc. Syllan. l. ejus*, §. *ult. de jure fisci*.

Ad §. Ultimum.

Pro parte heres institutus, prædii legatum acceperat, & in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat: quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei prædium integrum esse relinquendum respondi: neque enim rationem juris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis.

TEstator Lucio Titio heredi instituto ex parte fundum prælegavit: nemo est, qui nesciat prælegati jus hoc esse, ut pars ejus possideatur pro herede, pars pro legato, id est, ut diverso jure capiatur, partim jure hereditario, partim jure legati, *l. in quartam*, *ad l. Falcid.* At si pars hereditatis L. Titio auferatur ut indigno ex causa taciti fideicommissi: Quæritur, an etiam ei auferatur pars fundi prælegati, quam jure hereditario possidere videtur? Et respondet, nullam partem fundi ei auferri, quia ablata portione hereditatis, jam non jure prælegati, sed jure legati totum fundum habere videtur, ut extraneus, non ut heres, quia nec pro herede instituto habetur, qui non sui, sed incapacis gratia institutus est, ut ei mox restitueret bona. Fiscus igitur auferet, quia & tacitam fidem L. Titius accommodavit tantum in hereditate, id est, in portione hereditatis, non in legato; alioquin & legatum fiscus auferret. Quum quis rogatur, quod maxime notandum est, portionem restituere simpliciter & absolute, etiam prælegatum totum fideicommisso continetur: cum portionem hereditatis rogatur restituere, non continetur fideicommisso pars prælegati, quæ a coherede jure legati capitur, *l. Marcellus*, §. *quidam*, *l. in fideicommissariam*, §. *ult. ad Treb. l. filium quem*, *C. fam. erc.* Itaque in proposita specie recte definit Papinianus, *rationem juris ac varietatem possessionis*, ut ait, quod scil. diverso jure capi videatur prælegatum, partim hereditario jure, partim jure lagati, evicta portione hereditatis, eam rationem juris, ac varietatem, & eam subtilitatem juris *non inducere divisionem voluntatis*, id est, non scindere legatum, sed integrum legatum L. Titio esse præstandum, sicut eveniret, si nullo dato tacito fideicommisso L. Titius utro repudiasset portionem hereditatis, non prælegatum.

tum: nam & hoc caſu totum prælegatum conſequeretur, *l.17.§.ult.& l.18.l.quæſitum*, *§. duobus*, *ſup. de leg.1. l.cum reſpon.C.de leg.* quia ſeparare voluit L. Titius hereditatem a legato, hereditatem reſpuere, legatum amplecti. Aliud tamen dicendum eſt, ſi L. Titius ante aditam vel repudiatam hereditatem, dum deliberat, vita deceſſiſſet, quoniam hoc caſu totum prælegatum non tranſmitteret in heredem, ſed partem tantum, quæ a coherede capitur jure legati, quia mortuus eſt priuſquam ſepararet hereditatem a legato, *l.miles*, *§. ult. de leg.2.* Poſt hanc legem 18. male huic libro tribuitur *l. Cajus de manumiſſ.* quam Baſilica rectius indicant eſſe Pauli non Papiniani, & lex quoque ipſa, illo loco: *Paulus reſpondit*: & non eſſe Papiniani etiam ex eo patet, quod lex quæ præcedit *legem Cajus*, ſit ex definitionibus Papiniani, & definitiones non ſolent præcedere reſponſa Papiniani, ſed ſubſequi, hic eſt ordo Pandectarum. Itaque omiſſa hac lege tranſitum faciamus ad *l.2.de jure aur.annul.* Sed priuſquam ad eam legem veniamus, quæ eſt *de jur.aur.annulorum*, quæ nobis ex ordine ſuggeritur, apertius explicabo, quod habemus in *l.18. §. ult. de his, quib. ut indign.* dum ait in ſpecie propoſita *§. ult.* *rationem juris, ac varietatem poſſeſſionis non inducere diviſionem voluntatis*. Hæc verba faciamus dilucidiora: heredi ex parte prælegato fundo, ratio juris inducit varietatem poſſeſſionis, & varietas poſſeſſionis inducit diviſionem voluntatis: *ratio juris*, quia ſc. pro parte hereditaria ejus, cui fundus legatus eſt, legatum inutile eſt, quaſi heredi a ſemetipſo relictum, quaſi a ſeipſo ſibiipſi debitum; quod fieri nequit, ut quiſquam ſibiipſi quicquam debeat, *l.legatum*, *§. 1. de leg.1.* Hæc ratio juris inducit varietatem poſſeſſionis, id eſt, efficit, ut partem prælegati is heres poſſideat jure legati, partem jure hereditario, non jure legati, quia pro parte legatum non conſiſtit. Et rurſus hæc varietas poſſeſſionis inducit diviſionem voluntatis teſtatoris, qui totum fundum ad heredem pervenire voluit jure legati, quia pars tantum ad eum pervenit jure legati, non etiam pars altera. Verum portione hereditatis heredi ablata ex cauſa taciti fideicommiſſi, ceſſat illa ratio juris, quia non capit aut non retinet portionem hereditatis, atque adeo ceſſat varietas poſſeſſionis, & conſequenter indiviſa voluntate teſtatoris, indiviſoque legato totus fundus capitur jure legati, nec redigitur in fiſcum, quia heres tacitam fidem interpoſuit in portione hereditatis tantum, non in legato. Et fideicommiſſo quidem portionis hereditariæ capaci relicto utiliter, ſane nec fideicommiſſo totum legatum contineretur, ſed pars hereditaria tantum, *l.in fideicommiſſariam*, *§.ult.ad Treb.* aut imputaretur in Falcidiam, *l.filium quem*, *C.fam. erc. l. in quartam*, *ad l. Falcid.* at fideicommiſſo portionis hereditariæ incapaci tacite relicto, quod fiſcus eripit, nulla pars legati fideicommiſſo continetur, quia heres ſcriptus, cui aufertur portio hereditatis, totum fundum capit jure legati, ut extraneus, nec jam ut heres, quia non eſt heres cum re, ſicut ſi ultro repudiaſſet portionem hereditatis. Et ita hæc verba illius legis ſunt explicanda. His verbis nihil videtur eſſe apertius; nunc veniamus ad *l.2. de jur. aur. annul.*

Ad L.II. de Jure aur. annul.

Intra quinque annos pro ingenuitate ſententia dicta reſciſſa fuerat: victum annulorum aureorum beneficium, quod ante ſententiam pro ingenuitate dictam acceperit, ac depoſuit, non retinuiſſe reſpondi.

Dicta pro ingenuitate ſententia ſciente patrono, pro veritate habetur, & ingenuum facit eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, *l. ingenuum*, *ſup. de ſtatu hom.* Sed ſi poſtea probetur, de ingenuitate actum per colluſionem, & colludente ac prævaricante adverſario, pronuntiatum eum fuiſſe ingenuum, cauſa ingenuitatis denuo retractari poteſt intra quinquennium, non poſt quinquennium, *l. pen. inf. ſi ing. eſſe dic. l.29. §. ult. de lib. cau.* Intra quinquennium vero retractari poteſt, ſi vivat is, qui ante ingenuus pronuntiatus eſt, luſorie agente adverſario: ſi vivat, inquam, non etiam poſt mortem ejus; imo & vivo eo, quæ cœpit retractari cauſa ingenuitatis extinguitur, ſi moriatur pendente conditione, ex oratione D.Marci, *l.1. §. ſed interdum*, *inf. ne de ſtat. defunct.* Et quod dicitur, de ſtatu defunctorum poſſe quæri intra quinquennium mortis cujuſque, verum eſt, ſi is vixerit ut liber communi opinione hominum tantum, non etiam ſi liber & ingenuus pronuntiatus ſit: nam hujus ſtatus poſt mortem revocari in dubium nullo unquam tempore poteſt: dum vivit, in dubium revocari poteſt intra quinquennium retractata eadem cauſa, ex juſta aliqua cauſa, ut puta, ſicut dixi, ſi priore judicio per colluſionem ingenuus pronuntiatus ſit, *l.2. inf. de colluſ. deteg.* Hoc cognito, fac retractata cauſa ingenuitatis, ſententiam pro ingenuitate olim dictam fuiſſe reſciſſam intra quinquennium, eo, qui ingenuus pronuntiatus fuerat priore judicio, poſteriore judicio pronuntiato libertino, aliquo detegente colluſionem prioris judicii, quoniam quilibet admittitur ad colluſionem detegendam, *d. l.2. §. ult.* quæritur, an ſi hic, qui poſteriore judicio, reſciſſo priore libertinus pronuntiatus eſt, & redditus ſuæ conditioni priſtinæ, an ſi ante ſententiam priorem pro ingenuitate dictam, habuerit jus aureorum annulorum, an libertinitati ſuæ reddatur eum eodem jure aureorum annulorum, quod habuit ante? Et reſpondet, eum reſtitui libertinitati: non juri, non honori, non beneficio aurei annuli, hac ratione: quia ut ait, *jus aureorum annulorum depoſuit*, id eſt, eo honore ſe abdicavit, affectata ingenuitate, atque adeo ſæpe fit, ut qui captat plus, quam ſibi jure competat, id etiam amittat, quod jure ſibi competit, ut in ſpecie *l.16. de iis, quibus ut indign.* qui non jure captat aſſem, & ſemiſſem amittit, qui ei jure competebat. Quo argumento poſſumus uti quotidie in cauſis pleriſque. Et vero in hac l.2. pridem ſe ita reſpondiſſe Papinianus ait: reſpondit autem libro 1. quod extat in *l.1. hujus tituli*, ubi & eadem ratione dicitur, eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, poſtea reſciſſa pronutiatione, judicio acto de integro, non admitti ad legatum alimentorum, quod libertis patronus reliquerat: reſtitui quidem libertinitati, ſed non reſtitui commodo libertinitatis, quia eo ſe abſtinuiſſe intelligitur affectata ingenuitate.

Ad L.LIII. de Fidejuſſoribus.

Capitis rei poſtulati fidejuſſores, ex contractu citra ullam præſcriptionem a creditore, qui reum poſtulavit, recte conveniuntur.

Sententia hæc eſt: Creditorem, ſi debitorem ſuum reum fecerit capitis, & pendente cognitione criminis capitalis cum eo agat ex crediti cauſa, repelli a debitore præſcriptione hujuſmodi (hæc erit formula) *Quod me in majus periculum vocaveris amittendorum omnium bonorum meorum*, quaſi dicat, *non eſt æquum te repoſcere pecuniam debitam pendente judicio capitali, qui hoc agis, ut omnia mea bona publicentur.* Debitor ergo hac exceptione uti poteſt. Quæritur, an ex perſona debitoris eadem exceptione fidejuſſor ejus uti poſſit? Et reſpondet, non poſſe, quia ipſe fidejuſſor etiam de ſuo capite non periclitatur; & eſt admodum ſingulare reſponſum. Cui non obſtat *l. ex perſona*, *ſup. hoc tit. l.omnes*, *de except.* quia non hoc definiunt aut volunt, omnem exceptionem, quæ debitori competit, & fidejuſſori competere. Hoc enim eſt falſum, ſed exceptionem, quæcunque fidejuſſori competit ex perſona debitoris, etiam invito debitore competere fidejuſſori, veluti exceptionem doli mali, *l.16. hoc tit. l. fidejuſſori*, *ſup. de donat.* non tamen omnis exceptio, quæ debitori competit, & fidejuſſori competit, non quæ cohæret perſonæ debitoris, vel rei, qua de agitur, *l.7. ſup. de except.* non exceptio, ſi non bonis ceſſerit, quum debitor ceſſit bonis, *§. ult. Inſtitut.*

ſtitut. de replic. Non etiam in hac ſpecie exceptio hæc, quam aliter concipiamus, eodem ſenſu tamen, ſi non in ea cauſa ſit debitor, ut capitis deminutionem & bonorum ademptionem patiatur. Hæc exceptio dabitur debitori reo poſtulato capitis, non fidejuſſori ejus: nam & capitis deminutione ademptis bonis debitor liberatur, fidejuſſor non liberatur, *l.* 1. *C. de fidejuſſ. l.* 11. *C. de except.* de capitis reo eſt etiam ex eodem libro *l. pen. de accuſ.* quam breviter explicabimus.

Ad L. Pen. de accuſ.

Capitis reus, ſuſpenſo crimine, cauſam fiſco deferre non prohibetur.

DAmnatus capitis, quod certum eſt cauſam fiſco deferre non poteſt, non eſt juſtus delator, *l.* 18. *de jure fiſci*. At capitis poſtulatus tantum, nondum damnatus, *ſuſpenſo crimine*, deferre cauſam fiſcalem non prohibetur, ſibi novos honores petere prohibetur, *l. reus, inf. de munerib. & honor. l.* 1. *C. de reis poſt. lib.* 10. fiſco cauſam deferre non prohibetur, quandiu eſt in reatu, nec dum damnatus, & hoc loco, ſuſpenſo crimine dicit, ut *l. propter, de Senatuſ. Syllan.* quod ſuſpenſa cognitione, *l. Papin.* §. 1. *de adquir. hered. l. pen. C. de crim. expil. heredit.* ante eventum cognitionis, *l. pater,* §. *ex quadrante, de doli except.*

Ad L. Penult. de publ. jud.

Accuſatore defuncto, res ab alio, judicante præſide provinciæ peragi poteſt. Ad crimen judicii publici perſequendum fruſtra procurator intervenit: multoque magis ad defendendum, ſed excuſationes abſentium ex Senatuſconſulto judicibus allegantur, & ſi juſtam rationem habeant, ſententia differtur.

PRimum oſtendit, defuncto accuſatore, non reo (nam morte rei extinguitur crimen) *l. defuncto ſup. hoc tit.* rem ab alio apud eundem judicem peragi poſſe, an & reum? an defuncto accuſatore & res & reus apud eundem judicem peragi poteſt? Sic videtur, licet mortuo accuſatore reus abolitionem impetraverit, ut nomen ejus eximeretur numero reorum: nam & poſt abolitionem impetratam reus repeti poteſt ejusdem criminis intra 30. dies utiles a die impetratæ abolitionis, *l.* 3. §. *ult. l. ſi tamen,* §. *ult. tit. ſeq.* hoc eſt apertiſſimum. At ſequitur aliud in hac lege, *ad crimen publici judicii perſequendum fruſtra procuratorem intervenire*, hoc eſt, *accuſationem criminis publici judicii per ſe inſtituendam, per procuratorem inſtitui non poſſe*: civiliter agimus per procuratorem recte, criminaliter haud recte, *l.* 1. *inf. an per alium cauſ. appell. l. tunc convenit, C. de accuſ. l.* 2. *C. ad leg. Fabiam, de plag. l.* 16. *ad l. Cornel. de falſ. l. ult. C. ubi Senatores vel clar.* Paulus 5. Sentent. *Crimen*, inquit, *quod vindictæ, aut calumniæ judicium expectat, per alios intendi non poteſt.* Et cum dixiſſet Papinianus, ad accuſandum judicio publico fruſtra procuratorem dari, adjicit, multo magis ad defendendum eum, qui reus poſtulatur judicio publico. Cur ait, *multo magis*? Quia ſcilicet præſentia rei magis, quam actoris neceſſaria eſt, ut reus componatur cum teſtibus, dicimus, *confronté qu' il ſoit*, & ut ex ore ejus & vultu judex veritatem eruat. Regula hæc ſit: in criminalibus cauſis, neque ad accuſandum, neque ad defendendum procuratorem dari poſſe, ſed cauſam agi oportere per ipſum accuſatorem ipſumque reum. Excipiuntur tantum illuſtres viri, tam legitimi, quam honorarii, qui non omne quidem criminale judicium, ſed judicium tantum criminale injuriarum poſſunt agere per procuratorem, ſed neceſſe eſt, initio, ut ipſi ſi accuſent injuriarum, inſcribant in crimen, & condemnatio quoque in eorum perſona facienda eſt, *l. ult. C. de injur.* Quod datur etiam in eodem judicio criminali injuriarum Epiſcopis & Presbyteris in *Novel. Valentiniani, de Epiſc. jud.* Additur hoc loco etiam, excuſationes abſentium reorum vel accuſatorum poſſe allegari per alios, per amicum, per procuratorem voluntarium, quod in idiotiſmo eſt, *exonier*, quod verbum non ex Græco venit, ut quidam ſomniant, ſed ex Barbaro Latino, *exidoneare*, hoc eſt allegare, cur non ſit quis idoneus modo ſiſtendi ſe in judicio, cur impediatur venire in jus. Non poſſumus igitur per procuratorem accuſare, vel defendere crimen, ſed poſſumus abſentiæ cauſam allegare, & ut loquuntur, *exidoneare abſentem*, & ſi juſtæ cauſæ videbuntur, ſane judicium differtur, quod Papinianus ait eſſe ex Senatuſconſulto, ut abſentia poſſit excuſari per alium, quo oſtenditur etiam in *l. inter, ſup. hoc tit.* Addo ad Papinianum, in capitalibus criminibus, non in omnibus criminibus, ſed in capitalibus tantum, non tantum abſentiam poſſe per alium excuſari, ſed etiam innocentiam, tota cauſa acta per alium, qui ſuſcipiat rei defenſionem ultro, ſua ſponte, ſine mandato rei, qui periculi rei commiſereatur, quoniam aperte proditum eſt in *l. ſervum,* §. *publice de procur.* in capitalibus criminibus quemlibet pro abſente verba facientem, & innocentiam ejus purgantem audiri. Idque eſſe ordinarium, id eſt, legitimum & conſtitutum quoque ab Alexandro Severo, videlicet in *l.* 3. *C. de accuſat.* Innocentiæ nomen non totam cauſam criminalem complectitur, ſed eam tantum, quæ capitalis eſt, nec novum ſcilicet videri debet: nam & quilibet appellans pro eo, qui ducitur ad ſupplicium, qui non vult appellare, forte auditur, *l. non tantum, de appellat.* Si auditur, qui appellat pro eo, qui ducitur ad ſupplicium, ſuæ ſalutis nullam rationem habens, cur non audietur etiam, qui paratus eſt excuſare innocentiam abſentis, nec reatum quo tenetur curantis, maxime in cauſa capitali, ut dixi? nam in crimine non capitali non auditur, qui abſentis innocentiam purgare paratus eſt, *l. miles,* §. *ea quæ, ad leg. Jul. de adult.* Hoc tantum receptum eſt in capitalibus criminibus, quia honeſtum eſt expedire ſalutem deſperati hominis. Et nihil eſt præterea in hac lege.

Ad L.XXXIX. ad Leg. Jul. de adult.

Vim paſſam mulierem, ſententia præſidis provinciæ continebatur in l. Julia de adulteriis non commiſiſſe reſpondi: licet injuriam ſuam protegendæ pudicitiæ cauſa, confeſtim marito renuntiari prohibuit.

INitio oſtenditur non poſſe adulterii, nec ſtupri accuſari eam, quam vi fuiſſe compreſſam conſtat ex ſententia judicis, qua forte damnatus eſt raptor: denique non fuiſſe adulteram eam, in quam per vim adulterium commiſſum eſt, quia mens eſt, quæ peccat, non corpus. Nec mutat, ut ſcribit Papinianus, quod mulier eam injuriam confeſtim viro non renuntiavit, aut ab aliis renuntiari non permiſit. Pudor ei fuit renuntiare, nec quod voluerit poſtea factumque probaverit, videtur celaſſe maritum, ſed ut tegeret, ſive protegeret pudicitiam ſuam, ut & in Baſil. ἐρυθριῶσα τὸ γεγονός, *ayant honte de ce qui luy eſtoit advenu*. Recte Epigraphus in Terent. *Veniam fieri tribus modis, vi, caſu, ignorantia*: nihil eſt facilius.

Ad §. Nupta.

Nupta quoque muliere, tametſi lenocinii vir prior non poſtuletur, adulterii crimen contra adulterum ab extrario poterit inferri.

IN §. 1. oſtenditur, conſtante matrimonio ab extero quolibet, quoniam hoc crimen publicum eſt, adulterum poſſe adulterii accuſari, etiamſi prius maritum, qui retinet uxorem in matrimonio non poſtularit, ut lenonem, & productorem uxoris ſuæ. De adultero loquitur, quem dicit etiam manente matrimonio ab extraneo poſſe adulterii accuſari, etiam non probato lenocinio mariti,

mariti, cui eft adfinis, qui retinet adulteram. De adultera non loquitur, quia etiam aliud juris eft in adultera, quæ retinetur in matrimonio, nec poteft ab extraneo adulterii accufari, nifi prius extraneus maritum reum fecerit, & arguerit lenocinii, *l. conftante, fup. hoc tit.* Quæ differentia inter adulterum & adulteram, proculdubio eft ex lege Julia, quæ propter pudorem viri conftante matrimonio noluit temere traduci mulierem, quam is probat & retinet. Ignominia eft quædam, & fuit femper in ore vulgi, quod & hodie jactatur, ut Artemidorus indicat lib. 2. ibi, γυναῖκ, &c. Adulteræ igitur, quæ manfit in matrimonio lex propter virum pepercit, nifi vir leno judicaretur: adultero autem non pepercit. Rata igitur hæc differentia eft, ab extraneo adulterum ftatim etiam conftante matrimonio accufari poffe: adulteram non ante poffe, quam lenocinium mariti arguatur ab eo, qui vult accufare adulteram. Verum adnotandum eft, hodie ex conftitutione Imperatoris Conftantini fublatam effe hanc differentiam inter adulterum & adulteram: nam ex ea conftitutione conftante matrimonio adulter, vel adultera ab extraneo, vel a propinquo quolibet accufari non poteft, *ne fit in poteftate, & libidine cujufque bene concordantia matrimonia conturbare, & infamare*; fed foluto matrimonio a quolibet publice. Conftante autem matrimonio adulter, vel adultera non poteft accufari, nifi a patre mulieris, vel a fratre, vel a patruo, vel ab avunculo, *l.quamvis, C. eod.tit.* quoniam has quatuor perfonas juftus & verus dolor, & familiæ fuæ dedecus ad accufationem impellit. Itaque facile admittuntur etiam manente matrimonio. Extraneum autem ad accufationem impellit, vel odium criminum, vel audacia & protervia, quæ utique cohibenda eft, maxime maritis bene concordibus. Eadem conftitutio permifit etiam marito, & id quidem marito in primis, ut conftante matrimonio uxorem ex fufpicione ream faceret adulterii, ex fufpicione, inquam, quia deprehenfam, aut damnatam adulterii maritus citra crimen, pœnamque lenocinii in matrimonio retinere non poteft, fufpectam adulterii tamen retinere poteft, *l.2. C.eod.* Et fufpectam quoque ac retentam accufare ex eadem conftitutione poteft: ante quam tamen olim, neque retentam adulteram maritus accufare potuit, ne ex fufpicione quidem, neque ea retenta adulterum, *l.11. C.eod.tit. l.miles, §. volenti, fup. hoc tit.* qui quidem §. ut & is, qui præcedit, quique fequitur, eft accipiendus de marito accufatore, quem ait, neque retentam accufare poffe, neque eum, cum quo fufpicatur eam adulterium commififfe: de marito, inquam, accipiendus eft, non de extraneo: nam extraneus, ut in hoc §.1. oftenditur, etiam retenta muliere in matrimonio, adulterum accufare poteft, maritus neque adulteram, quam retinet, neque adulterum. Et ita quoque eum §. effe accipiendum, & *d. l.11.* argumentum præbent Bafilica, a quibus abeft *d. l.11. & d.§.volenti*: quod fint abrogata ea jura conftitutione Conftantini, atque etiam Juftiniani, ex qua etiam retentam in matrimonio ex fufpicione marito accufare licet, non etiam dimiffam & reductam, *l. fi uxor §.ult. hoc tit.* Reduci poteft, non quæ deprehenfa vel damnata eft, fed quæ fufpecta dimiffa eft, quæ fufpicio & criminatio omnis aboletur, fi reducatur, ut, quod Poetæ fingunt, *fufpecta adulterii Procris*, ut maritus ejus Cephalus ait apud Ovid.

... Dum cenfus dare me pro nocte,

non, *promitto*, fed legendum, *pro nocte*,

Muneraque augendo, tandem dubitare coegit.

Paulo poft.

Redditur, & dulces (cum Cephalo) *concorditer exigit annos*, 7. Metamorphof.

Ad §. in Matrimonio.

In matrimonio quoque defuncta uxore, vir jure adulterum inter reos recipi poftulat.

OStenditur in hoc §. etiam mortua muliere in matrimonio ante accufationem & reatum, maritum intra conftituta tempora poffe adulterum, qui fupervixit lege Julia reum poftulare. Et ratio hæc eft, quia crimen commune duorum, quale eft adulterium mortuo uno, in mortui quidem perfona extinguitur, fed non etiam in perfona fuperftitis, *l.ult.hoc tit.l.1.C.fi reus vel accuf.mort.fuer.*

Ad §. Nupta.

Nupta, prius quam adulter damnetur, adulterii non poftulatur, fi nuptias denuntiatio, vel ad domum mulieris miffa non præceffit.

SEquitur in hoc §. mulierem ex adulterio, quod in priore matrimonio admifit, poftquam fecundo viro nupfit, non poffe accufari, antequam adulter convictus & condemnatus fuerit, uno cafu excepto, fi nupferit alteri poft denuntiationem criminis, non dico poft accufationem, fed poft denuntiationem criminis: nam hoc cafu etiam ab ipfa accufator incipere poteft, pofthabito adultero, quod etiam *l.Julia* nominatim comprehenfum eft, *l.1.l.2.in pr.l.miles, §.licet, l.qui uxori, & feq.hoc tit.l. fi dum, C.eod.* Sed fi ante denuntiationem criminis in priore matrimonio admiffi, alii nupferit, accufator ab adultero incipere, non nuptam jam alii ftatim inceffere, fi vidua permanferit, in arbitrio eft accufatoris, a quo velit incipere, ab adultero, an ab adultera, verum utrumque fimul accufare non poteft, ut poftea demonftrabimus in §. *duos*. Et notandum, quod hoc loco fcribit Papinianus, fatis effe denuntiationem criminis fieri, non ad judicem, fed ad mulierem, & neceffe etiam non effe denuntiationem fieri in perfonam mulieris, fieri aut mitti poffe ad domum mulieris voce præconis, vel adfixo libello ad domum, ob portum, ut XII. tabul. loquuntur, quia nemo invitus de domo fua extrahitur, ut vel in jus vocetur, vel aliquid in perfonam ejus denuntietur, fatis eft denuntiationem fieri ad domum, *l.4.§.totiens, de damn.inf.* quæ conjungenda eft cum *l.19. & l.21. de in jus voc.l.5.§.1. quod vi aut clam, l.13. de excuf. tut. l.1.§.1. de agnofc.lib.l.2.C.de annal. except.* In quibus locis omnibus denuntiatio recte fit ad domum, & *l.1.C.Theod. fi certum pet.Novel.Theodof.1. de invaforibus*. Quod fequitur in §. *mulierem*, eft apertiffimum.

Ad §. Mulierem.

Mulierem ob latronum focietatem exulare juffam, citra pœnæ metum in matrimonio retineri poffe refpondi, quia non fuerat adulterii damnata.

MUlier damnata adulterii in matrimonio citra lenocinii crimen & pœnam retineri non poteft, hoc eft certiffimum ex l. Julia. At damnata quafi latronum focia, impune, ut ait, in matrimonio retineri poteft: nam nec ideo habetur pro adultera, quod cum latronibus cojerit focietatem. Idemque eft, fi quolibet alio crimine mulier damnata fuerit, cujus pœna non folvat matrimonium, præterquam fi crimine adulterii, hæc honefte in matrimonio retineri non poteft.

Ad §. Præfcriptione.

Præfcriptione quinque annorum crimen incefti conjunctum adulterio non excluditur.

REgulariter crimina extinguuntur præfcriptione xx. annorum, *l.fi quis, Cod.ad leg.Cornel.de falf.* quo jure utimur hodie omnino, ut poft vicennium non audiatur accufator. At crimen adulterii fimplicis, quod contractum fit fine incefto, aut fine vi, breviori tempore conftringitur, & l.Julia non tam fuit fevera, quam par erat adulterii criminis executio: nam & ad accufationem adulterii non admittebantur minores xxv. annis, qui ad alias accufationes admittuntur, & pœna adulterii

rii non erat capitalis, & eludebantur multis præſcriptionibus, & multis exceptionibus, *l. ita cordi, C. eodem*, & ſimul ambo mas & femina non poterant accuſari adulterii, ſed ordine accuſandi erant, quia forte abſolutio prioris, & tacite abſolvit alterum, nec interim alter traducitur fruſtra. Ac præterea ex l. Julia adulterium ſimplex in adultero tollitur præſcriptione quinquennii continui, in adultera præſcriptione ſex menſium utilium. Ita tamen, ut non egrediantur quinquennium continuum, poſſunt ſex menſes utiles ſive judiciarii ſuperare quinquennium, poſſunt & minus quinquennio contineri, puta, biennio tantum, *l. mariti, §. ſex menſium, hoc tit. l. 3. C. eod. l. 1. §. accuſationem, inf. ad Turpill.* In definienda præſcriptione temporis, quo crimen adulterii extingui placuit ſilentio, lex Julia favet adultero minus quam adulteræ, ſexui imbecilliori: quia brevior plerunque eſt præſcriptio ſex menſium utilium, quæ datur adulteræ, quam quinquenniorum continuorum, quæ datur adultero. Dixi adulterium ſimplex: nam adulterium per vim illatum nulla præſcriptione perimitur. Adulterium quoque junctum inceſto nulla temporis præſcriptione perimitur, quia nec vis, aut inceſtum ſimplex ulla præſcriptione perimitur, quæ eſt una differentia inter adulterium & inceſtum: adulterium perimitur præſcriptione quinquennii, aut ſex menſium, inceſtum non niſi præſcriptione vicennii, ut cetera crimina. Notatur etiam alia differentia inter inceſtum & adulterium in *§. duos, & in §. pen. & ultim.*

Ad §. Duos, & §. penult.

Duos quidem adulterii, marem & feminam propter commune crimen, ſimul non jure, nec a viro poſtulari convenit. Cum tamen duobus denuntiatum fuiſſet, ab eo, qui poſtea deſiſtere volebat, abolitionem eſſe neceſſariam in utriuſque perſonam reſpondi.

§. 4. Inceſti commune crimen adverſus duos ſimul intendi poteſt.

QUod commune crimen inceſti adverſus duos ſimul ab eodem intentari poteſt: commune autem crimen adulterii adverſus duos ab eodem ſimul intentari non poteſt, *l. ſi maritus 2. §. ult. l. nihil, §. ultim. h. tit.* Quod & l. Julia de pudicitia nominatim cautum fuiſſe proditum eſt in *l. reos, C. eodem tit.* Et in hanc rem, ex hoc loco etiam Papiniani auctoritate utitur Marcianus in *l. 1. §. atqui, inf. ad Senatuſ. Turpill.* Ergo uterque mas & femina ſimul accuſari, ne jure quidem mariti poteſt. Cohibuit lex in hac cauſa nimium accuſatoris ſtudium, duos ſimul deferentis, nec voluit temere ambos traduci, quia prior poteſt abſolvi: alia crimina communia ſimul omnia ab eodem deferri poſſunt. Sed notanda hic eſt differentia inter denuntiationem & accuſationem: mas & femina uterque ſimul adulterii ab eodem accuſari non poteſt: utrique tamen crimen denuntiari poteſt, etiam extra judicium: & in denuntiatione, atque in accuſatione hoc tamen commune eſt, ut non tantum accuſatio, ſed etiam denuntiatio eum, qui deſiſtit ab accuſatione, vel denuntiatione, & tergiverſatur, obliget pœnæ Senatuſc. Turpilliani, ſi deſiſtat ſine abolitione, id eſt, ſine venia omittendæ accuſationis, vel denuntiationis ſemel inchoatæ. Itaque neceſſaria eſt abolitio non tantum in perſona accuſatoris, ſed etiam in perſona denuntiatoris nondum progreſſi ad accuſationem. Quod ſequitur in hac lege (aliud eſſe in inceſto, quod & aliud eſt in omnibus criminibus) inceſti commune crimen adverſus duos intentari poſſe, id Marciani notis tribuitur ad Papinianum in *l. qui pupillam, §. ultim. ſup. hoc tit.* Summa hæc ſit, aut ſecunda differentia hæc ſit, adulterii crimen ſimul adverſus duos ab eodem intentari non poſſe: inceſti crimen poſſe. Quæro quid ſit dicendum, ſi junctum ſit inceſto adulterium? hoc non definitur hoc loco, ſed argumento eorum, quæ ante dicta ſunt, & mox dicentur in *§. ultim.* dicemus adulterium inceſto conjunctum ſimul adverſus duos intentari poſſe, quia quoties duplex eſt crimen, ſumere oportet quod in altero ex duobus jura durius conſtituerunt: nam & hoc ſequimur, & adſumimus in 3. differentia, inter adulterium & inceſtum, proponitur in §. *ultimo*.

Ad §. Ultim.

De ſervis quæſtionem in dominos inceſti poſtulatos, ita demum habendam reſpondi, ſi per adulterium inceſtum eſſe contractum dicatur.

QUod in crimine adulterii ſervi torquentur in caput domini, vel dominæ, *l. ſi poſtulaverit, §. haberi, h. tit.* non in crimine inceſti, non in crimine ſtupri, non in aliud quodcunque crimen præterquam majeſtatis: hæc igitur eſt 3. differentia, quod in crimine adulterii ſervi torquerentur in dominos: in crimine inceſti non item, *l. 4. & 17. inf. de quæſt. &* in *l. 17.* quæ eſt ex libro ſeq. rationem explicabimus. Quid vero ſi inceſto ſit junctum adulterium, an ſervi torquentur in caput domini? Et in *§. ultim.* torqueri poſſe oſtenditur, ut in *l. ſi quis viduam, inf. de quæſt.* nam quoties juncta ſunt crimina, id, ut diximus adſumimus, quod in alterutro durius conſtitutum eſt, ſicut in præſcriptione temporis, *§. præſcriptione, ſup.* & in duobus reis ſimul poſtulandis. Quod diximus de inceſtu ſervos torqueri non poſſe in dominos, pugnare videtur cum eo, quod M. Tullius ſcribit in Milone his verbis: *de ſervis nulla lege quæſtio eſt in dominum niſi de inceſtu*, ut fuit in Clodium, inquit, quoniam inceſtum illud fuit etiam adulterium, ut idem M. Tullius ait, *in pulvinaribus ſanctiſſimis comprehenſum fuiſſe.* Et ſemper adſumimus, quod in alterutro crimine durius eſt receptum vel conſtitutum.

Ad L. XIII. ad L. Cornel. de Falſ.

Falſi nominis vel cognominis adſeveratio, pœna falſi coercetur.

INitio hujus l. oſtenditur, falſi nominis vel cognominis adſeverationem lege Cornelia quaſi falſum coerceri, puta, ſi quis falſum ſibi nomen, vel cognomen impoſuerit in fraudem alterius, ut Græci interpretes ſupplent rectiſſime, Ἐπὶ βλάβῃ τινὸς ἢ ἀπάτῃ: & Paulus 5. *Sent. eod. tit.* quo quid alienum interciperet vel poſſideret: nam ſine fraude & captione alterius liber homo non prohibetur ſibi mutare nomen, *l. 1. C. de mut. nom.* ſicut nec ſcutorum δείγματα, quæ ſic vocat Vegetius, *digmata*. Domus Franciæ mutavit ſæpius digmata. Primum enim habuit tres coronas, non bufones: deinde lilia innumera, & poſtremo ex conſtit. Caroli Sexti lilia tantum tria. Quo exemplo & unuſquiſque ſibi poteſt mutare digma, ſine fraude alterius poteſt ſibi mutare nomen, & ſcuti ſui digma. Servus autem homo hujus rei arbiter non eſt: ſervus non eſt dominus ſui nominis: ſervus ſibi mutare nomen invito domino non poteſt ſine injuria domini, *d. l. 1.* Plautus in Milite glorioſo.

Injuria eſt, inquit, *falſum nomen poſſidere, Philocomaſium poſtulas; at iſtud non decet, & meo adeo hero injuriam facis.* Denique injuriam domino facit, qui ſervo mutat nomen, vel qui ſervus ipſe ſibi mutat nomen.

Ad §. Ordine.

Ordine decurionum decem annis advocatum motum, qui falſum inſtrumentum cognoſcente præſide recitavit, poſt finem temporis dignitatem reſpondi recuperare, quoniam in Corneliam falſo recitato, non facto, non incidit. Eadem ratione plebejum ob eandem cauſam exilio temporario punitum, decurionem poſt reditum recte creari.

QUæritur hoc loco, an lege Cornelia falſi reus ſit advocatus, qui Præſide provinciæ ſedente pro tri-

bunali & cauſas cognoſcente, ſciens prudenſque apud eum falſum inſtrumentum recitavit, quod acceperat a ſuſcepto, id eſt, a cliente ſuo, cujus cauſam defendebat: Et an ſi ex ea cauſa advocatus, cum eſſet etiam decurio civitatis ſuæ, ordine remotus fuerit in decem annos, an expleto decennio redeat in ordinem, in curiam, & priſtinam dignitatem decurionatus recipiat? Et reſpondet, recipere hac ratione, *quoniam*, inquit, *in Corneliam falſo recitato, non facto, non incidit*. Sic rectiſſime & in Florentinis, atque in Baſilic. *quoniam in Corneliam falſo recitato, non facto, non incidit*. Quibus verbis ſignificatur l.Cornelia de falſis teneri eum, qui falſum fecit, non qui recitavit: ac proinde advocatum illum, ut falſarium lege Cornelia de falſis damnatum non videri, quum ordine motus eſt in decennium ob eam cauſam: nam ſi damnatus videretur lege Cornelia, ſane non poſſet re- B cipere priſtinam dignitatem, reverti in curiam non poſſet, nec finito tempore pœnæ, quia damnatus judicio publico, quale eſt judicium legis Cornel. de fal. infamis eſt, *l. infamem, ſup. de pub. jud. l. 4. §. adulterii*, conjuncto §. *ad tempus, infra, de re milit.* Infamia, quæ ſemel inuſta eſt, nunquam aboletur ſine ſpeciali beneficio Principis. Omnis infamia eſt perpetua, & infami neque aditus, neque reditus patet ad dignitates, *l. 8. inf. de interd. & rel. l.1. inf. ad leg. Jul. de vi priv. & l.8. C. de decur. lib.10. l.2. C. de dign. lib.12.* Marc.Tullius pro Cluentio. *Turpi judicio damnati, in perpetuum omni honore ac dignitate privantur.* Tertullianus de ſpectaculis: *Damnati*, inquit, *ignominia & capitis minutione arcentur curia, roſtris, ſenatu, equite, ceteriſque honoribus omnibus, ſimul & ornamentis quibuſdam*. In ſpecie igitur hujus §. C ideo poſt decennium decurio in curiam redit, quia non fuit damnatus lege Cornelia; non fuit damnatus publico judicio, ſed extraordinario, ex cauſa non famoſa: ſi famoſa cauſa damnationis fuerit, finito tempore non aliter recipit priſtinam dignitatem, quam ſi graviore pœna, quam ſit lege præſcripta, affectus ſit; quoniam duriore pœna, duriore ſententia, cum eo de fama & exiſtimatione conſervanda tranſactum videtur, *l. ordine, ad municip. l. quid ergo, §. pœna, de iis qui not. infam.* Si ergo clementiore, aut legitima pœna affectus ſit ex cauſa famoſa, puta ordine motus ad tempus etiam finito tempore pœnæ infamia perdurat, *l.3. in princip. & l.5. inf. de decurion. l.4. §. ad tempus, inf. de re milit.* Et ita quidem obtinuit fere ante edictum Antonini Imperatoris, de quo in *l.3. inf. de decurion. l.1. C. de iis,* D *qui in exil. dati vel ordin. moti ſunt, libro* 10. quo edicto præcepit Antoninus, quacunque ex cauſa famoſa, vel non famoſa, quis ordine motus ſit ad tempus, ne poſthac, inquit, quoniam antea aliud obſervabatur facta diſtinctione cauſæ famoſæ, & non famoſæ, ſed jam nunc indiſtincte, ne poſthac ultra tempus pœnæ prorogetur infamia contra ſententiæ fidem, ſed ſtatim, qui explevit tempus pœnæ, redeat in curiam, & ſit decurio, ut fuit ante pœnam, non etiam ſuſcipiat novos honores in Republica, ſi cauſa famoſa fuerit, quia qui rediit in curiam perfunctus pœna ſua, novis honoribus tanto tempore abſtinere debet, quanto decurionatu caruit, *d.l.ordine, & l.2.C.de iis, qui in exil.dati, libro* 10.ſi cauſa non fuerit famoſa, ut in ſpecie propoſita, expleto tempore pœnæ, non tantum decurionatum recipiat, ſed etiam ad no- E vos honores admitti poteſt. His conſequens eſt, quod ſubjicit Papinianus, & advocatum plebejum, non decurionem, qui ob recitatum in judicio falſum inſtrumentum ad tempus relegatus eſt, quæ pœna non eſt capitis deminutio, finito tempore poſt reditum decurionem recte creari poſſe, ſive Senatorem municipalem, quod idem eſt, quaſi integræ famæ & exiſtimationis virum, quia in legem Cornel. de falſis ob eam cauſam commiſiſſe non videtur.

Ad Leg. Ult. ad L. Jul. repet.

Qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum poſtulantur.

A Sententia hæc eſt: eos, quibus publicum munus injunctum eſt, ſi pecunia corrupti in eo munere exequendo, in fraudem Reipublicæ ſegniter aut malitioſe ſe geſſerint, teneri judicio publico ex l. Julia repetundarum, cujus pœna eſt infamia & exilium plerunque, *l. 7. §.ult.hoc tit.* vel quadrupli redhibitio, *l.1.C.hoc tit.* Ita tamen, ut corruptori, quia turpiter pecuniam dedit, nec datæ pecuniæ repetitio competat, *l.2.3.4.ſup.de cond. ob turp.cauſ.* ſed quadruplum, vel totum redigatur in fiſcum vel dividatur, ut plerunque ſolebat, inter accuſatorem & fiſcum. Utitur autem Papinianus antiquo verbo *ruperunt*, pro, *corruperunt*, quo & lex XII.tabul. uſa eſt, & lex Aquilia, *l.ſi ſervus, §. inquit, ad leg.Aquil. l.qui tabulas,in fin.ſupr.de furt.* Et munus corrumpere eum ſignificat, qui eo fungitur, ſi corrumpatur ipſe, quo minus B eo fungatur bene, & ſordeſcat accepta pecunia.

Ad Leg. IV. ad Senatuſc. Turpill.

Mulier, quæ falſi crimen injuriæ propriæ poſt interpoſitam denuntiationem deſiſtens omiſit, ex Senatuſconſulto Turpilliano teneri non videtur. Poſt abolitionem idem crimen ab eodem, in eundem inſtaurari non poteſt.

Poteſt dici probabiliter, quod & quidam dixerunt, in hac lege ſic eſſe legendum addita negatione *mulier, quæ falſi crimen non injuriæ propriæ*, quod jam Marcianus in *l.1.§.accuſationem, hoc tit.* refert, Papinianum reſpondiſſe, mulierem, quæ idcirco ad falſi accuſatio- C nem non admittitur, quod ſuam ſuorumve injuriam non perſequatur: nam regulariter mulier non poteſt accuſare, niſi ſuam ſuorumve injuriam perſequatur, non ſi publicam tantum vindictam perſequatur: mulier igitur quæ idcirco non poteſt accuſare falſi, quod ſuam injuriam non perſequatur, ſi tamen denuntiationem criminis, vel accuſationem intulerit, id eſt, ſi non jure intulerit, & mox pœnitentia ducta deſtiterit non impetrata abolitione a judice, ideo ea non plectitur lege Petronia, ſive SC. Turpil. quod eſt factum in tergiverſatores, qui ſcil. ab accuſatione temere deſiſtunt: loquitur illo loco Marcianus ex Papin. reſponſis, de ea, quæ intulit falſi crimen, non injuriæ propriæ cauſa. Quamobrem & hic videtur eſſe legendum, *non injuriæ propriæ*. At ſane nihil mutandum eſt hoc loco: nam & D Doretheus ſine negatione legit eodem modo, Γυνὴ τὸ τὸ πλαστὸν ἔγκλημα. Potuit utrumque Papin. reſpondiſſe, non incidere in Turpillianum mulierem, quæ deſiſtit ſine abolitione, ſive ſuæ injuriæ cauſa, ſive alienæ accuſationem inſtituerit. Et vero cum hoc loco id reſpondiſſet, in ea, quæ falſi crimen intulerat ſuæ injuriæ cauſa, hoc eſt, quæ jure intulerat, huic reſponſo ſubjeciſſe Papin. videtur, quod eſt relatum in *d. §. accuſationem*, idem multo magis eſſe dicendum, ſi non ſuæ injuriæ cauſa falſi crimen intulerit. Ergo ſive propriæ, ſive non propriæ injuriæ cauſa mulier falſi crimen denuntiaverit reo, vel intulerit, etiamſi deſtiterit non petita abolitione, non petita venia omittendæ accuſationis, non plectitur Senatuſconſulto Turpilliano. Et ratio hæc eſt evidentiſſima, quia nec ſi juſta ſit accu- E ſatio mulieris, mulier nunquam ſubſcribit in crimen, nec de calumnia tenetur, parcitur imbecillitati ſexus, *l.de crimine, C.qui accuſ.non poſſ.l.2. C. de calum.* Veriſſima autem eſt illa definitio, eos de quorum calumnia quæri non poteſt, nec ſi deſiſtant ab accuſatione, & tergiverſentur non petita abolitione, non incidere in Senatuſconſ. id eſt, eos, de quorum calumnia quæri non poteſt, nec poſſe quæri de tergiverſatione eorum, *l. in Senatuſc. §. eos, hoc tit.* Ergo nunquam mulier incidit in Senatuſconſultum Turpillianum; uno tantum caſu excepto, niſi mulier cum reo turpiter deſpecta ſit accepta pecunia, atque ita deſtiterit, ut recte Theodorus accepit leg. *pen. C. eod. tit.* nam hoc caſu, & de mulieris, propter turpitudinem, & propter turpem

 depe-

depectionem, quæ depectio semper dicitur in malum: de mulieris, inquam, & de cujuscumque calumnia vel tergiversatione, de qua alias quæri non potest, propter turpem depectionem quæri potest, propter avaritiam & lucri cupiditatem accusatoris desistentis: excepto hoc uno casu, de eorum tantum tergiversatione quæri potest, de quorum etiam calumnia quæri potest, & ii si desistant non impetrata abolitione, in pœnam Senatusc. Turpilliani incidunt, non tantum si accusationem inchoarint, sed etiam si crimen duntaxat denuntiaverint, *l. vim, §. duos, ad leg. Jul. de adult.* non etiam si comminati tantum sint, se denuntiaturos vel accusaturos: nam ii impune desistunt, ut in *l. seq. l. quæsitum, in princip. sup. ad l. Jul. de adult.* Et definitioni *dicti §. eos*, ut impune desistant ii, de quorum calumnia quæri non potest, jampridem ostendi nihil obstare *l. abolitionem, C. ad leg. Jul. de adulter.* quæ ait, maritum ab accusatione adulterii impune non desistere. Recte: quia & de mariti calumnia, quæ modo manifestissima sit quæri potest, *l. is cujus, §. ultim. sup. de adult.* In extremo hujus legis, ait, *post abolitionem idem crimen ab eodem, in eundem instaurari non potest*. Sententia hæc est: qui impetrata speciali abolitione destitit ab accusatione, non potest rursus pœnitentia actus, eundem reum ex eadem causa repetere, vel si repetat, repellitur præscriptione desertæ accusationis, *l. 4. C. eod. tit.* nec aliter potest reum repetere restaurato eodem crimine, quam si id specialiter Princeps concesserit, *l. 3. C. eod. tit. l. 1. C. de abolit.* Alium accusare vel eundem alio crimine accusare non prohibetur qui destitit petita abolitione: At qui destitit non petita abolitione, nec eundem, nec alium quenquam unquam damnatus Senatusconsulto Turpilliano, eodem vel alio crimine reum deferre potest, *l. 2. hoc tit. l. quæsitum, §. ultim. sup. ad leg. Jul. de adult. l. abolitionem, Cod. eodem*. Hoc dicimus de abolitione speciali, ut qui eam impetravit, non possit eundem reum repetere ex eadem causa; nam concessa abolitione generali a Principe, vel Senatu, ut fit plerunque, nemine postulante ob hilaritatem aliquam, rei ab iisdem accusatoribus possunt repeti intra triginta dies; non coguntur eos repetere, sed si velint repetere, possunt intra xxx. dies, quod Accurs. notavit: & aliæ leges hujus tituli demonstrant.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XVI. Responsorum ÆMILIJ PAPINIANI.

Ad L. II. de Veter. & milit. succes.

Bona militis intestati defuncti castrensia fisco non vindicantur, cum heres legitimus ad finem quinti gradus extitit, aut proximus cognatus ejusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.

HÆC L. accipienda est de milite capite damnato ex delicto militari, non communi, qui intestatus vita decessit: de eo accipiendam esse, argumentum præbet vicinitas *l.* 1. quæ de eodem est: & quod hæc l. 2. quærit, an fiscus veniat in bona militis exclusis agnatis & cognatis, quod non quæreret, si fisco locus esse non posset: atquin fisco locus esse non potest, aut esse videri, nisi milite damnato capitis. Ac præterea totum hunc librum 16. certissimum est esse de reis capitalium criminum. Ergo & hæc l. 2. accipiatur de milite capite damnato ex militari delicto, & ut ait l. 1. intestato defuncto. Docet ergo Papinianus hoc loco, milite capite damnato, & intestato defuncto ad bona castrensia fiscum non vocari, sed fisco anteponi agnatos; non in infinitum, ut fit in successione paganorum: sed usque ad quintum gradum duntaxat. Denique fisco anteponi agnatos in bonis castrensibus usque ad quintum gradum duntaxat, & iis deficientibus cognatos usque ad eundem gradum, eodemque quoque gradu comprehenso in hunc numerum. Hoc si miles intestatus decesserit. Sin autem damnatus miles testamentum fecerit, quod ex constitutione Adriani ei permitti solet; sententia damnatis de bonis castrensibus tantum hoc casu etiam in bonis castrensibus heres testamentarius fisco præfertur. De bonis igitur castrensibus, miles, qui capitis damnatus est, testamentum facere potest, permittere eo in sententia qui damnavit, non etiam de paganis bonis. Imo si quod de paganis ante fecerit testamentum, protinus damnatione irritum fit. Ab intestato autem in bona pagana fiscus statim vocatur, non in castrensia, si extent agnati vel cognati ad finem quinti gradus. Quæ omnia comprobantur partim hac *l.* 2. & partim *l. si quis, in pr. §. miles, de leg. 3. l. cum hic status, §. si miles, de donat. inter. vir. & uxor. l. 6. §. sed & si quis, de injusto rup. testam. l. ex militari, sup. de mil. testam. l. & militibus, C. eod. tit.* Verum quod hæc lex significat, post agnatos & cognatos quinti gradus fiscum vocari ab intestato, pugnare videtur cum *d. l. 6. §. ejus qui, in fine, & cum l. 2. C. de hered. dec. vel mil.* quæ ll. fisco præferunt in successione intestati deficientibus agnatis, vel cognatis, contubernales, & commilitones, sive legionem aut vexillationem, in qua merebat miles. Verum illæ ll. loquuntur de milite non damnato: hæc vero l. de milite damnato capitis ex delicto militari. In damnati bona castrensia, fiscus ab intestato agnatis & cognatis, qui sunt ultra quintum gradum, & legioni atque vexillationi præfertur. In non damnati militis bona omnia pagana vel castrensia ab intestato succedunt agnati in infinitum, & cognati usque ad sextum vel septimum gradum, sicut in paganorum successione receptum est, *§. ult. Inst. de success. cognat.* Et post eos conjux, & post conjugem legio aut vexillatio succedit fisco remoto, fiscus post omnes vocatur. Hæc omnia obtinent in milite damnato ex causa militari; in milite damnato ex communi delicto sequimur jus commune successionum ab intestato. Commune delictum est veluti adulterium, stuprum, furtum, plagium: militare delictum est veluti armorum abalienatio, vel amissio turpis, seditio, contemptio disciplinæ militaris, emansio, & his similia.

Ad L. Ultim. de Publ. jud.

Generi servis a socero veneficii accusatis, præses provinciæ patrem calumniam intulisse pronunciaverat. Inter infames patrem defunctæ non habendum, respondi: quoniam etsi publicum judicium inter liberos de morte filiæ constitisset, citra periculum pater vindicaretur.

SUnt quidam accusatores, de quorum calumnia quæri non potest, *l. in SC. §. eos, inf. ad Turpil.* ut mulieres, quæ suam vel suorum injuriam persequuntur, *l. 2. C. de calumniator.* vel heredes, qui jussu defuncti veneficii accusant eum, quem sibi venenum infudisse defunctus cavit, *d. l. 2.* vel filius, qui persequitur cædem patris, *l. 4. C. eodem tit.* vel maritus, qui jure mariti ex suspicione aliqua justa, non calumnia, aut malitia mala ac manifesta uxorem accusat adulterii, *l. jure mariti, & l. quamvis, C. ad l. Jul. de adult.* Quod & de patre similiter dici potest, qui jure patrio accusat mœchum filiæ. Nam & in hac lege dicitur, patrem, qui filia veneno necata ita & dolore cæco incensus servos generi sui accusat veneficii extra periculum esse calumniæ, ac si forte præses provinciæ pronuntiarit patrem calumniam intulisse, qui accusavit servos generi veneficii, non notari tamen patrem infamia, quia etsi liberos homines pater veneficii accusasset, non probato crimine pater non haberetur pro infami calumniatore. *Pater*, inquit *vindicaretur citra periculum calumniæ*; justus enim & gravis dolor eum excusat: *inconsultus calor calumniæ vitio caret*, ut elegnan-

ter-

ter ait, *l.* 1. §. *quæri*, *inf. ad Senatusc. Turpill.* Et sententia præsidis, quam ne dixeris, nullam esse aut injustam, ut vulgo, valet enim ea sententia, qua pronuntiavit præses patrem calumniam intulisse: verum non irrogat infamiam patri. Cur ait? quia non pronuntiavit, eum esse calumniatorem, sed calumniam intulisse: potest quis inferre calumniam, nec tamen calumniari, aut calumniandi animum habere: sicut mendacium dicere potest quis, nec tamen mentiri: non temere quis judicatur calumniator fuisse, nisi judex dixerit fuisse, & hoc ipso verbo usus fuerit, *es calumniator*, vel, *calumniatus es*. Si absoluto reo, simul & de consilio accusatoris judex ita pronunciaverit adseverantius, *calumniatus es*, proculdubio hæc sententia irrogat infamiam, sententia, inquam, non interloquutio, *l.* 1. §. *sed non utique*, *ad Senatusconf. Turpill. l. verbum*, *C. quib. ex caus. infam. irrog.* Sin autem ita pronunciarit: *calumniam intulisti*, vel ut est in epist. Cælii ad Cicer. *calumniam tulisti*: *Scito*, inquit, *C. Sempronium Rufum calumniam maximo plausu tulisse*, *quod M. Tuccium reum lege Plautia de vi fecit*: Si pronunciarit igitur calumniam intulisse vel tulisse, hæc sententia non irrogat infamiam, quia perinde est ac si dixisset, *mendacium dixisti*; vel, *quod proposuisti non probavisti*; vel, *quod proposuisti verum non est*, quia non adseverat calumniatorem esse, nisi qui dicit conceptis verbis, *calumniator es*, vel, *calumniatus es*, *l.* 3. *C. de calumniat.* Ac præterea tentari potest accusato servo non potuisse de calumnia accusatoris quæri, sicut nec servo accusato adulterii, constat non posse quæri de lenocinio accusatoris, *l. quoniam*, *C. ad l. Jul. de adult.* Et ideo addit Papinianus hoc loco, nec libero homine quasi beneficio a patre accusato, quæri posse de calumnia patris, quia pater citra periculum calumniæ persequitur necem filiæ, si accusato libero homine nullum est periculum calumniæ, quia pater accusator est, & multo magis servo accusato nullum est periculum calumniæ patri: & altera ratio est, quæ excludit periculum calumniæ, quia servus nulli potest accusatori referre aliud crimen, vel calumniæ puta, vel lenocinii. Et ita hæc lex explicanda est. Quod autem tractat Accursius in hac lege, an furti damnatus innocens infamis fiat, actio furti est famosa, hoc est certissimum, sed quod tractat, an etiam infamis fiat innocens, qui furti damnatus est, collatis inter se duabus legibus atque commissis, quæ invicem pugnare videntur, *l. non potest*, *sup. de furt. l. si furti*, *C. quib. ex caus. inf. irrog.* primum dico, non posse ea de re tractari illæsa auctoritate rei judicatæ, quia res judicata pro veritate habetur: & ideo nec debere ea de re frustra tractari, & damnatum furti etiam innocentem infamiam sequi. Et quod ad pugnam earum legum attinet, ita distinguendum ex *l. quid ergo*, §. *pen. sup. de iis*, *qui not. inf.* circumscripta admodum magna glossa Accursii inutili & inconstanti ad *d. l. si furti*. Divisio & distinctio hæc est: si damnatus fur est judicio civili, quod pecuniarium est in duplum, vel quadruplum, vel triplum, ut inf. ostendam, etiamsi durior sententia fuerit, quæ irrogat pœnam pecuniariam tantum, ut si in quadruplum condemnarit eum, vel triplum, qui damnari tantum debuit in duplum; sententia etiam durior irrogat infamiam, *d. l. non potest*, & *d. l. quid ergo*, §. *pen.* Si damnatus est judicio extraordinario, pœna extraordinaria, quæ non est pecuniaria, qua etiam furtum posse vindicari constat, *l. interdum*, §. *qui furem*, *l. ult. sup. de furt.* veluti si damnatus sit fustium animadversione, sententia durior non irrogat infamiam. Et ita est accipienda *d. l. si furti*: nam quod ait, mulierem damnatam furti, quod ipsa fecit citra fustium verbera, famæ damnum subiisse: significat & demonstrat, eam fuisse fustibus cæsam, non mulctatam pœna pecuniaria, quod & Basilia ponunt, nec tamen fustium ictum eam fecisse infamem, *l. neminem*, *C. eod. tit.* sed causa furti, facti scil. *l. ictus*, *sup. de iis qui not. inf.* Et facto furto, dico pœnam fustium non esse duriorem, quæ absolvit etiam pœna pecuniaria dupli vel quadrupli. At ut ponitur in eadem lege, si ipsa mulier furtum non fecit, sed apud

A ipsam ignorantem res furtiva comperta & concepta sit, quæsita & inventa sit, & ob eam causam mulier fustibus cæsa fuerit, duriore sententia videtur cum ea transactum de existimatione conservanda. Et hoc casu damnata furti concepti non fiet infamis: alioqui furti concepti damnatus pœna pecuniaria, quæ fuit in triplum, ut Aulus Gellius scribit lib. XI. cap. ult. famosus efficitur. Paulus 2. *Sentent. tit. ult. furti quocunque genere damnatus famosus efficitur*: quocunque genere, id est, vel manifesti, vel non manifesti, vel concepti, vel oblati. Hæc sunt quatuor furtorum genera: in furto concepto maxime, si res furtiva apud ignorantem concepta fuerit, durior est ictus fustium quam damnatio tripli, *l. in servorum*, *in fi. inf. de pœn.* quæ lex non est accipienda de quocunque genere furti. Sed ad eam ex *d. l. seq.* commodissime potest exemplum poni in ignorante: ob casum furti concepti fustibus cæso, hic non fit infamis, quia duriore pœna affectus est: compensatur durior pœna cum conservatione existimationis, quæ remanet integra.

B

Ad L. ult. de Accusat.

Alterius provinciæ reus apud eos accusatur, apud quos crimen contractum ostenditur, quod etiam in militibus esse observandum, optimi Principes nostri generaliter rescripserunt.

HOc tantum ostenditur, in qua quis provincia crimen contraxit, in ea accusari, & damnari eum posse,
C licet alterius provinciæ sit, indistincte, sive paganus sit, sive miles, non habet præscriptionem fori, non potest revocare domum, *il ne peut demander son renvoy*, quoniam ut vulgo dicitur, *ratione criminis sortimur forum*, *l.* 7. §. *pen.* & *ult. hoc tit. l.* 1. *C. ubi de crimin. agi oport.* Sed ait Papinianus, optimos Principes idem rescripsisse generaliter esse servandum in militibus, ut ibi puniantur, ubi crimen admiserunt. *Optimos Principes*, id est, Severum & Antoninum, ut patet ex *l.* 3. *de re milit.* ubi idem refertur ex rescripto Severi & Antonini nominatim. Idque confirmat etiam *l.* 1. *C. ad l. Corn. de sicar.* & *Theodos. Nov.* 2. *de amota militibus fori præscriptione*, dum ait, *veteres quoque leges fori præscriptionibus delicta subtrahere*, *nec pati aliquem*, *qui quid in provincia aliqua criminose commiserit*, *eis se præscriptionibus defendere*. Notandum
D tamen est, ex causa, Præsidem provinciæ, in qua crimen contractum est, reum posse remittere ad præsidem provinciæ, unde is homo est, *l. non dubium tit. seq.* vel militem posse remittere ad ducem suum, aut magistrum militum, maxime si militare crimen fuerit, veluti desertio militiæ, non commune, *d. l.* 3. *l. de milib. tit. seq. l.* 1. *de exhib. reis.*

Ad L. XVII. de Quæst.

Extrario quoque accusante, servos in adulterii quæstione contra dominum interrogari placuit, quod D. Marcus ac postea Maximus Princeps judicantes secuti sunt. Sed & in quæstione stupri servi adversus dominum non torquentur.

QUod diximus superiori libro ad *l. vim passam*, §. *ult. ad l. Jul. de adult.* In adulterii quæstione servos interrogari, & torqueri posse in caput domini vel dominæ, verum est, non tantum patre vel marito accusante,
E ut *l. patre sup. hoc tit. l.* 3. *C. ad l. Jul. de adult.* sed etiam, ut ait initio h. l. accusante extrario. Inter extrarium & extraneum, & exterum Papinian. & ceteri auctores juris nullam differentiam faciunt: licet Festus fecerit aliquam. Id autem, ut quocunque accusante adulterii servi possint torqueri in caput domini, Papinian. scribit hoc loco, etiam D. Marcum & Maximum principem, id est, Septimium Severum in judicando secutos. Rem igitur carere dubitatione. Et tamen in quæstione incesti, quod non sit junctum adulterio, & in quæstione stupri certum est, servos non posse torqueri contra dominum, sicut

cut nec in aliis quæſtionibus criminalibus vel civilibus, *l. 4. hoc tit.* Ammianus Marcellinus 28. *Mancipia*, inquit, *ſqualore diuturno marceſcentia, in domini caput aduſque ultimum lacerabat exitium: quod*, inquit, *in ſtupri quæſtione fieri vetuere clementiſſimæ leges.* Ex quo loco manifeſte apparet, Baſilica perperam hoc loco ſcribere adfirmate, & in quæſtione ſtupri ſervos torqueri adverſus dominos. Hoc enim receptum eſt in quæſtione adulterii, non ſtupri, vel inceſti, quæ ſunt crimina adfinia adulterio. Hoc in quæſtione adulterii primum lege Julia permitti cœpit patri vel domino tantum accuſatori, ut idem Papinian. ſcribit libro ſingulari de adult. ut ſcilic. quemadmodum idem ait, pater, ac maritus dolorem animi ſui diligentius, & injuriam lecti genialis ac domus non tranſlatitie perſequerentur: diligens quæſtio permittitur patri, vel domino lege Julia, etiam tortis ſervis in dominos. Sed poſtea: *quoniam*, inquit, *non facile tale delictum ſine miniſterio ſervorum (aquariolorum) admitti creditum eſt, ratio eo perducit, ut etiam extraneo accuſante mancipia quæſtioni tormentorum a judicibus ſubjicerentur*: quanquam eadem non ſit ratio in extraneo, quæ fuit in patre vel domino, ſed tamen & extraneo accuſante idem obſervarunt Principes, & judicaverunt præter legem Juliam.

Ad §. de Quæſtione.

De quæſtione, inquit, ſuppoſiti partus, vel ſi petat hereditatem quem ceteri filii non eſſe fratrem ſuum concedunt: quæſtio de ſervis hereditariis habebitur, quia non contra dominos ceteros filios: ſed pro ſucceſſione domini defuncti quæritur. Quod congruit ei quod D. Hadrianus reſcripſit. Cum enim in ſocium cædis ſocius poſtularetur, de communi ſervo habendam quæſtionem reſcripſit, quod pro domino fore videretur.

JUs vetus hoc eſt, vetus Senatuſconſultum, ut Cornelius Tacitus ait 2. *Annal.* ut excepto crimine adulterii ſicut diximus, & excepto etiam crimine perduellionis, & crimine quoque fraudati cenſus, fraudati tributi, cujus cauſa pertinet ad ſummam Rempublicam, exceptis his tribus criminibus, ut *l. 1. §. in cauſa, hoc t. l. vir. ſup. de jud. l. 1. C. de quæſt.* regulariter ſervi non torqueantur in caput domini: non, quia non poſſit verum inveniri, ut M. Tullius ait pro Milone, & pro Deiotaro, non quod in quæſtione dolor veram vocem etiam ab invito ſervo elicere non poſſit, ſed quia indignum videtur eſſe, & domini morte ipſa triſtius, dominorum ſalutem ſervulorum voci committi, ut in *l. ſeq. §. judex.* Idem hoc jus vetus commemorat Dio 55. & alii plerique auctores, ὼς ἐξῆναι δῦλον κατὰ δεσπότυ βασάνοις δῦναι. At ſi quæratur de hereditate, ad quem pertineat ab inteſtato, forte L. Titio dicente ſe eſſe filium defuncti, aliis filiis contendentibus L. Titium ſuppoſititium eſſe, vel ſimplicius, fratrem ſuum non eſſe: atque ideo ſi quæratur de ſuppoſito partu, vel de fide generis, ut in *l. ſeq. §. judex*: propter hereditatis emolumentum, tum in hac quæſtione de ſervis hereditariis quæſtio haberi poteſt, quia non videtur torqueri in caput dominorum, id eſt, ceterorum filiorum, *l. 2. hoc tit. l. 13. C. eod. tit.* ſed videntur torqueri, & torquentur potiſſimum pro ſucceſſione domini defuncti, ut conſtet, qui ſint ei juſti ſucceſſores. Et hoc ita proponit Papin. in hoc §. Hoc vero etiam ceſſante & illa ratione contra jus vetus ex conſtitutione Juſtin. obſervandum eſt: ſi non ſit controverſia de jure hereditatis, puta, ſi conſtet, ad quos pertineat hereditas, ſed ſit controverſia de rebus quibuſdam, ſint hereditariæ nec ne, de dominio ſingularum rerum, etiam & ea de re quæri poteſt per tormenta ſervorum hereditariorum ſervorum communium inter heredes, qui rerum hereditariarum notitiam habent, quanquam periculum ſit ne reſpondeant adverſus heredes dominos ſuos, præſtito tamen prius jurejurando calumniæ ab eo, qui ex ea cauſa ſervos hereditarios poſtulat in quæſtionem dari, *l. ult. C. eod. tit.* conjuncta *l. 1. C. de jurejur. propt. calumn. l. ult. §. licentiam, inf. de jur. delib. & N. 1.* quia ut in hac ſpecie, cum quæritur de corporibus hereditariis evenire poteſt, ut & pro dominis ſervi hereditarii reſpondeant. Nec abſimile eſt, quod ex reſcripto Adriani ſubjicit Papinian. hoc loco, uno ex dominis occiſo, & altero domino facto reo cædis, de communi ſervo quæſtionem haberi poſſe, quia etſi interrogetur in caput domini qui cædis alterius domini reus poſtulatus eſt, magis tamen id pro ſalute fore, vel ultione domini occiſi, creditum eſt, atque ideo permiſſum, *l. etſi certus, §. pen. de Senatuſc. Syllan.* Et nullorum magis intereſt, quam dominorum, ſalutis ſuæ cauſa hoc permitti: nimirum, ut in quæſtione cædis a domino illatæ ſervus communis pro domino audiatur in dominum: non etiam temere in omnibus aliis quæſtionibus, ſed in hac gravi cauſa tantum, quum ſocius ſocium occidiſſe dicitur, *l. 13. in fi. C. eod. tit.* Et ex conſtitutione Juſtin. de qua dixi ſupra in alia etiam cauſa, ſi ambigatur de rebus hereditariis inter coheredes. Nam & hoc caſu de ſervo communi quæſtio haberi poteſt. Et hoc colore non vera ratione etiam dicitur in *l. 2. C. Theod. ne præt. crim. majeſt. ſerv. domi. accuſ. crim. perduell.* quod ad ſalutem Principis attinet, dicitur, ſervos audiri contra dominum, quia pro ſalute domini rerum, id eſt, principis, intervenire videntur; quia hoc crimen, inquit, tendit ad dominos communes omnium.

Ad §. Ultimum.

De ſervo in metallum damnato quæſtionem contra eum qui dominus fuit, non eſſe habendam reſpondi: nec ad rem pertinere, ſi miniſtrum ſe facinoris fuiſſe confiteatur.

QUod eſt in *§. ult. h. l.* amplificat regulam juris veteris, ut nec contra eum, qui dominus fuit, & non eſt, ſervus interrogari vel torqueri poſſit, in memoriam prioris domini: ergo nec in emptorem, nec in venditorem, ut *l. ſeq. §. ſervus, l. etiam, ſup. hoc tit. l. 14. C. eod. tit.* quare amovetur fraus & ambrogatur, quam veteri juri quandoque fecerunt Auguſtus & Tiberius, eo, quem torqueri volebant in caput domini, prius venire juſſo actori publico, ut Tacitus ſcribit 2. & 3. *Annal.* & Dio. 55. nam & in veterem dominum ſervi torqueri non poſſunt. Ac ſimiliter ſi ſervus damnatus ſit in metallum ex crimine aliquo, quo genere fit ſervus pœnæ, & deſinit eſſe ejus, cujus fuit, *l. aut damnum, §. ult. de pœn.* & antequam damnaretur in metallum, ut ait hoc loco, torqueri non poteſt, in memoriam prioris domini, *nec ſi confiteatur, ſe miniſtrum eſſe*, inquit, *ac plane conſcium & participem facinoris* a domino priſtino commiſſi: atque ita miniſterii ratio, quæ in cauſa adulterii ſervos admittit contra dominum, vel dominam extraneo accuſante, ut ex Papin. ſup. retuli. Ea ratio ubique non valet, & probabilis tantum non neceſſaria ratio eſt, quales ſunt innumeræ in jure noſtro, quod qui neſcit, aut diffitetur, ſe juriſperitum non eſſe profitetur. In memoriam prioris dignitatis non torquetur, qui deſiit eſſe decurio, *l. ult. de decur.* Et ſic in memoriam prioris dominii non torquetur ſervus in priorem dominum, neque iſtud decet; memoriæ debetur honos aliquis. In honorem matrimonii prioris non datur actio famoſa in eam, quæ uxor fuit, ex cauſa quæ cœperit conſtante matrimonio, *l. 2. ſup. rerum amot.* In honorem & in memoriam idem eſt. At enim memoriæ tantum bonæ hic honos debetur, non infamatæ, non damnatæ memoriæ. Ideoque ſervus licet torqueri non poſſit in priorem dominum, cujus adhuc integer eſt ſtatus, tamen in priorem dominum qui damnatus eſt ignominia, & capitis minutione ademptis bonis, torqueri poteſt, *l. 1. §. item Nummio, hoc tit.* quia memoriæ ejus nullus honos debetur, memoriæ infamis.

Ad L. XXXIV. de pœnis.

Servus in opus publicum perpetuum, ac multo magis temporarium non datur. Cum igitur per errorem in opus temporarium fuiſſet datus, expleto tempore domino ſervum eſſe reddendum reſpondi.

IN hac l. proponitur, ſervos ſententia judicis in opus publicum perpetuum non dari, id eſt, non ſolere dari, aut non jure dari, *& multo magis*, inquit, *non dari in opus publicum temporarium*, quamvis dicat, *multo magis*, non tamen hoc argumentum eſt a minori ad majus, ſed a majori ad minus ſecundum Dialecticos, a quibus Juriſconſulti imbuti ſunt, cum ſint Stoici omnes, non ſecundum Rhetores. Proinde ſic argumentatur Papinian. ſi pœna operis publici perpetui ſervo ob delictum non infligitur, quanto magis credibile erat infligi poſſe, quia & major pœna videtur eſſe, multo minus infligitur levior, puta, operis publici temporarii: vel quod idem eſt, multo magis non infligitur levior: ſive dixeris multo minus infligitur levior, ſive multo magis non infligitur levior, utroque modo negas infligi: *ſervus*, inquit, *in opus publicum perpetuum, ac multo magis temporarium non datur*. Et ſic in *l. pen. ſup. de publ. jud. ſi non datur procurator ad accuſandum, multo magis non datur ad defendendum*, vel quod idem eſt, multo minus datur ad defendendum. Et in *l. aut damnum*, §. 1. *hoc tit.* ſi præſes provinciæ non poteſt reo permittere liberum mortis arbitrium, puta, ut ſe necet quoquo genere voluerit, vel in pelvi ſecta vena, vel alio, ſed ut necet tamen ſe omni modo: ſi, inquam, præſes provinciæ non poteſt permittere reo liberum arbitrium mortis, quoniam hoc eſt ſolius principis, ut apud Sueton. in Domit. & apud Tacit. ſæpe, multo magis nec veneno necare præſes provinciæ reum poteſt; quoniam eſt pœna turpis & illegitima: ſic legitur vulgo, *multo magis nec*, in *d. l. aut damnum*, §. 1. rectius quam in Florentinis, *multo magis vel*. Vel concipiatur argumentum hoc modo: nihil refert, ſi præſes non poteſt permittere liberum mortis arbitrium, multo minus veneno necare. Et ſic in *l. 4. C. de præd. minor.* ſi minor xxv. annis non poteſt prædia ſua vendere ſine decreto prætoris aut præſidis, multo magis nec donare. Nam & in illa lege veteres libri oſtendunt ſic eſſe legendum, *multo magis donare, nec alio quoquo modo transferre*. Vel ſic dicamus, ſi minor non poteſt prædia vendere ſine decreto, multo minus donare. At contra, ſi non in negando, ſed in confirmando argumentaris hoc modo, ut *l. Barbarius*, *ſup. de off. prætor.* ſi populus ſervo poteſt præturam decernere, multo magis Imperator; non eſt argumentum a majori ad minus, ut ſuperiora, ſed a minori ad majus, quod tantum valet ad adfirmandum, non ad negandum: contra illud quod eſt a majori ad minus valet ad negandum, non ad adfirmandum. Et ut hoc breviter perſtringam, a majori eſt quum quod magis eſt credibile, adſumitur ad probationem: a minori, quum quod minus eſt credibile aut probabile, adſumitur ad probationem. Quarum rerum neque totius artis non debet juriſperitus eſſe ignarus, ſed tinctus ſaltem eſſe debet, & noſſe locos, atque habere in numerato, alioquin ludit operam: ſed ad rem. Videamus cur ſervus non detur in opus publicum perpetuum vel temporarium pœnæ cauſa? Credo, & verum eſt, quia hæc pœna in ſervo non eſt pœna: nec enim fit ejus cauſa deterior; imo quandoque dum ſubtrahitur ſervitio durioris domini, & publico operi mancipatur ſive vinculis, fit melior: non eſt igitur pœna. Qua ratione etiam hic Græci interpretes utuntur: pœna operis publici perpetui in libero homine graviſſima eſt, quæ civitate mulctat, & deportationi in inſulam comparatur, *l. 17. ſup. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* denique capitis media deminutio eſt. In ſervo autem nulla eſt pœna. Item operis publici temporarii in libero homine pœna eſt, quia non multum diſtat ab ſpecie ſervientium, qui invitus publico operi navat operam, non tamen eſt capitis deminutio, quia neque libertate plectit, neque civitate, *l. 6. C. de cauſ. ex quib. inf. al. non irrog.* In ſervo autem pœna operis publici temporarii, nulla omnino eſt pœna. Pœna igitur operis publici non eſt communis liberis hominibus & ſervis, non cadit in omnes, ſed eſt liberorum hominum propria: ut contra, vinculorum perpetuorum pœna, propria ſervorum eſt, non liberorum hominum, *l. ſeq. 35. hoc tit. l. 6. & 10. C. eod.* At pœna metalli, ſive in opus metalli eſt communis liberorum hominum & ſervorum, *l. ſi quis aliquid*, §. *qui ſe*, *hoc tit. l. 11. C. eod. tit. l. 17.* §. *ult. de quæſt. l. 5. de manum.* Et hæc pœna metalli fodinæ in liberis hominibus maxima capitis deminutio eſt: in ſervis mutatio dominii in deterius, quia etſi ſervi nec libertatem habeant, nec civitatem, aut caput ullum, quod damnatione in metallum amittere poſſint, tamen in deteriorem & teterrimum dominum decidunt, abeunt a priore, quem habuerunt ante damnationem, & ſervi fiunt pœnæ, non fiſci, non Cæſaris, non Reipubl. non ullius certi hominis: ſed quod miſerum eſt, fiunt ſervi pœnæ, cruciatus, tormentorum, catenarum, *l. aut damnum*, §. *inter eos*, & §. *ult. hoc tit.* Quod autem ait Papin. in opus publicum perpetuum ſervos non damnari, pugnare videtur cum *l. in ſervorum*, *hoc tit.* quam opponit etiam Accurſius, quæ, ut breviter eam exponam, ſervum ita damnatum, ut domino reddatur ſub pœna vinculorum, ſi dominus nolit eum nebulonem recipere forte, nec ſit, qui eum emere velit, ait, dandum eſſe in opus publicum perpetuum. Ergo, inquies, forte ſervus damnatur in opus publicum perpetuum: imo, ea lex nihil pugnat, quia non proponit ſervum damnatum fuiſſe in opus publicum, ſed domino reddi juſſum ſub pœna vinculorum, ut ei perpetuo in vinculis ſerviret, quæ pena in ſervo legitima eſt. Et hunc tamen ſervum ita damnatum, non in opus publicum, quod non potuit, ſed in vincula, ſi a domino & omnibus derelinquatur, ſi nullus exiſtat, qui ſervitio ejus uti velit, cui poſſit ſub pœna vinculorum ſervitutem ſervire, non neceſſario ſervus datur vel in opus metalli, ut *l. 5. de manumiſſ. & l. ſi quis aliquid*, §. *qui ſe*, *hoc tit.* vel datur in opus publicum perpetuum: & hoc modo fit ſervus pœnæ, vel potius ſervus publicus: At ſi a domino non derelinquatur, ſi dominus eum recipere velit ſub pœna vinculorum, ſub lege habendi eum ſemper in vinculis, in compedibus, remanet in ejus dominio & poteſtate, nec fit alterius, licet vincula ei injecta ſint, *l. aut damnum*, §. *ult. hoc tit.* nullis autem vinculis injectis, ſi in opus publicum perpetuum tradatur, nullam ſuſtinet pœnam, nullum onus domini ſervitio gravius. Ergo hoc genere ſervus non punitur. Denique fruſtra datur ſimpliciter ſine vinculis in opus publicum perpetuum, & multo minus datur in opus publicum temporarium, quod ſervitium tempore levius eſt. Quod ſi forte aliquando eveniat, ut ſervus damnetur in opus publicum temporarium per imperitiam judicis, toleratur quidem ſententia nec reſcinditur, arg. *l. 23. hoc tit. & l. 7.* §. *ad tempus*; *de interd. & releg.* Sed ut Papinianus ait hoc loco, expleto tempore, domino redditur, ut ei præbeat operas, nec jam amplius publico, quoniam ab ejus dominio non diſceſſit: vel etiamſi per imperitiam judicis ſervus damnetur in opus publicum perpetuum, ſane tunc curabit dominus reſcindi ſententiam: quoniam ejus intereſt, ne in perpetuum careat operis ſervi, & ſit dominus ſine re.

Ad §. Eos quoque.

Eos quoque pœna delatoris ex ſententia Senatuſc. teneri reſpondi, qui per ſuppoſitam perſonam delatori cauſam dederunt.

HOc loco oſtendit Papin. eum, qui per ſuppoſitam perſonam delatori ſive accuſatori cauſam dedit, id eſt, qui ſuppoſuit aliquem, qui mandaret delatori cauſam capitalem deferendam, quique delatorem ſive

accu-

accuſatorem inſtrueret allegationibus & probati onibus, eum, inquam, qui hoc miniſterio utitur ad man dandam alteri accuſationem, delationemve capitalis criminis, deſerta accuſatione teneri, perinde atque deſertorem ipſum, qui ab accuſatione deſtitit. Teneri, inquam, ut ait, ex ſententia Senatuſconſulti Turp. non ex verbis, quia Senatuſconſultum tantum loquitur de accuſatore & mandatore deſiſtente. At ſententia Senatuſconſulti porrigitur etiam ad mandatorem mandatoris, de quo hic locus eſt accipiendus. Et hic Papin. locus proculdubio ſignificatur in *l. 1. §. incidit, ad Senatuſ. Turp.*

Ad L. III. de Sent. paſſ. & reſt.

In inſulam deportati bona fiſcus, pœna remiſſa retinuit: creditores ex ante geſto non habere cum eo, qui debitor quondam fuit, actiones conſtitit. Quod ſi bona cum dignitatis reſtitutione conceſſa recuperaverit, utiles actiones neceſſariæ non erunt, cum & directæ competunt.

IN hac lege proponitur deportatum in inſulam indulgentia Principis fuiſſe reſtitutum civitati, quam per deportationem amiſerat, & famæ quoque ſimul amiſſæ, ac dignitati ſuæ. Solius principis eſt reſtituere civitati & famæ, *l. Imperialis, C. de nuptiis l. ſi qua, C. ad Senatuſc. Tertull.* At fuiſſe eum reſtitutum civitati tantum & famæ, non etiam bonis, quæ ſemper deportato adimuntur omnia, & coguntur in fiſcum, non fuiſſe, inquam reſtitutum bonis, ut plerumque non ſolet fiſcus reſtituere, quæ ſemel in eum ceciderint, ne innocenti quidem confiſcato forte ex cauſa contumaciæ, ut *l.2. C. de requir. reis.* Et certum eſt deportatum reſtitutum civitati & dignitati beneficio Principis, non etiam bonis, non teneri creditoribus ex eo, quod geſſit vel contraxit ante damnationem, quia deportatione, quæ eſt ſpecies capitis deminutionis, deſiit eſſe debitor, & actiones translatæ ſunt in fiſcum, ad quem bona pervenerunt, *l. ſi debitori, ſup. de fidejuſſ. l. 2. §. 1. & l. tutelas §. ult. de cap. minut. ſup.* vel fiſco non utente jure ſuo, & non vindicante bona deportati, ut poteſt, creditores cum deportato, qui bona retinet negligente fiſco; non habent quidem directas actiones, quia ipſo jure capitis deminutione liberatus eſt, ſed habent utiles, quia bona ei adempta non ſunt reipſa, jure adempta ſunt, quia pertinent ad fiſcum, ſed per negligentiam fiſci apud eum remanſerunt. Ideo tenetur utilibus actionibus reſpondere creditoribus ſuis, *l. 14. §. ult. ſup. de int. & rel.* quæ eſt una ex eis, quas ad eum titulum, qui mutilus eſt, reſtituimus ex Baſilicis. Et quod dicimus de actionibus quibus deportatus obſtrictus fuit ante ſententiam, idem obtinet in iis, quas habuit ante ſententiam, ut ſcilicet ei auferantur, & tranſeant in fiſcum, ſicut cetera bona, *l. 5. C. eod. tit.* Et hoc eſt, quod pertinet ad priorem partem hujus legis. Ex poſteriori parte hujus legis notandum eſt, quod ſi forte magno beneficio Principis, deportatus priſtinum ſtatum, priſtinam dignitatem cum bonis omnibus ſpecialiter reciperaverit, tunc ei & in eum competunt directæ actiones, eædem, quæ competebant ante ſententiam, nec utiles hoc caſu ſive reſtitutoriæ actiones ei ſunt neceſſariæ, quia ipſo jure reſtitutio bonorum & actionum reſtitutio eſt, *l.4. C. eod. tit. l. 21. inf. de verb. ſignific.* Quod uſque adeo verum eſt, ut etſi reſtitutus bona reſpuat, ſibi a Principe conceſſa & reſtituta, non ideo minus ipſo jure redeat in obligationem creditorum, non ideo magis exuatur actionibus, *l. 2. hoc tit. l. pen. C. eod.* Et nota quod ait, non eſſe neceſſarias actiones utiles, quum directæ competunt. Quod oſtendit etiam *l. ſi heres inſtitutus, ſup. ad Trebell. & l. 1. de Public. in rem act.* Poſui in hac poſteriore parte, eum fuiſſe reſtitutum cum bonis omnibus, ut & *l. 2. hujus tituli* exigit bona omnia reſtitui, ut & actiones reſtituantur in eum directæ, quia ſi reſtituantur tantum ei res quædam, veluti domus illa, & ille fundus, dicente principe: *Reſtituo te civitati & dignitati, & illis ædibus, & illi fundo, quem poſſediſti pridem ante damnationem.* Hoc caſu actiones ex ante geſto, id eſt, ex tempore præcedente ſententiam, ei vel in eum nullæ competunt, ſed fiſcum ſequuntur, ad quem bona pervenerunt, *l.3. C. eod. tit.* Hoc ita, ſi res quædam, ſi corpora quædam bonorum ei reſtituantur: ſicut dixi. Nam ſi pars bonorum ei reſtituatur, non deſignatis certis rebus, veluti dimidia pars aut tertia, quam *partem cognominem* Arithmetici vocant, noſtri Doctores, *partem quotam*, puta, his verbis: *reſtituo te dimidiæ parti bonorum: vel reſtituo te tertiæ parti bonorum:* tunc pro ea parte, quæ reſtituitur, ei & in eum competunt priſtinæ actiones, *dicta l.3. C. eod. tit.* Multum igitur intereſt, rebus quibuſdam reſtituatur, an parti bonorum: ſicut multum intereſt ex rebus certis quis heres inſtituatur, adjectis aliis heredibus, qui pro legatario habetur, an ex parte certa, qui pro herede habetur, non pro legatario, *l. pen. C de hered. inſtit.* Multum item intereſt, rogetur heres reſtituere hereditatem retenta re, aut rebus certis, quo caſu omnes actiones hereditariæ tranſeunt in fideicommiſſarium Trebellianum, an vero retenta quarta parte, quo caſu actiones dividuntur inter heredem & fideicommiſſarium pro quadrante & dodrante, *l. ſi legatus, §. multum, ſup. ad Trebell.* Actiones, inquam, creditorum, non etiam actiones legatorum, quibus tenetur ſolus fideicommiſſarius in ſolidum, cui reſtituitur dodrans hereditatis, optima ratione, quia cum adverſus legatarios heres ſalvum & integrum quadrantem, id eſt, integram Falcidiam habere debeat, non debet eam ideo minus habere integram & illibatam, ſine onere legatorum, quod dodrantem fideicommiſſario reſtituere teneatur. Dico dodrantem, cum rogatus eſt aſſem reſtituere. Nam ſi rogatus ſit ſemiſſem reſtituere hereditatis, hoc caſu non tantum actiones creditorum, ſed etiam actiones legatorum dividuntur inter heredem & fideicommiſſarium pro ſemiſſibus, *l. 1. §. pen. & ult. ad Treb. l.2. C. eod. tit. l. etiam, §. 1. ſup. ut legat. nom. cav.* Idemque eſt ſi heres rogetur reſtituere trientem vel beſſem, non aſſem, quæ juris principia certiſſima ſunt, & ſæpe memoria retinenda, quoniam facile excidunt.

Ad L. XXXIX. de Jure fiſci.

Bona fiſco citra pœnam exilii perpetuam adjudicari ſententia non oportet.

DIſplicet mihi & omnibus interpretatio Accurſii ad initium hujus legis, quod accipit de deportatione, cum ſit neceſſario accipiendum de relegatione, ut perſpicue demonſtrabo. Omnino enim hoc vult: *citra pœnam exilii perpetuam*, id eſt, non irrogata relegationis pœna in perpetuum, ſed ad tempus tantum, damnati bona non eſſe confiſcanda, id eſt, neque omnia bona, neque partem bonorum ullam. Et ideo non niſi relegato in perpetuum, partem bonorum adimi poſſe, ut patet ex *l. 4. ſup. de interd. & releg.* quæ ait, (ſic enim explicanda eſt) *relegatos omnia bona retinere præter ea, ſi qua eis adempta ſint ſententia judicis.* Quod ita explicat mox, *nam eorum*, inquit, *qui in perpetuum exilium dati ſunt, vel relegati, poteſt quis ſententia partem bonorum adimere.* In perpetuum exilium datos, proculdubio vocat relegatos in perpetuum, non deportatos. Et quod ſequitur, *vel relegati*, interpretatio eſt illorum verborum, *in perpetuum exilium dati*. Illud, *vel* ut ſæpe occurrit in jure noſtro, eſt, σύνδεσμος διασαφητικός. Et ita hoc loco: *citra pœnam exilii perpetuam*, id eſt, citra relegationem perpetuam, bona damnati non ſunt adjudicanda fiſco: citra relegationem perpetuam, quia relegati ad tempus bona nulla ex parte publicari poſſunt, *l.7. §. ad tempus, ſup. de interd. & releg.* Facit ergo differentiam inter relegationem perpetuam, quæ adimere poteſt partem bonorum, & relegationem temporariam, quæ nullam partem bonorum adimere poteſt. Quæ differentia

ferentia cum non poffit fieri in deportatione, quia omnis A deportatio eft perpetua, nulla temporaria, *l.18. eod. tit.* quæ eft etiam ex reftitutis auxilio Bafilicon, nulla capitis deminutio eft temporaria, *l.capitalium, §.divus de pœn.* ex eo manifefto apparet illa verba: *citra pœnam exilii perpetuam*, quæ funt fcripta ad differentiam exilii temporarii, poffe tantum accipi de relegatione, non de deportatione, quæ nulla eft temporaria: nulla denique capitis deminutio eft temporaria. Nec objicias, quod damnari quis poteft in metallum ad tempus: ergo capite minui ad tempus. Nam damnatio in metallum, proculdubio capitis deminutio eft, quia plectit & civitate, & libertate. Damnari quis poteft in metallum ad tempus ex *l. fine præfinito, de pœn.* quæ ait, damnato aliquo in metallum fimpliciter, non præfinito tempore, imperitiâ damnantis non adjecto, in perpetuum, neque ad tempus, illud ait, decennium B præfinitum videri. Nam, ut refpondeam, concedo damnari quem poffe in metallum ad tempus, & hoc effe frequentiffimum, & non adfcripto tempore; damnatum videri in decennium, fed tamen ita damnatus in perpetuum capite minuitur, quia in perpetuum civitatem amittit, & libertatem tantum retinet, quod aperte oftenditur in *d.§. Divus, & l.aut damnum, §.in miniflerium, eod.tit.* Et alia eft ratio fervi damnati ad vincula fententia judicis non præfinito tempore, qui in perpetuum damnatus intelligitur, non in decennium, quia durius agitur cum fervis, & folemne hoc erat, fervos reddi dominis fub pœna vinculorum, *l. in fervorum, l. fi quis aliquid, §. qui fe, fup. de pœn. l. fervos, C. eod. tit.* In liberis hominibus pœnæ interpretatione molliendæ funt, ut ait *l. interpretatione, de pœn.* in fervis interpretatione exafperandæ C potius quam molliendæ funt. Concludamus igitur, exilium effe accipiendum initio hujus legis, non proprie pro deportatione, ut in *l.2. de publ. jud.* quia deportatio nulla eft temporaria, fed improprie exilium effe accipiendum pro relegatione, ut apud eundem Pap. exilium temporarium eft relegatio, non certe deportatio, *l. falfi, §.1. ad leg. Corn. de falf. l.13. quib. ex cauf. in poff.* Et fequitur in hac lege,

Ad §. Eum, qui.

Eum, qui periculum communis condemnationis dividi poftulavit, quod participes judicati folvendo effent, revocatis alienationibus, quas fraudulenter fecerunt, non videtur D *caufam pecuniæ fifco nuntiaffe, refpondi.*

IDem oftendit hoc loco, quod oftendit in *l. proxima, §.ult.fup. lib. 13.* delatorum numero non haberi eum, qui caufæ propriæ protegendæ gratia fifco nunciat caufam pecuniariam, atque adeo vinci eum poffe fine periculo calumniæ, quod delator nunquam evitat. Et fpecies hæc eft: plures funt condemnati fifco ex eadem caufa in unam fummam, hoc adjecto in fententia & expreffo, *ut fi quis eorum folvendo non effet, pro eo ceteri folvere tenerentur*: unus ex eis poftulavit dividi fententiam & condemnationem pro virilibus portionibus, dicens participes & collegas effe folvendo, fi modo revocentur alienationes, quas fecerunt in fraudem fifci, & quum ab eo defideraretur, ut probaret collegas alienaffe bona fua in E fraudem fifci, id non potuit probare. An fit infamis quafi delator? Minime, quia hoc dixit & propofuit fuæ caufæ protegendæ gratia, ne fupra virilem inferret fifco. Ita vero, ut pofui hoc loco, neceffe eft ponere fpeciem, quam etiam explicavit Acc. male. Plures fcil. una fententia fuiffe damnatos, ita ut pro eo, qui folvendo non effet, ceteri tenerentur, quoniam fi generaliter damnati forent, & fimpliciter, ut ponit Acc. eo non addito, ut quod ab altero fervari non poffet, alter fuppleret de fuo, proculdubio hoc cafu periculum fententiæ non excuffis facultatibus fingulorum, ex æquo inter eos dividitur pro virilibus portionibus, nec inopia unius onerat ceteros, *l. 1. §. quoties, fup. de app. l. 1. & 2. C. fi plures una fent. cond. fint.* Et nihil eft præterea in lib. 16. Imo fuperfunt adhuc duo loci, quib. Marcianus ex eodem libro utitur Pap. auctoritate, qui breviter explicabuntur. Unus in *l.1.§.ult.de req.reis, vel abf.dam.*

Ad §. ult. L. I. de Requir. reis.

Sed & Pap.lib.16.refponfor.fcripfit, requirendum ad notatum fi provinciæ præfidem intra annum adierit, & fatis obtulerit, non effe locum mandatis, ut bona fifco vindicentur: nam etfi intra annum mortuus fit, criminis caufa expirat & perit, & bona ejus ad fucceffores transmittuntur.

EX quo intelligimus, reum criminis capitalis abfentem & profugum, non damnari quidem, fed adnotari inter reos, ut requiratur, & fieri, ut loquuntur, requirendum, bonis interim fifco fubfignatis, nondum publicatis, quæ nec publicantur ante damnationem, fi intra annum, ex quo publice adnotatio innotuit, venerit, adierit judicem, & fatisdederit judicio fifti. Imo nec fi intra annum moriatur, bona confifcantur, fed ad ejus heredes legitimos transfeunt, & morte ejus, quæ contigit intra annum, cum criminis quæftio, tum bonorum quæftio perimitur, *l.1.C.eod.t.l.2.C.fi pend.app.mors interven.* fi non venerit intra annum, & purgarit fe, vel fi non mortuus fit intra annum, poft annum bona fubfignata fifco, proculdubio, & occupantur a fifco, quafi publicata, quafi publica, *l.ult.h.t.l.2.C.eod.* Alter locus eft in *l.3.de bon.eorum, qui ante fent.vel mort.fibi confc.* vel *au.eor.*

Ad L. III. de Bon. eorum, qui ante fentent. &c.

Qui rei poftulati, vel qui in fcelere deprehenfi, metu criminis imminentis mortem fibi confciverunt, heredem non habent. Pap.tamen lib.16.refponfor.ita refcripfit, ut qui rei criminis non poftulati, fibi manus intulerint, bona eorum fifco non vindicentur, non enim facti fceleritatem effe obnoxiam, fed confcientiæ metum in reo, velut confeffo teneri placuit: Ergo aut poftulati effe debent, aut in fcelere deprehenfi, ut fi fe interfecerint bona eorum confifcentur.

SEntentia hæc eft: bona ejus, qui fibi mortem confcivit, fifco vindicari, fi reus poftulatus, vel in fcelere capitali deprehenfus, ἐπ' αὐτοφώρῳ, vel ἐν ἔργῳ, metu criminis imminentis, mortem fibi confciverit, non aliter: Nam fi quis, cum non effet in reatu, cum non effet reus poftulatus, non in flagranti crimine deprehenfus fe interfecerit, non ideo bona fifco vindicantur, & ut ait Pap. facti fceleritas, id eft, ἀνομίαν, ut veteres Gloffæ interpretantur ἀνομίαν, fceleritatem, iniquitatem, eft prifcum vocabulum, quo fignificatur fœditas & turpitudo facti, & nefandiffimum fcelus injuffu Dei, a quo animus datus eft, ex hominum vita migrare, & adfignatum a Deo munus humanum defugere & deferere. Et tamen illa facti fceleritas legib. non plectitur, fed confcientiæ tantum metus, & quafi tacita confeffio rei: in qua caufa is tantum eft, qui cum effet in reatu fibi ipfi manus intulit. Et ita hic locus explicandus eft.

JACOBI CUJACII J.C. COMMENTARIUS

In Lib. XVII. Refponforum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XLII. de Pactis.

Inter debitorem & creditorem convenerat, ut creditor onus tributi prædii pignerati non agnofceret, fed ejus folvendi neceffitas debitorem fpectaret, talem conventionem quantum ad fifci rationem, non effe fervandam refpondi: pactis etenim privatorum formam juris fifcalis convelli non placuit.

HUJUS l. sententia hæc est: debitor creditori prædium tradidit, ut id haberet & possideret jure pignoris, addita lege, sive pactione hujusmodi, ut tributum, quod prædium fisco debet, debitor exsolveret, non creditor. Quæritur, an ideo dicendum sit, fiscum non posse convenire creditorem tributorum nomine, quod aliud placuerit inter eum & debitorem, ut non ipse creditor, sed debitor munere tributorum fungeretur. Et ait, eam pactionem non lædere jus fisci, jus fiscale: fiscum posse convenire creditorem, qui possidet prædium jure pignoris. Nam tributum onus est possessoris cujuscunque, non domini, nisi possideat, *l. Imperatores, inf. de publican.* & creditor pignerati prædii possessor est naturaliter, & jure pignoris, *l. 3. §. ult. inf. ad exhib.* Et quidem solus possessor, quia debitor eo animo pignus tradidit, ut possessionem dimitteret, & transferret in creditorem, *l. per servum, in pr. inf. de adq. rer. dom. l. cum & sortis, §. ult. de pign. act.* Ergo creditor debet prædii pignerati, quod possidet, tributum agnoscere & fisco persolvere: fisco non delegato ad debitorem, quia pactio habita inter eum & debitorem, non potuit labefactare aut convellere jus fisci, sicut nec jus privati alterius cujusquam, *l. 3. in princ. t. seq.* Eadem hac in re est causa privati ac fisci, nec quidquam datur fisco, quod non detur etiam privato. Pactio habita inter duos non nocet tertio, qui pactioni non interfuit. Recte autem ait Pap. *quantum ad fisci rationem attinet, eam pactionem non esse servandam*: Nam quantum attinet ad debitorem & creditorem, proculdubio servanda est inter eos, ita ut, quod solverit creditor fisco tributorum nomine, a debitore recipiat, debitor creditori rependat, *l. epistola, §. pactum, h. t.* & quantum ad debitorem & creditorem attinet, ea pactio congruit omnino cum jure communi, quo soluta fisco a creditore dicuntur augere sortem, *l. 6. C. de pign.* Quod & hic Acc. notavit recte.

Ex libro 18. nullæ sumptæ sunt ll.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. XIX. Responsorum ÆMILIJ PAPINIANI.

Ad L. III. ad L. Rhod. de jactu.

Quum arbor, aut aliud navis instrumentum, removendi communis periculi causa dejectum est, contributio debetur.

COGUNTUR sæpe, qui in mari navigant orta gravi tempestate ventorum imbriumque procella, ut commune, quod imminet naufragii periculum evitent; levare navem facta jactura mercium, vel sarcinarum, quæ magis navem onerant, ut Nemesius ait libro de natura hominis, ἀποβολὰς τῶν φορτίων ποιεῖν τοὺς ναύτας λιμένι περιπέσοντας: de consilio scil. & sententia omnium, qui in navi sunt, & domino quoque ipso mercium, quas jactari placuit, navis exonerandæ gratia, primum incipiente jactum, ut nominatim est scriptum in l. Rhodia his verbis: ἀποβολῆς εἰς τὴν θάλασσαν γινομένης ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥιπτέτω. Hoc vero casu dominis mercium vel sarcinarum, quæ jactæ sunt in mare, ex eadem lege Rhodia, quæ vetustissima est, & recepta ubique gentium, damnum quod fecerunt sarciri debet ad collationem, contributionem, symbolum vocatis iis omnibus, quorum res beneficio jacturæ salvæ remanserunt: quia natura æquum est, participes esse damni eos, qui beneficio damni, quod alter accipit, sua conservaverunt: Æquum est ex aliena jactura non (A) conservari res nostras nobis gratuito sine aliquo dispendio, & communicatione damni, & ut eleganter ait *l. 2. §. cum in eadem, h. t.* Id tributum, id est, eam contributionem, observatæ res debent, non personæ, sed res, quia liberarum personarum, qui in navi fuerunt, nulla æstimatio est: salus liberi hominis inæstimabilis est, vel, ut ait *l. pen. §. ult. inf. de don. Contemplatio salutis certo modo æstimari non potest.* Ergo conservati homines liberi, conservata salus liberorum hominum in contributionem non venit, quia inæstimabilis est. Conservatio servorum & aliarum rerum æstimabilis est: hæ igitur res contribuere debent, quod salvæ superfuerint beneficio jacturæ, non etiam liberi homines pro capite suo quidquam conferre debent. Contributio autem fit pro rerum servatarum & jactarum pretio præsenti, & fit non tantum a dominis con- (B) servatarum rerum, sed etiam a domino navis, pro navis servatæ pretio, *d. §. cum in eadem*, atque etiam, ut hoc loco Pap. ostendit, & *l. 5. h. t.* pro pretio arboris cæsæ, sive mali, qui & κατάρτιον dicitur, si cæsa sit arbor navis periculi amovendi causa, juxta illud Lucani 9.

Arboribus cæsis flatum effudere prementem.

Vel etiam pro pretio clavi vel anchoræ, vel antennarum, si servata sint cornua antennarum, vel pro pretio aliorum quorumcunque instrumentorum, quæve servata sunt, ut si qua instrumenta navis eruta, fracta, dejecta sint, navis & mercium servandarum, & periculi propulsandi gratia. Et ita in l. Rhodia nominatim scriptum est, μετὰ τῆς ἐξάρτιας, quo nomine significatur omne instrumentum navis, usitato etiam Venetis hodie. Cum ergo instrumento omni navis, navem in contribu- (C) tionem venire; instrumento dejecto debetur contributio, vel fracto, vel eruto: Instrumentum vero servatum simul cum nave debet contributionem, & definitur etiam eo capite legis Rhodiæ pretium navis cujusque, pro quo conferri debet pretium navis vetustæ, & specialiter pretium navis capacis decem millium modiorum, id est, quæ tollat modiorum decem millia, quæ vocat, τὴν χιλιαδιατοῦ μοδισμοῦ. Et Dio 56. χιλιοφόρον, qualis erat plerunque omnis navis oneraria, Ulp. *lib. sing. regul. Nave*, inquit, *Latinus civitatem Romanam accipit, si non minorem, quam* 10. *millia modiorum navem fabricavit*, id est, τὴν χιλιδιατοῦ μοδισμοῦ. Pertinet lex Rhodia non ad naves longas veluti triremes, sed ad onerarias, quæ sunt fabricatæ mercaturæ causa, veluti Corbitæ, & inde frequens in hoc titulo mentio mer- (D) cium navibus impositarum. Valde autem notandum est, quod ait hoc loco, *removendi communis periculi causa, si dejecta cæsa sit arbor*, si cæsus malus, vel defectum aliud instrumentum navis, deberi contributionem. Si facta sit dejectio, inquit, vel amissio instrumenti removendi communis periculi causa. Nam si citra metum periculi exarmaverit aliquid in navi nauta, aut vis quædam modica tempestatis, id vectores aut mercatores sarcire non debent, sed id tantum, quod exarmavit metu imminentis periculi, & voluntate vectorum aut mercatorum, si quid ultro exarmaverit, id citra voluntatem vectorum, nec urgente periculo ullo, id nautæ sarcire non debent: sicut nec si faber, cujus opus locasti, marculum vel incudem fregerit, id imputabitur ei, id sarcire non debes, *l. 2. §. si conservatis, hoc tit.* Notandum (E) etiam est, non tantum contributionem fieri jactura certarum mercium navis levandæ causa, sed etiam propter jactum, vel propter vim tempestatis, ut additur in lege Rhodia aspergine, vel salsugine maris deteriorib. factis aliis mercibus, quæ in navi remanserunt, ut scilicet damnum sarciatur, tam harum quam illarum mercium dominis, ex collatione ceterorum, quorum merces salvæ, integræ, illæsæ sunt, *l. 4. §. ult. hoc tit.* Et damnum asperginis in lege Rhodia significatur his verbis: Ἐὰν ἐκ τῆς ζάλης: ζάλην vocat procellam, συμβῇ τὸν γόμον βρεχθῆναι. Item contributio fit navit expugnata a piratis, ut scilicet redimatur navis communi pecunia, cum mercibus, quæ simul abductæ sunt & ereptæ, *l. 2. §. si navis, h. tit.* Item contributio fit mercibus levandæ

navis

navis gratia tranfiectis in fcapham, quæ fubfequi plerunque navem folet, fi poftea fcapha fubmerfa fit: nam dominus mercium illarum, quæ in fcapham tranfiectæ funt, poftea fcapha demerfa, perinde atq; fi merces jactæ effent in mare, contribuere debent ceteri, qui in navi merces fuas falvas habent, *l. 4. in pr. h. tit.* Denique contributio fit amiffis mercibus jactura, vel tranfactione facta in fcapham navis levandæ, & mercium ceterarum confervandarum gratia, ut damnum farciatur dominis mercium, vel etiam mercib. afpergine deteriorib. factis, ut & hoc damnum farciatur dominis mercium vitiatarum, aut ruptarum, vel etiam navi, ut diximus, expugnata a piratis vel hoftibus, ut redimatur cum mercibus pro rata ære collato. Naufragio vero facto, & nave prorfus amiffa, non eft contributioni locus, *l. 4. §. 1. & l. 5. h. tit.* Etiamfi quis forte merces fuas ex naufragio liberaverit, vel profundo extraxerit per urinatores five colymbarios, vel etiam fervaverit in fcapha, vel carabo (carabus, κάραβος, καράβιον) quæ fere idem eft, quod fcapha, *que vous appellez caravelle*, quæ fequitur magnas naves, & ejus ufus etiam in magno flumine: chelandii ufus eft in parvo flumine tantum, ut in Avarico flumine Biturigum, commune enim eft nomen urbis & fluminis; cujus parvi fluminis nautæ etiam id genus navigii chelandium vocant, ut Cedrinus in hiftoria, *un chelant.* Nave autem amiffa, licet forte quædam merces fervatæ fint, non effe contributioni locum etiam Paulus fcribit *2. Sent. eod. tit.* ubi & illud generaliter definit, *collationis intributionem ob jacturam non nifi nave falva fieri debere.* Nempe caput hoc legis Rhodiæ, de quo in hoc tit. potiffimum agitur, de jactura eft tantum, non de naufragio: aliud fuiffe caput legis Rhodiæ, de naufragio fubindicat *l. 9. hoc. tit.* in qua proponitur libellus Eudemonis Nicomedenfis oblatus Antonino Imperatori, quo querebatur naufragio facto in Italia, fe direptum fuiffe, ut ait ὑπὸ τῶν δημοσίων, a publicanis Cycladum infularum, in quas ejectæ erant reliquiæ naufragii quædam: quæ infulæ, ut gloffa ait, non funt etiam in Italia, ubi fint nemo fcit. Et refpondiffe Imperatorem Antoninum, eam rem, id eft, rectene publicani diripuerint reliquias naufragii necne, judicari oportere lege Rhodia, quam omnes populi libenter fequuntur in controverfiis nauticis, videlicet fi deficeret, aut non repugnaret l. Romana: forte l. Rhodia non probabat, quod Juvenalis ait, *res fifci eft ubicunque natat.* Sed licebat unicuique impune, id eft, nullo tributo publicanis illato, nullave parte naufragii, naufragium fuum colligere, quod & Antoninus fcripfit in *l. ult. inf. de inc. ruin. & nauf. & l. 1. C. de nauf. lib. 11.* In nauticis autem quæftionibus omnibus, etiam legem Rhodiam effe fequendam, nifi fi qua in re ab ea jus civile populi Rom. diffideret, etiam Senatu comprobante, Auguftus ut nominatim ait *l. 9.* & Tiberius, & alii, & Vefpafianus & Trajanus decreverunt.

Ad L. XLIII. de Oper. Libert.

AIt l. libertum operis obligatum, qui debet operas patrono ex jurejurando, vel ex ftipulatione, militiæ nomen non dare fine injuria patroni: Quod certum eft, militiæ nomen dare non poffe, ne patrono fiat injuria, ne patronus careat operis fibi debitis, patroni confenfum exigit, ut amittat operarum actionem, alioquin libertus militia removebitur. Nam etfi libertus jus aureorum annulorum impetraverit invito patrono, vel patroni filio, vel natalibus reftitutus fuerit, hæc beneficia ei adimuntur, ne fiat injuria patrono, *l. 3. inf. de jur. aur. ann. l. 2. in fin. l. pen. & ult. de nat. reft.* Imperatores Diocletianus & Maximianus in *l. 4. C. de eman. lib. In cujufquam injuriam beneficia aliis tribuere moris noftri non eft*, & iidem in *l. 1. C. Hermogeniano, de teft. beneficia citra cujufquam injuriam decernere petentibus, minime folemus*, ubi *citra*, pro *intra*, ut apud Cor. Tac. fæpe. Et fimiliter Trajanus ad Plinium: *Privilegia privatorum injuria a me dari non oportet.* Libertinus militia non prohibetur, fed fervus tantum: libertinus nomen militiæ dare poteft, *l. ult. C. de liber. & eor. liber.* fed nonnifi confentiente patrono, fi ei debeat operas: fi non debeat, etiam non confentiente patrono, & fi forte ingratitudinis arguatur adverfus patronum, aut filium patroni, privilegio militiæ non defenditur, quo minus in fervitutem retrahatur propter ingratitudinem, *d. l. ult.* nam etiam militibus adverfus parentes & patronos ratio pietatis conftare debet, *l. 1. de obf. par. & pat. præft. l. 5. §. a milit. inf. de lib. agnofc.* quæ præcepta funt officiorum laudatiffima.

Ad L. XXIII. de Appell.

Ex confenfu litigantium citra compromiffum a prefide provinciæ judice dato, victus poteft provocare.

AD hanc l. fciendum eft, aut quod jam fciunt omnes quafi notiffimum, memoria repetendum a fententia judicis delegati, quem præfes provinciæ dedit, poffe appellari ad eundem præfidem, vel ad fucceflorem ejus, qui ei fucceffit in imperio, *l. 1. inf. quis & a quo appell.* A judice autem compromiffario, quem ex compromiffo litigantes adierunt a fententia judicis compromiffarii appellari non poffe, quanquam hodie alio jure utimur: at jure civili a fententia judicis compromiffarii appellari non poteft, *l. non difting. §. item cum a judice, fup. de recept. qui arb. recept. & l. 1. C. eod.* Et ratio eft evidens, quia fruftra appellaretur a fententia judicis compromiffarii, cum neque pariat actionem judicati, neque exceptionem rei judicatæ, *d. l. 1. & l. 2. fup. eod. t. de rec. qui arb.* & ideo quia ex fententia judicis compromiffarii, id eft, recepti arbitri, non nafcitur obligatio, nec judicati actio, nec exceptio; qui eum adeunt, folent invicem pœnam promittere, quod eft conftipulari & compromittere viciffim alter alteri pœnam, fi quis non fteterit fententiæ arbitri, ut metu pœnæ ftetur fententiæ arbitri, & in non obtemperantem detur actio ex ftipulatu pœnæ nomine. Quæritur inde an a judice edititio appellari poffit, fic appellatur a M. Tullio pro Plancio, & quis is fit, Servius expofuit in Eclog. Virg. 3. Is eft, quem præfes provinciæ dedit, non ex fuo arbitrio, fed ex petitione, editione, & confenfu litigantium, de quo etiam agitur in *l. pen. C. de recept. arbit. l. 1. C. ubi & apud quem cogn. eft.* Ab ejus autem fententia, ut definit hoc loco Papinian. appellari poteft, quia nihil diftat a judice delegato. Quid enim intereft, delegarit præfes eum, quem ipfe elegit, an eum, quem partes elegerunt, fi modo eum elegerint citra compromiffum: nam hoc loco Florentini perperam habent, *circa compromiffum*, alii recte, *citra*, ut Bafilic. χωρὶς, id eft, fine: nam fi ex compromiffo editus fit, ab ejus fententia appellari non poteft, fi fine compromiffo editus fit, & datus a præfide partibus poftulantibus, ab eo appellari poteft ad præfidem, qui dedit.

Ad §. Cum Procurator.

Cum procurator Cæfaris, qui partibus præfidis non fungebatur, in lite privatorum jus dandi judicis non habuiffet: fruftra provocatum ab ea fententia conftitit, quæ non tenebat.

PRocurator Cæfaris, alias rationalis dicitur, & in Bafilicis femper καθολικὸς, quod univerfam rem Cæfaris tractet & adminiftret. Singuli autem conftituuntur in fingulis fere provinciis procuratores Cæfaris, & hic procurator Cæfaris habet jurifdictionem inter fifcum & privatos in caufis pecuniariis, *l. nec quidquam in princ. fup. de offic. proconf.* Jurifdictionem non habet inter privatos in lite privatorum, nifi partibus præfidis in provincia fungatur. Jurifdictionem etiam non habet inter fifcum & privatos in caufis capitalibus, nifi præfidis vicem tueatur & fubftineat, *l. 2. C. de pœnis, l. 4. C.*

ad l. Fab. de plag. l. 8. C. de sent. passis. Jurisdictionis pars est judicis dandi licentia, judicem delegare posse, *l. imperium, suprà, de jurisd.* Judicem ergo procurator Cæsaris dare potest inter fiscum & privatum in causis fiscalibus pecuniariis, non inter privatos, & si quem judicem forte dederit inter privatos, isque sententiam dixerit, ab ea sententia frustra appellatur, cum sit dicta a judice non jure dato, vel a non judice potius, *l. 1. C. de pedan. jud.* quæ est sententia hujus §. congruens cum *d. l. 1.* Inter privatos judicem dare, vel de causis capitalibus cognoscere ad præsidis provinciæ jurisdictionem spectat. At crimine pœnaque extincta morte rei ante damnationem, vel etiam post condemnationem facta a præside vivo vel mortuo reo, succedunt partes procuratoris Cæsaris, ut damnati, aut mortui in reatu bona vindicet fisco, & cognoscat de bonorum causa: de reatu non potest cognoscere, de bonis potest cognoscere, quia civilis quæstio hæc est, & pecuniaria, *l. defuncto, sup. de publ. jud. l. 1. 2. 3. C. ubi causæ fisc.* Ulpianus *lib. 9. de offi. proconf. tit. ad l. Fab. Legis* inquit, *Fabiæ de plagio in provinciis præsidum cognitio est*. Nec aliter procuratori Cæsaris hæc cognitio injungitur; quam si præsidis partibus in provincia fungatur: *Sane*, inquit, *post sententiam de plagio latam, procuratoris partes succedunt*. Deinde subjicit Ulpianus; *insulæ tamen Cretæ*, ut emendavi, *procuratori specialiter datum constitutione Antonini*, ut ex *l. Fabia posset cognoscere de plagio, & l. Julia tantum de adulteriis coercendis*. Hinc quæritur, quando videatur procurator Cæsaris fungi partibus Præsidis? Ne dicas, ut Accurs. in *l. 1. C. de ped. jud. & l. 4. C. ad leg. Fab.* procuratorem Cæsaris tunc fungi partibus præsidis, quum privati quidam in lite, quam habent inter se, se jurisdictioni ejus subjiciunt, quia non in eo obtinet, agitve partes præsidis, sed in ea tantum lite inter privatos consentientes jurisdictionem exercet, *l. 1. sup. de judic.* Ne etiam dicas, eum fungi partibus præsidis, quum præses ei mandavit jurisdictionem suam, neque lex ei detulit; lex Julia judiciorum, *l. 6. sup. de jurisdict.* Et constat etiam mandari a præside non posse cognitionem causarum capitalium, quæ lege datur præsidi, non jure magistratus competit, *l. 1. sup. de off. jud. cui mand. est jurisd.* At tunc certe procurator Cæsaris tuetur vicem præsidis, sive partes, quum mortuo præside, a Principe, qui lex viva esse dicitur, moderamen provinciæ ei temporis causa datur; vel etiam, quum ab initio a Principe ei provincia regenda committitur, quæ non habet præsidem, ut in *l. 1. sup. de tut. & cur. dat. l. 1. C. de offi. ejus, qui vicem alt. jud. gerit.* Fuerunt enim quædam provinciæ quandoque sine præside, quæ a solo procuratore Cæsaris regebantur, ut duæ Mauritaniæ, & Rhetia, & Noricum teste Cornel. Tac. 1. histor. Et quandoque neque a præside, neque a procuratore Cæsaris regebantur quædam, sed a Primipilo. Idem Corn. Tacit. 4. Annal. *Olennius e Primipilaribus regendis Frisiis impositus*. Ovid. 4. de Ponto, ad Vestalem; in quo lemmate ex veteribus addendum est, *Primipilum*. Ad Vestalem Primipilum.

Missus es Euxinas, quoniam Vestalis ad oras,
Vt positis reddas jura sub axe locis.

Ad §. Filiumfam.

Filiumfamilias, cum adversus patrem ejus de bonis, quæ per ipsum poterat adquiri, pronunciatum esset, respondi, non nisi patris nomine potuisse provocari.

QUædam erant bona per filiumfamil. quæsita patri jure potestatis, quæ cum persequeretur pater, & peteret a possessoribus, adversus eum pronuntiatum est; filius ejus potest appellare a sententia etiam sine mandato patris, *l. sed & hæ pers. sup. de procur.* sed nomine patris, non suo, quia res jam sua non est, ac ne momento quidem fuit sua, *l. placet, de adq. hered.* sed res est patris. Effectus hujus rei hic est, quod debeat appellare intra triduum, qui si causa ejus esset propria, si suo nomine vellet appellare, deberet appellare intra biduum, *l. 1. §. in propria, inf. quand. appell. sit*.

Ad §. Ultimum.

Eum, qui cognovit edictum peremptorium secundum ordinis causam dati, placuit non recte provocasse, cum in ejus potestate fuerit, ante diem præstitutum pro tribunali respondentem, aut defensum edicti denuntiationem rumpere.

EX §. ult. hujus legis intelligitur, eum, qui in causis civilibus post litis contestationem per contumaciam judicio abest, & damnatus ex eremodicio, quam vocem, & forum retinet, quasi deserta lite, post diem præstitutam edicto peremptorio, quo adesse jubetur, si judicio absit, nec venerit prædicta die, & cognoverit edictum, eum, inquam, absentem, qui ex contumacia ita damnatus est, non posse appellare, quod approbant multæ admodum leges præter hunc §. *ult. l. & post peremptorium, §. ult. sup. de judic. l. liberto, §. pen. de negot. gest. l. 1. C. quorum appell. non recip. l. properandum, §. cum autem, C. de judic.* Verum exigimus, ut ei innotuerit edictum peremptorium, quo evocatus est in judicium ad diem certam. Exigimus ut edictum peremptorium vel fuerit publice propositum, publice affixum, quoniam non potest causari ignorantiam ejus, quod publice affixum est. Denique cognoscere videtur quisque & intelligere, quod publice propositum est loco celeberrimo claris literis. Ergo exigimus ut edictum vel sit propositum, vel ut non propositum venerit in notitiam ejus, perlatis ad eum litteris, vel denuntiationibus; Alioquin si edictum peremptorium, neque propositum, neque ei notum factum sit, sententia in eum absentem dicta, ipso jure nulla est, *l. 1. §. pen. inf. quæ sent. sine appell. rescind.* Itemque exigimus, ut edictum peremptorium interponatur, ut ait, *secundum ordinis dati causam*, id est, secundum solemnem formulam ordinis legibus dati, vel solemni ordine edictorum peracto, ut ait *l. si prætor, sup. de judic.* Nam tria edicta vel litteræ aut denuntiationes tres debent, aut solent præcedere edictum peremptorium. Et hæc est forma, sive causa ordinis dati in contumaci faciendo & damnando. Ut autem, qui damnatus est ex contumacia, non possit appellare, pœna contumaciæ hæc est, & contempti magistratus: &, ut ait hoc loco, imputatur ei, quod cum potuerit edicti denuntiationes abrumpere, non abruperit, sistendo se judicio ante diem præstitutum edicto peremptorio. Fuit enim in ejus potestate ante diem præstitutum judicio adesse, per se, aut per procuratorem, respondere per se, aut defendi a procuratore, quod cum non fecerit, cum neque venerit ad diem, neque miserit procuratorem, de se queri debet, si litis damno coerceatur, ut in *l. contumacia, de re judic.* id est, si damnato neque detur commune auxilium appellationis, neque restitutionis in integrum. Sed hoc dum exprimit Pap. utitur valde prisco & Attico tamen genere loquendi, dum ait, *cum in ejus potestate fuerit ante diem præstitutum pro tribunali respondentem, aut defensum edicti denuntiationem rumpere*. *Cum*, inquit, *in ejus potestate fuerit respondentem, aut defensum*, quo genere loquendi ferme omnes auctores utuntur: est σολοικοφανὲς, neque tamen σολοικὸς, quale exstat simile in §. *ult. Institut. de action.* qui quidem §. ita legitur in omnibus veteribus, etiam ab Angelo Aretino, & ceteris; *eum quoque qui creditoribus bonis cessit, si postea alioquin adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro creditores cum eo experiuntur*; quæ oratio congruere non videtur, aut cohærere, neque tamen rejicienda est, quoniam ἀρχαϊσμὸς est, & frequentissimum genus loquendi etiam apud Ciceron. & Sallust.

Ad L. pen. de Re mil.

Ex causa desertionis notatus, ac restitutus, temporis, quod in desertione fuerit, impendiis expungitur; quod si ratio con-

conſtiterit, neque deſertorem fuiſſe apparuerit: omnia ſtipendia citra temporis finem redduntur.

IN hac lege oſtenditur, deſertorem militiæ damnatum & notatum infamia, etiamſi indulgentia Principis militiæ reſtitutus fuerit, ut ſolet ex prima deſertione tantum, *l.5.§.deſertor, hoc tit.* non reſtitui tamen ſtipendiis, quæ vocat impendia etiam, veteri vocabulo, ſtipendiis, inquam, ejus temporis, quo in deſertione fuit, quod & aperte conſtitutum eſt in *l.5.C.eod.* Ideoque ſi militiæ tempus legitimum, quod eſt viginti annorum, *l.ult.C.de iis, qui non impl.ſtip.lib.*10. in deſertione impleverit, privatur emerito, *l.3.§.qui militiæ ſup.hoc tit.* ſed, ut ſubjungit, ſi ratio innocentiæ conſtiterit, ut plenius eſt ſcriptum in *l.1.§.ult.de quæſt.* id eſt, ſi non deſertorem fuiſſe apparuerit, omnia ſtipendia accipiat citra finem temporis citra diſtinctionem temporis, ut idem loquitur in *l.eum qui, de iis quibus ut indign.*

Ad L. XVI. de Caſtr. Pec.

Dotem filiofamilias datam, vel promiſſam, in peculio caſtrenſi non eſſe reſpondi; nec ea res contraria videbitur ei, quod D. Hadriani temporibus filiumfam. militem uxori heredem extitiſſe placuit, & hereditatem in caſtrenſe peculium habuiſſe, nam hereditas adventitio jure quæritur; dos autem matrimonio cohærens oneribus ejus ac liberis communibus, qui ſunt in avi familia confertur.

IN hac l. oſtenditur, dotem ab uxore datam vel promiſſam, vel dictam filiofamilias militi marito ſuo, non eſſe in caſtrenſi peculio filiifam. ſed in adventitio: recte, alioquin dos non adquireretur patri, in cujus poteſtate filius eſt, & tamen patri dotem adquiri æquiſſimum eſt, quia ad eum pertinent onera matrimonii filii ſui; nam & nurus & nepotes ex eo matrimonio procreati familiam ejus ſequuntur, & ab eo omnes alendi & exhibendi ſunt cum hominibus eorum, *l.ſi filia. §.ſi filiusfamilias, famil.erciſ.* ibi dos eſſe debet, ubi ſunt onera matrimonii, *l.ſi is qui, §.1.ſup. de jure dot.l.ſi maritus, ſup.famil.erciſ.l.actione, §.ult. ſup. pro ſoc.* Dos enim nihil aliud eſt, quam repenſatio onerum matrimonii, vel collatio pecuniæ, quæ fit mulieris nomine pro oneribus & impendiis, quæ ſuſtinet maritus vel parens, in cujus poteſtate maritus eſt, matrimonii cauſa, *l. dotis, ſup. de jure dot. l. pro oneribus, C. eod. tit.* Et hoc eſt, quod ait Papinianus hoc loco, dotem conferri pro oneribus matrimonii ac liberis communibus, filii ſcilicet & nurus, qui omnes ſunt in poteſtate & familia patris ſive avi, patris filio, avi ceteris: nam & nurus, quæ convenerat in manum filii, veniebat in familiam & poteſtatem ſoceri, & ut Cajus ſcribit in Inſtitutionibus, avo mortuo, ſi filius in ejus poteſtate non erat, nurus ſua heres erat; quia neptis loco erat. Stulte Accurſius tentat hoc loco, verbum, *conferri*, traducere ad onus collationis bonorum propriorum, quo ex edicto Prætoris fratres funguntur invicem, qui ab inteſtato veniunt ad bona defuncti parentis, quia de ejuſmodi collatione non cogitavit Papinianus, quæ fit fratribus coheredibus ab inteſtato, vel ſucceſſoribus, ſed loquitur Papinianus de collatione dotis, quæ fit marito penſandorum onerum matrimonii cauſa. Huic autem ſententiæ Papiniani obſtare videtur quod idem refert ex reſcripto Divi Adriani cum hoc loco, tum *in l.Divus, ſup. hoc tit.* hereditatem, quæ ex teſtamento uxoris obvenit filiofamil.militi caſtrenſi peculio adnumerari; nam cur & dos filiofamil.militi data, vel promiſſa ab uxore non adnumeratur caſtrenſi peculio? Et rationem differentiæ hanc eſſe Papinianus docet; quia dos cohæret matrimonio, cujus onera ſequuntur patrem, cohæret oneribus matrimonii, quæ ſuſtinet pater; ergo adquiri debet patri, quæ non poſſet adquiri, ſi deputaretur in caſtrenſi peculio. Hereditas autem uxoris, quæ obvenit filiofamil.militi; adventitio jure quæritur, id eſt, extra cauſam matrimonii obtingit filio: neque enim his verbis, *adventitio jure*, ſignificat, hereditatem uxoris eſſe

A in adventitio peculio, quæ proculdubio eſt in caſtrenſi, ut Adrianus reſcripſit, ſed eam hereditatem extrinſecus, ſive extra cauſam matrimonii obvenire & adquiri filio. Aliud eſt adventitium jus, longe aliud adventitium peculium, quod notandum. Verum aliter quam Divus Adrianus conſtituerit in hereditate uxoris, conſtitui videtur in l.6. *hoc tit.* In ſervis ab uxore filiofamilias militi donatis manumittendi cauſa, quæ donatio valet inter virum & uxorem manumiſſionis cauſa, alioquin non valeret, nec inter virum militem, & uxorem, *l.2.C.de donat. inter vir. & uxor.* Servis autem donatis ab uxore filiofamilias militi manumiſſionis cauſa, *d.l.6.* oſtendit ita eſſe diſtinguendum, quum quæritur ſint in caſtrenſi peculio, necne? Aut uxoria ſive conjugali B adfectione eos ſervos donavit, & non ſunt in caſtrenſi peculio, neque ſervi, neque liberti: proinde nec poſſunt manumitti ſine permiſſu patris, & manumiſſi permiſſu patris fiunt liberti patris, non filii, *l.filiusfamilias, ſup. de jure patron.* Aut eos ſervos uxor ad caſtra eunti marito donavit manumittendi cauſa, ut habiles ad militiam libertos haberet, ſervi ſunt inhabiles, & hoc caſu liberti in caſtrenſi peculio computantur. Eadem diſtinctio adhibetur in donatis ab uxore filiofamil. militi aliis rebus mortis cauſa, quæ donatio etiam licita eſt, vel alio jure licito, vel in legatis, *l.8. hoc tit.* Nam & legatorum quorundam inter ſe vir & uxor capaces ſunt, ut conſtat ex *lib. ſing. regularum Ulpiani.* At in hereditate uxoris relicto teſtamento filiofamil. militi marito ſuo, hac diſtinctione Divus Adrianus non C utitur; Quid ita? quia lege Julia & Papia, quæ obtinuit ante Theodoſium, id eſt, *l.2. C. de infirm. pœnis cœlibat.* non potuit utiliter viro relinqui hereditas teſtamento uxoris, vel contra, adfectione conjugali, quam lex Julia & Papia cohibuit: ac ne militiæ quidem cauſa herede inſtituto marito, ante tempora Divi Adriani, qui favore militiæ primus reſcripſit, militiæ cauſa maritum ab uxore heredem inſtitui poſſe ex aſſe. Reſponſum eſt admodum ſingulare, & ita accipiendum omnino, quod valde notandum ſtudioſo juris antiqui. Hæc de uxore heredem inſtituente maritum militem. Nunc tractemus de agnato vel cognato.

Ad §. Hereditatem.

D *Hereditatem caſtrenſi peculio non videri quæſitam reſpondi, quam frater patruelis in alia provincia ſtipendia merens, fratri patrueli, cum quo nunquam militavit, reliquit. Sanguinis etenim ratio, non militiæ cauſa, maritum hereditatis accipiendæ præbuerat.*

SI agnatus, vel cognatus teſtamento ſuo agnatum militem, qui eſt in poteſtate patris, veluti fratrem patruelem, vel cognatum militem, veluti conſobrinum heredem inſtituerit, diſtinguendum eſt, utrum militiæ contemplatio, & ratio meritum præbuerit, & cauſam accipiendæ hereditatis, ut ait in 2. reſponſo hujus legis, puta, quia erant commilitones: commilitio, id eſt, caſtrenſi collegio augente neceſſitudinem & caritatem, ut ait *l.pen. in prin. h.t.* Et tunc hereditas agnati, vel cognati commilitonis proculdubio computatur in caſtrenſi pe- E culio, *l.1, & 5.C. eod. lib.* 12. Aut non erant commilitones, quia teſtator, vel erat paganus, vel in alia provincia merebat ſtipendia; & tunc hereditas non computatur in caſtrenſi peculio, quia non caſtrenſis notitia, vel adfectio eam elicuit, ut *l.8. hoc tit.* non militiæ, ſed ſanguinis cauſa tantum. Sanguinem hoc loco etiam pro agnatione accipit, ut in *l. vel ſi ſanguine, ſup. de manumiſſ. teſtam. l. ſi adulterium, §.1. ſup. ad l. Jul. de adult. l. pen. C. de legit. hered. l.49. C. Theodoſ. de iis, qui ſuper relig. cont.* Quintilian. declam. 321. *Fratrem ſuum potuit aliquis occidere, non obſtitit tacita natura, non ſanguinis jus.* Quod notandum: nam alias plerunque jus ſanguinis reſtrictius refertur tantum ad jus cognationis, quod venit per feminas, non ad jus agnationis, ut in illa regula *jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſunt.* Cave acceperis,

ris, *jura sanguinis* latissime, quoniam id tantum verum est in cognationis jure. Et hæc de hereditate delata filiofamilias militi, vel ab uxore, vel a cognato: si ab uxore, distinctione non utimur: si a cognatis, distinctione utimur. Notandum etiam in aliis rebus mobilibus, quæ cognatis, vel quæ a matre, vel a patre: nam & quæ ob causam militiæ a patre filiofam. fit donatio, valet, *l.23. §.1. sup. de fideicommiss. libert.* quæ, inquam, res mobiles a cognatis, vel a matre, vel a patre, vel etiam quæ ab uxore jure licito donantur, certis casibus utimur etiam distinctione, & inspicimus utrum militaturo, sive eunti ad castra, illæ res donatæ sint, quæ castrensi peculio adnumerantur, *l.6. hoc tit. l.3. §. secundum, sup. de donat. inter vir. & uxor. l.3. C. de bonis proscript. Paulus 3. Sententiar. castrense peculium est*, inquit, *quod in castris adquisivit, vel quod profecturo ad militiam datur*. Inspicimus ergo utrum res donatæ sint proficiscenti ad militiam, & sint in castrensi peculio, an vero jam militanti donatæ sint, quæ non temere militari, sive castrensi peculio adnumerantur, nisi donationi commilitium causa præbuerit, vel nisi, ut in *l.3. hoc tit.* donentur ad comparandas res militares, vel castrenses, militanti necessarias. Qua de causa in *l.11. hoc tit.* ubi definitur castrense peculium, illa verba, *in militia agenti*, quod attinet ad eas res, quas parentes vel cognati donant, strictius accipienda sunt de iis tantum, quæ donant per causam commilitii, vel ad comparandas res militares aut castrenses. Et de mobilibus rebus hoc dicimus, ut diximus initio, vel se moventibus, puta, servis aut equis, vel jumentis, quia prædia donata a parentibus vel cognatis, licet donata sint eunti in militiam, numquam connumerantur castrensi peculio, *l.1. C. eod. tit. l. si filius, C. famil. ercisc.*

Ad L.V. de Censibus.

Cum possessor unus, expendendi negotii causa, tributorum jure conveniretur, adversus ceteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco præstantur: scilicet, ut omnes pro modo prædiorum, pecuniam tributi conferant, nec inutiliter actiones præstantur, tametsi fiscus pecuniam suam recuperaverit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.

PLures sunt in uno vico vel territorio possessores prædiorum: fiscus tributorum jure; quæ universa prædia ejus vici debent pro rata, unum ex vicanis sive rusticanis, qui locupletissimus erat, elegit & convenit in solidum pro universis possessoribus, *expediendi*, ut ait, *negotii causa, pour, avoir plustost fait, pour expedier*, ne destringeretur in plures, ut in *l.3. §. apparet, de administ. tut. l. ult. sup. rem pup. sal. for. Tributorum*, inquit, *jure*, id est, eo jure, quo tributa omnia unius territorii jure suo fiscus, vel ab uno possessore exigere potest pro omnibus; quo jure etiam utimur hodie. Nec hoc valde, aut ne minimum quidem refragatur, *l.1. C. ut nullus ex vic. pro alt. lib.11. l. jubemus, C. de omni ag. deser. eod. lib. l. nullam, C. de execut. & exact.* Id quod dixi tribui fisco jure tributorum, non refragatur his legibus. Quoniam hæ leges, vel loquuntur de privatis debitis, ne unus pro alio conveniatur, non de publicis, non de onere publico tributorum, vel de injuriosa exactione unius ob tributa omnium, puta, quæ fit non cessis, vel mandatis actionibus adversus ceteros ei, qui in solidum exigitur. Causa tributoria quædam præcipua habet, ut fisco tributa persequenti compensatio opponi non possit. Hoc fit primum *l. aufertur, §. ut debitoribus, de jure fisci*, ut in causa tributorum servi torqueantur in dominos, *l.1. §. in causa, sup. de quæstion. Quia*, ut ait, *in tributis sunt nervi Reipubl.* ex Demosthen. & Æschyne, qui ea vocant νεῦρα τῶν πραγμάτων. Ut item universa bona possessoris tributorum nomine tacite obligata sint, ut *l.1. C. in quibus causis pign. vel hypoth. tac.* nec enim semper fiscus habet tacitam hypothecam, *l. rescriptum, sup. de pact.* nisi ex suis contractibus, *l. aufertur, §. fiscus, de jure fisci*. Item, ut in fisci potestate sit, qui alias electionem non habet, & arbitrium prius agendi hypothecaria, quam personali, ex causa tamen tributorum possit prius agere hypothecaria, quam personali, ut in *§. ult.* hujus legis. Et postremo, ut unum possessorem tributorum jure convenire possit pro omnibus, citra injuriam tamen: puta cessis ei, quem exegit in solidum suis actionibus, personali & hypothecaria adversus ceteros possessores, ut omnes pro modo prædiorum, quæ possident, pecuniam tributi conferant, *l. in fraudem, §. qui pro alio, sup. de jure fisci*. Facta cessione actionum, non videtur ille injuriam pati, qui exigitur pro omnibus: at dices, quod etiam dicit Pap. hoc loco, *nullas habet fiscus actiones quas cedere possit*, quia solutis tributis pro omnibus, tollitur omnis obligatio? Denique inutilis est cessio actionum, quæ nullæ sunt. Quod utique verum est, si ex intervallo post solutionem cederentur actiones, non si cedantur ex continenti, vel ante solutionem, non etiam si in solvendo convenerit, ut cederentur, & postea cessæ sint, quia pretium potius venditarum & cessarum actionum ex causa venditionis solutum, quam actiones fiscales peremptæ videntur, ut in *l. Modestinus, sup. de solution. l. cum pupillus, sup. de tut. & rat. dist.* Et ita respondit recte Papinianus hoc loco, ac subtiliter. Sequitur in hac lege.

Ad §. Qui non habita, & §. ult.

Qui non habita ratione tributorum, ex causa fideicommissi prædia restituunt; actionem ex D. Pii Antonini literis habent, quam legato quoque soluto locum habere voluit. Pro pecunia tributi, quod sua die non redditum, quo minus prædium jure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur. Nec audietur legatarius contradicens ob tributa præteriti temporis, quod heres solvendo sit, & is qui tributis recipiendis præpositus fuerat.

HEredi, qui ex causa fideicommissi vel legati, prædia restituit, vel solvit fideicommissario, vel legatario, *non habita ratione tributorum*, præteritorum scil. id est, non exacta a legatario cautione solvendi tributi, quod jam prædia fisco debere cœperant, heredi, inquam, hoc casu in legatarium ex rescripto D. Pii Antonini competere actionem, id est, condictionem indebiti. Actio hic simpliciter est condictio indebiti, ut in *l.3. sup. rem ratam haberi*. Quod & ibi diximus. Heredi igitur in legatarium competere condictionem indebiti, quasi plus debito solverit, qui solvit non exacta cautione indemnitatis, ut *l. si quis a fideicommissario, sup. de condict. indeb.* Ante rescriptum Dii Pii heres habebat tantum retentionem legati, non repetitionem. Ex eo sequitur, tributorum præteritorum nomine heredem, qui prædia non possidet, quæ solvit legatario, a fisco conveniri posse omisso legatario, qui prædia possidet, quia scilicet ea prædia heres possidet eo tempore, quo dies tributorum cessit, & ea debere cœpit, antequam solveret legatario, *l. cum servus, §. heres, de legat. 1.* Denique heres a fisco conveniri potest personali actione: verum potest & fiscus, si hoc malit, ut in *§. ult.* hujus legis, legatarium, qui prædia possidet, convenire actione hypothecaria, etiamsi heres solvendo sit, vel susceptor tributorum, qui in eis exigendis remissior, aut tadior fuit. Itaque ex causa tributorum potest, si velit, fiscus prius agere hypothecaria, quam personali, & eligere quam volet actionem: nam & leges, quæ fisco adimunt electionem, non loquuntur de causa tributorum, sed de aliis causis, ex quibus fisco quid debetur, *l. Moschis, sup. de jure fisci, l.1. C. de conven. fisc. deb. lib.10.* Non auditur etiam legatarius, cum quo fiscus agit hypothecaria ob tributa præterita, si offerat cautionem de indemnitate, & de solvendo tributo, si id forte fiscus servare non potuerit ab herede. Cur non auditur offerens cautionem? quia offerre ejusmodi cautionem subterfugere est & ludificari fiscum. Hæc cautio, quæ offertur frustratoria & moratoria est, id est, trahit & moratur negotium fisci. Deo optimo maximo sit laus, hic est finis responsorum.

Τῷ θεῷ δόξα.



JACOBI CUJACII J.C. IN LIBRUM PRIMUM DEFINITIONUM ÆMILII PAPINIANI COMMENT.

Anno 1580.

Ad L.I. ff. de Legibus.

Lex est commune præceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis Reip. sponsio.



IN Libris Definitorum Papinianus proposuit, & accurate interpretatus est varias regulas juris antiqui, nec obsoleti tamen: nam Definitiones vocat regulas juris, & sententias generales, ut in *l.1. de reg.Cat.* Regula Catoniana vocatur definitio, quæ dictat, ea quæ ab initio in testamento inutiliter relinquuntur, ex post facto non convalescere. Et in *l. mora, de usur.* ex lib.4. Regularum Martiani, proposita hac regula, moram ex persona fieri, non ex re, id est, interpellatione debitoris, non ex solo tempore tardæ solutionis: subjicitur, hujus rei difficilem esse definitionem, id est, eam regulam lubricam & periculosam esse, ut de qualibet juris regula traditur in *l. omnis definitio. de reg. jur.* quia nulla est regula in jure civili perpetua, nulla quæ non aliquando vitiari, labefactari, & subverti parte aliqua possit: quia jus constituitur de singulis rebus, sive causis, & singularum causarum nulla est notio, sive definitio certa, ut ait Aristot. At definitionum nomine Papin. in hoc significatu usum esse, unus locus satis indicat ex lib.2. *l. cum ex pluribus, de solut.* in qua proposita regula, quæ ordine componit causas, in quas indistincte solutum ab eo, qui debuit ex pluribus causis, prius potiusque solutum esse intelligitur, subjicit eum ordinem fecisse, & ita definivisse veteres lib.2. definitionum. Proponuntur ergo his libris definitiones, sive regulæ veterum prudentum, quorum prudentia semper majore in pretio habita sit: vel ut etiam ait in eod. lib. in *l. in tabulis, de statulib.* proponuntur jurisprudentum veterum auctoritates: nam hæ auctoritates veterum regulas juris fecere. Et apud L.Rufinum 2. *reg.* in *l.74. de heredib. instit.* auctoritas Galli Aquilii regulam fecit, introduxitque, quæ fuit probata ab Aquilio, ac deinceps ab omnibus, ut qui solus heres institutus est excepto fundo, vel usufructu, pro eo habeatur, ac si ex asse simpliciter heres institutus fuisset sine ulla exceptione. Auctoritas Aquilii veteris Jurisconsulti hanc regulam introduxit. Proponuntur igitur his libris regulæ juris veteris, nec tamen mortui, non juris novi: Nam & ita titulus ultimus Digestorum est, *de diversis regulis juris antiqui*, non novioris, quod nondum exstabat, nondum exierat: & ponitur ille tit. in calce Digestorum, quod servandum, ut definitiones Papiniani post quæstiones, & responsa ultimo loco, quia regulæ juris sunt juris colophones, ut Epicurus quoque canones suos vocabat colophones, auctore Laertio, ut non plane sit statim a primo studioso juris præpostere danda opera regulis, quæ etiam desiderant, eruditissimum interpretem. Ab hac vero significatione Definitionum, quam sequi Papin. dixi, non te dimoveat, quæ prima est ex *lib.1. defin.* lex proponitur, nempe *l.1. de leg.* quamvis nihil aliud contineat, quam definitionem legis dialecticam, non regulam juris. Nam neque novum neque absurdum est, libris regularum inseri definitiones dialecticas, quibus demonstretur, τό τι ἦν εἶναι, cujusque rei, de qua regula est, quam enarrare juris auctor instituit. Inseri etiam definitiones nominum, quæ veriloquia dicuntur, in quib. JC. tanquam Stoicos mirum in modum sibi placuisse compertissimum est, ut *lib.4.reg.* Marcianus definit, quid sit sanctum, & unde dicatur, *l.sanctum, de rer. divis.* Invenies & in *tit.de reg. jur.* definitionem hereditatis ex arte confectam, quæ breviter complectitur hereditatis propriam potestatem: *hereditas*, inquit, *est successio, &c.* Invenies & in *lib.1. Reg.* Modest. definitionem matrimonii, *l.1.de rit. nupt.* & definitionem acceptilationis in *l. 1. de accept. acceptilatio est per mutuam interrogationem, &c.* Invenies etiam *lib.1. defin.* Ulpian. definitionem Justitiæ & jurisprudentiæ, *l.10. de justit.& ju.* Et in his ipsis libris Papin. non tantum legis definitionem, sed juris civilis, & juris Prætorii, *l.7. eod. tit.* Invenies etiam in iisdem lib. divisionem actionis, petitionis, persecutionis, id est, divisionem actionis in actionem, petitionem, persecutionem, *l.28. de oblig.& act.* & in libris regul. quos alii composuerunt alias præterea divisiones actionum, *l.52. eod. tit.* divisiones servitutum, *l.1. de servit.* divisiones adoptionum, *l. 1. de adopt.* Cujus enim rei regulam juris auctores proponere constituunt, & interpretari, ea res prius quid sit absolute, & breviter explicant, quæque sint ejus rei species: deinde proposita regula etiam singulis verbis ejus aptant exempla & interpretationes; nec omittunt regulæ extensiones sive ampliationes, nec vitia vel exceptiones, ut patet ex *l.40. ff.de cond.indeb.* in qua ex libris regul. proponitur regula

la primum, deinde extensiones, & similiter exceptiones, *l.7. de jur. codicil. l.31.* conjuncta *l.33. de adopt. l.119. de leg.1. l. ult. ex quibus caus. major.* Quamobrem non omnes leges, quæ sunt ex libris definitionum, vel regularum, vel ὅρων, ut Quintus Mutius Scævola inscribit suos, sunt regulæ, sed notæ potius ad regulas, vel amplificationes, vel exceptiones magna ex parte, vel interpretationes.

Definitio autem legis, quæ prima ex primo libro definit. Papin. datur, hæc est in *l.1. de legib. lex est commune præceptum, &c.* quam definitionem esse ad verbum e verbo expressam ex Demosthene, quod Marcianus subjicit in l.2. aperte demonstrat. *Nam*, inquit, *sic Demosth. orator definit*, νόμος ἐστί, *&c.* Locus Demosth. est in orat. in Aristogitonem. Sed Marcianus omisit in *l.2.* quod eo loco dixerat Demost. legem esse κοινὸν πρόσταγμα, & Papin. vertit, *commune præceptum*, quæ verba deinde latius idem Demosth. interpretatur: πᾶσιν ἴσον καὶ ὅμοιον, *omnibus par & æquabile præceptum*, ᾧ πάντας προσήκει πείθεσθαι: *cui omnes obtemperare decet*, & paulo post, πόλεως συνθήκη κοινή καθ' ἣν πᾶσι προσήκει τοῖς ἐν τῇ πόλει: *secundum quod vivere convenit omnes eos, qui in eadem civitate versantur.* Hoc est commune præceptum, Capito antiquus JC. dixit. *generale jussum*: quibus verbis demonstratur, quod ait *lex 8. hac tit.* jura, non in singulas personas, sed generaliter & communiter constitui. Ergo his verbis separatur lex a privilegiis, non a jure singulari, quod definitur in *l.6. hoc tit.* nam & ipsum jus singulare, quod dicitur commune jus, commune præceptum est, sed singulare dicitur, quod sit contra subtilitatem, contra rigorem juris ex utilitate & æquitate proditum & receptum in civitate: communiter quod sit παρὰ τὴν ἀκρίβειαν, ut jus singulare SC. de assignandis libertis, quod quis negaverit esse jus commune? Jus singulare condictionis furtivæ, qua contra rigorem juris dominus condicit rem suam, jus singulare libertatum. Sequitur in definitione, *virorum prudentum consultum*, ut Demosth. δόγμα φρονίμων ἀνθρώπων. Sequitur, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio*. Demosth. ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων: nihil refert dixeris *coercitio*, aut *correctio*: nam coercitio quid aliud est, quam correctio & castigatio. Illi, qui in hac definitione Papin. reponunt *correctio* pro *coercitio*, quod Demosth. dixerit ἐπανόρθωμα, quam non magna aut insipida cervice sunt. Lex igitur coercet non tantum, quæ consulta opera & dolo malo, sed plerunque, quæ per ignorantiam admittuntur, coercet culpam, & errorem, & casum. Quod patet ex *l.2. in fi. de term. moto*: ubi ait, nominatim eum, qui per ignorantiam lapides finales, qui existimabantur esse sacri, abstulerit, verberib. coerceri, & *l.ult. §. Divi quoque fratres, de pub'ican.* eum, qui per errorem in commissum incidit, vectigal in duplum fisco aut publico dependere, si commissas ipso jure merces recipere velit, & *l.eum qui, C. ad l. Corn. de sicar. & Novella Valent. de homicidio casu facto*: quo jure utimur, eum, qui casu homicidium fecerit puniri, nisi propere veniam meruit, non simplici rescripto Principis, sed adnotatione principis, qui scilicet manu sua subscripserit: & *l. qui ædes, de incend. ruina, &c.* ex 12. tab. eum, qui ædes aut acervum frumenti combusserit casu quodam, teneri in duplum, vel extra ordinem coerceri. Coercetur ergo legibus non tantum conscientia, sed etiam ignorantia. Et lege Dei omnipotentis sex civitates eliguntur exiliis eorum, qui non sponte, sed per ignorantiam, vel jactu lapidis, vel impulsu manus, si telum manu fugerit magis, quam jecerit, ut erat scriptum in antiquis actionibus vel eorum, qui joco, aut lascivia citra inimicitias, infelicitate magis, quam voluntate peccarunt, & tamen non sunt sine crimine: etiam error crimen est, quia lege Dei relegantur in perpetuum in eas sex civitates, tres cis Jordanem, & tres ultra Jordanem. Qua de re latius Hieron. 1. adversus Pelagianos. Et relegationis quoque ejus, qui per lasciviam alii mortis causam præbuisset, dum sago eum jactat, exstat exemplum in *l.4. §.1. ad l. Corn. de sic.* Recte igitur Papinianus ait, legem esse coercitionem delictorum, quæ sponte, vel per ignorantiam contrahuntur. Et postremo

A addit, *communis Reip. sponsio.* Demosth. πόλεως συνθήκη κοινή, Arist. sæpe in *Rhet. & in Polit.* ὁμολογία, & ὁμολόγημα πόλεως κοινὸν, & similiter Dion. Hal. συνθήκας εἶναι κοινοὺς πόλεων, *leges esse communes sponsiones, sive conventiones Rerumpub. sive civitatum*, non partis eorum, qui civitates incolunt; lex enim est commune præceptum, communis sponsio omnium: & recte *l. de quibus, h.t. leges nulla alia ex causa nos temere, quam quod populi judicio receptæ & usu probatæ sunt*, id est, communi sponsione populi: & idem ipse Arist. 2. *Polit.* ὁ νόμος οὐδεμίαν βίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι παρὰ τὸ ἔθος, id est, *lex nullam vim habet, qua compellat homines, ut sibi pareant, nisi eam quam assumit ex more recepto*, ex consuetudine, quæ non convalescit, nisi diuturno tempore: atque adeo recte Demetrius, B *legem nihil aliud esse, quam consuetudinem scriptam, consuetudinem autem esse legem non scriptam*, illiteratam: ὁ νόμος συνήθεια ἔγγραφος, συνήθεια δὲ ὁ νόμος ἄγραφος.

Ad L. V. de Transactionibus.

Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum in suo statu retinentur: liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit.

SCiendum est, acceptilatione non omnem tolli obligationem, sed eam tantum, quæ verbis contracta est, veluti per stipulationem, vel per jusjurandum, *l.4. de transact. l. & per jusjurandum, inf. de acceptil.* vel olim per di- C ctionem dotis, æque solemnibus verbis conceptam, cujus exempla multa sunt in *tit. de jur. dot.* Nam verba illa, quæ in illo tit. occurrunt frequenter, *prædia illa, vel tot millia doti tibi erunt*, sunt ex formula dictionis dotis. Cur autem per acceptilationem tantum tollitur verborum obligatio? quia acceptilatio verbis fit, exempli gratia, *acceptum fers? acceptum fero; acceptum habes? Habeo. Acceptum facis? Facio.* Et sic obligatio constituitur per stipulationem, & sic liberatio per acceptilationem, & utrumque fit verbis solemnibus. Verbis autem tolli non potest, nisi quod verbis contractum est, *l.1. §. acceptum, de accept.* juxta id, quod definitum est in *l. prout 80. ff. de sol. prout quidque contractum est, ita & solvi debere*, nimirum, ut eo genere absolvamur, quo nos obligamus, quod naturæ congruit omnimodo. Nec enim vinctus solvi potest, si quod D aliud vinculum quemve alium nodum solvas, quo ipse devinctus non est, si alio vel nullo: sed si tantum eum nodum solvas, quo vinctus ipse tenetur, & eo modo quo eum colligasti, sed contrario: eodem modo tollitur obligatio, quo contracta est, eodem in genere scilicet, sed contrario tamen: ut ex Aristotele intelligimus, contrariorum eandem esse vim, sed contrariam tamen: at si quis velit etiam re, aut consensu, aut litteris, non verbis contractas obligationes per acceptilationem perimere, remedio, & cautione ea uti debet, quam invenit Gallus Aquilius Jurisc. ut eas obligationes, quæ re aut consensu, aut litteris, non verbis contractæ sunt, novet, & immutet in verborum obligationem interposita stipulatione, quæ ab inventore Aquiliana dicitur, cujus formula exstat in *Instit.* & in *l. uno, §. 1. inf. de acceptil.* ac deinde stipulationem ipsam Aquilianam perimat subdita acceptilatione, ut in *l. 4. hoc tit.* Remedio novationis Aquilianæ omnis obligatio quoquomodo contracta acceptilatione tollitur, licet nihil solutum sit. Hoc enim E distat acceptilatio ab apocha: nam acceptilatio liberat, etiamsi pecunia soluta non sit: apocha, id est, professio solutæ pecuniæ non aliter liberat, quam si & revera soluta sit, *l. 19. de accept. l. 13. C. de solu.* Differentia inter apocham & acceptilationem maxime notanda est. Ignoratio ejus Ludovicum Regium, virum eruditissimum nostra memoria senatu exclusit, ac postea dolore repulsæ totus se in philosophia abdidit, & in ea consenuit. Solet autem Aquiliana stipulatio subjici pacto convento de non petenda pecunia, *l. ult. C. de acceptil.* Et notandum maxime consilium quod dat Paulus in *l.*

pactus,

pactus, hoc tit. ut pacto de non petenda pecunia non tantum subjiciatur stipulatio Aquiliana & acceptilatio, sed etiam stipulatio pœnalis, si creditor fregerit & ruperit fidem pacti, ut in *l.pen.h.t* Cui utile est subjicere utramque stipulationem, ut scilicet, quod ostendit *d.l.pacto*, rescisso pacto de non petendo, & quæ id pactum subsequuta est, rescissa stipulatione Aquiliana & acceptilatione, forte beneficio restitutionis in integrum, tum ex altera stipulatione pœna peti possit, antequam agatur judicio restitutorio & rescissorio, quæ alioquin nulla peti posset, sed impune liceret resilire a pacto beneficio restitutionis. Consultius igitur est utramque stipulationem pacto subjicere, ut si hoc malit debitor, exigat pœnam. Nam in ejus potestate est, utraque stipulatione interposita, ut vel se quasi ipso jure liberatum per acceptilationem defendat, atque adserat, vel ac si non liberatus, persequatur pœnam, & deinde subeat judicium restitutorium, quæ est sententia *l. ubi pactum, C.eod.* Formula autem stipulationis Aquilianæ generaliter concepta est, ita ut omnes omnino præcedentes obligationes novet: *Quidquid te mihi, ex quacunque causa dare, facere oportet præsens, in diemve &c.* ut, inquam, omnes novet, & perimat subdita etiam generali acceptilatione: *Quodcunque ego tibi promisi stipulatione Aquiliana, habes ne acceptum? Habeo acceptum.* Fateor stipulationem aliquam Aquilianam & acceptilationem fieri posse in speciem & partem tantum *l.3. C.eod.tit.* At si facta sit generaliter, ut composita est a Gallo, dico per eam omnes præcedentes obligationes novari, & acceptilatione subsecuta perimi, ut in *l. actione, l. ut responsum, l.uti pactum, C.eod.tit.l.13.C.de solut.* Et hoc pro regula tradi in l. quæ præcedit, apparet ex eis verbis, *& hoc jure utimur.* Ex jure, quo utimur, plerunque regula fit: regula ergo proponitur in *l. 4.* In hac autem *l.5.* proponitur hujus regulæ interpretatio, quæ docet, eam regulam esse accipiendam de his tantum obligationibus, de quibus actum est, ut debitori stipulatione Aquiliana, & acceptilatione remitterentur, ut *l.6.D.de acceptil.* non de obligationibus, de quibus non est cogitatum, puta, quas ignoraret is, qui interposuit Aquilianam stipulationem, vel acceptilationem, ut & de pactis dicitur in *l.9. §. qui per fallaciam, & §. seq. hoc tit.l.tres fratres 35.sup.tit. prox.* & ubique ratio eadem est tam in stipulatione Aquiliana, quam in pactis. Nam & stipulatio Aquiliana ex consensu redditur, ut ait Papinianus hoc loco, id est, ex consensu interponitur & datur, ut *l.1.§.pen. sup. tit. prox.* Cautio vel stipulatio, ut dari, & reddi dicitur recte. Nam & reddere per se dandi significationem habet, & cavere stipulanti nihil aliud est, quam satisdare vel reddere. Quia ergo ex consensu redditur stipulatio Aquiliana, id est, quia ita satisdatur ex consensu: ergo in eam veniunt hæ tantum obligationes, in quas consensum est, quamvis stipulatio Aquiliana sit generaliter concepta: ceteræ obligationes, in quas consensum non est, in suo statu manent. Et ita superiorem regulam veteres prudentes interpretati sunt, & ea *interpretatio*, ut eleganter Papinianus ait, *captiosam liberalitatem fregit*, captionem omnem, quæ erat in generali sermone, amputavit: captiosa est generalis stipulatio Aquiliana, & acceplilatio, captiosa liberalitas, si ejus sermo generalis spectetur, non mens & cogitatio creditoris, quandoquidem ita creditor caperetur, deciperetur, incideret in fraudem, ut in *l.quæro, inf.de act.emp.* Observandum est, liberalitatem vocari decisionem litium: & proprie quidem liberalitas est, si Aquiliana stipulatio & acceptilatio intervenerit donationis causa, ut in *l.1.hoc.tit.* qui, inquit, donationis causa rem certam & indubitatam remitti liberalitate. Nam si non liberalitatis, sed transactionis causa lites sunt deductæ in stipulationem Aquilianam, ea non est plena liberalitas, quia transactione non remittuntur lites, nisi aliquo dato, vel promisso, vel retento, *l.transacto, C. eod. tit.* conjuncta *l.3.C. de repud. hered.* Aliud est donatio, longe aliud transactio, *l.si uno, inf.loc.l.quidam 29. §. 1. inf.de donat.l.tutores, §.ab eo, inf.de admin.tut.*

Ad L. XXXVII. & XXXIX.de Reb.creditis.

Cum ad præsens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, etsi conditio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent. Veluti si Rex Parthorum vivit, centum dare spondes? eadem sunt, & cum in præteritum conditio confertur. Itaque tunc potestatem conditio obtinet, cum in futurum confertur.

IN hac l. proponitur regula juris, quam Modestinus proposuit *4.Regularum l.100. de verb. obligat.* Regula hæc est: conditionem collatam in præsens vel præteritum tempus, sub qua facta est stipulatio, non suspendere stipulationem, non differre, non morari obligationem, quod est eam conditionem non habere conditionis potestatem propriam. Nam conditionis propria & præcipua potestas, est suspendere, differre, morari. Hanc potestatem non habet conditio, quæ refertur ad præsens vel præteritum tempus. Ergo non est proprie conditio: Conditionis definitio hæc est: *conditio est causa, quæ suspendit actum, quoad ex post facto confirmetur.* Hæc definitio cadit tantum in conditionem, quæ in futurum confertur, veluti, *si navis ex Asia venerit*, non cadit in eam, quæ confertur in præteritum, veluti, *si Lucius Titius Consul fuit*, vel in præsens, veluti, *si L.Titius Consul est.* Ergo ea, quæ confertur in præsens vel præteritum tempus, proprie conditio non est: & definitio conditionis in eam non cadit, quoniam statim verum aut falsum est, L.Titium fuisse Consulem, vel Consulem esse, ut Dialectici dicunt, omnem affirmationem aut negationem conceptam in præsens aut præteritum tempus, statim veram aut falsam esse. Ideoque si conditio concepta in præsens tempus, veluti, *si Lucius Titius Consul est, si Rex Parthorum vivit, si navis in portu stat*, si falsa sit tempore interpositæ stipulationis, statim nulla stipulatio est: Si vera sit, statim tempore interpositæ stipulationis, id est, si Titius Consul sit eo tempore, si Rex Parthorum vivat, si navis stet in portu, statim stipulatio tenet, neque ejus effectus, sive emolumentum, sive obligatio vel petitio ullo modo differtur, quamvis contrahentes rei veritatem ignorent, quamvis nesciant conditionem veram esse, *l. 28. de verb. obligat.* quia non spectatur, an illi sciant conditionem tenere & deberi, sed an alii homines scire potuerint, vel an hominum natura scire potuerit deberi, ut Scævola ait in *l.seq.* & debitu iri, ut ait idem Scævola, hoc est, debitum iri statim, si sub ea conditione contrahentes concipiant stipulationem: sic enim illud *debitu iri* accipiendum est: si ita concipias stipulationem scilicet, quam nondum concepisti. Nam si jam concepisti stipulationem, satis est, quod hominum natura scire potest, jam deberi ex stipulatione pecuniam, quod conditio sit vera: in hominum rerumque natura præterita & præsentia omnia sunt certa, non etiam futura, nisi quæ futura sunt, jam cœperint fieri & informari; ut statim atque mulier concepit, in rerum natura certum est, quot nascituri sunt. Et hoc est quod ait *l. sed etsi restituatur, §.1. sup. de judic.* in rerum natura omnia esse certa, cum futura utique fierent, proculdubio omnia præsentia, & præterita in rerum natura sunt certa, sed & futura cum fierent, inirentur & informarentur, certa jam sunt in rerum natura, non antequam fierent. Et bene in rerum natura: nam cognitio rei futuræ non est certa in hominum natura, quandoquidem est supra captum hominum, cognitio præsentis vel præteritæ rei non superat captum hominum. Et serva diligenter, quod in hominum natura certum est, & in rerum natura certum esse: e contrario tamen, quod in rerum natura certum est, ut quotus fœtus sit in utero prægnantis mulieris, non est etiam certum in hominum natura: & hæc est sententia *d.§.1.* Effectus autem superioris regulæ pertinet non tantum ad stipulationes conditionales, & quasi conditionales, sed etiam ad multa alia. Nam & qui petit ex stipulatione facta sub conditione colla-

A collata in præsens vel præteritum tempus, etiamsi ignoraverit tenere conditionem, plus non petit: qui ex stipulatione facta sub conditione collata in futurum tempus, plus petit, *l.36. hoc tit.* si agat antequam cognoverit, aut certum sit, conditionem exstitisse. Hæc dicitur proprie conditio, sive stipulatio conditionalis, quæ confertur in futurum. Illa quæ confertur in præsens vel præteritum, dicitur quasi conditio, vel quasi conditionalis stipulatio, & ut Græci loquuntur, αἱρετικοφανής, non est αἱρετική. In conditionali spectatur scientia nostra, non naturæ: in quasi conditionali naturæ, non nostra. Cujus differentiæ auctor est Stephanus hoc loco. Quasi conditionalis stipulatio novat priorem obligationem, si vera sit conditio, quia pro pura habetur: conditionalis autem non novat statim priorem obligationem, ut *l. 36. hoc tit. l. quotiens, de novation.* B Sub quasi conditione filiofamil. a patre herede instituto, justum testamentum est: Sub conditione injustum quasi præterito filio suo, *l. institutio, §. ult. de condit. institu.* Sub quasi conditione herede scripto in posteriori testamento, superius rumpitur statim, si vera sit, aut non rumpitur, si falsa sit: Sub conditione autem non potest statim constitui superius testamentum ruptum sit, necne, quia ejus eventus in dubio est, sit an non sit, *l. cum in secundo, de inj. rupt. test.* Item sufficit patrono, si sub quasi conditione heres instituatur, non si sub conditione, *l. 3. §. si patronus, de bon. libert.* Sub quasi conditione relictum legatum transmittitur in heredem, non relictum sub conditione. Et, ut idem Stephanus addit hoc loco: usuræ in stipulationem deductæ quasi conditionalem, statim currere incipiunt, C non si deductæ sint in stipulationem conditionalem, quæ proprie conditionalis dicitur, non καταχρηστικῶς: Ut illa confertur in præsens vel præteritum tempus.

Ad L. LXXIV. de Contrahenda emptione.

Clavibus traditis, ita mercium in horreo conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sunt: quo facto confestim emptor dominium & possessionem assequitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerint, usucapio confestim inchoabitur.

NEmo est, qui nesciat, a venditore ejus rei, quam vendidit, fieri debere traditionem possessionis vacuæ, non occupatæ ab alio, aut impeditæ: & non tradentem teneri actione ex empto: & tradere nihil aliud esse, quam possessionem cedere rei venditæ, & transferre in emptorem, quo genere transfertur etiam dominium rei in emptorem, si venditor dominus sit, si non, D præstatur occasio usucapionis emptori bona fide accipienti, dominium non transfertur, quod non habuit venditor, qui rem tradidit, *l. traditio, de adquir. rer. dom. l. qui rem alienam, de mort. caus. donat.* Traditio autem fit non tantum naturaliter re mobili data de manu in manum, vel emptore inducto in possessionem prædii, sed fit etiam multis aliis modis civilibus, non tantum fit naturaliter, ut dixi, sed etiam civiliter aliis modis, quibus res non tradita naturaliter, fingitur esse tradita, quorum unus proponitur in hac lege, aptandus, ut arbitror cum aliis ad generalem illam definitionem, quam initio posui, de possessione rei venditæ a venditore tradenda emptori: E modus autem qui in hac l. proponitur, hic est, si venditor venditis mercibus, quæ in horreo repositæ erant, claves horrei tradiderit emptori: si vendito vino, quod erat in cella vinaria conditum, in horreo vinario, claves horrei tradiderit emptori, licet emptor non aperuerit horreum: sola clavium traditio pro mercium, aut vini traditione habetur, ut etiam demonstratur aperte in *l. 2. C. de peric. & comm. rei vend. & l. 1. C. de crim. expil. hered.* Ideoque traditis clavibus horrei, in quo est merx, quæ venit, statim in emptorem transfertur possessio mercis, & per hanc dominium mercis, sive venditor ejus dominus fuerit, & solutum etiam sit ei pretium, aut eo nomine satisfactum, aut ab eo fides ha-

A bita de pretio, alioquin dominium non transfertur, antequam de pretio ei sit cautum aut satisfactum, *l. 19. h. tit.* vel si venditor mercium dominus non sit, in emptorem transfertur possessio, & præstatur ei occasio usucapiendi merces alienas, quoniam statim emptor usucapionis conditionem inchoat: statim incipit usucapere, ut loquitur *l. 1. de adq. poss.* Traditionibus & usucapionibus dominia rerum acquiruntur, *l. traditionibus, C. de pact.* traditionibus, si factæ sint a domino ex justa causa, justoque titulo: usucapionibus, si traditiones factæ sint a non domino. Et traditionibus, jure gentium: usucapionibus jure civili. Verum, ut ostenditur hoc loco, ut clavium traditio, pro traditione mercium habeatur, necesse est, claves tradi apud horreum, in quo sunt merces venditæ, in re præsenti, in conspectu horrei, alioqui cla- B vium horrei traditio non habetur pro traditione rerum, quæ sunt intus, quæque venierint: necesse est claves tradi ob horreum, ante horreum, in re præsenti. Et ita columnæ venditæ, quæ propter magnitudinem ponderis vix loco moveri possunt, ita demum traditæ videntur, si in re præsenti, sive in rem præsentem consenserint contrahentes emptor & venditor, & dixerit venditor se eas columnas tradere emptori, ut eas tolleret & asportaret cum vellet. Vel etiam fundus venditus, in quem emptor nondum inductus est, non aliter traditus videtur, etiamsi dixerit venditor, se eum tradere, quam si in re præsenti dixerit, se fundi venditi possessionem tradere emptori, aut si prohibuerit ingredienti emptori vim fieri, ut *l. 1. §. pen. & l. quod meo, §. si vend. & l. pen. §. ult. de adq. poss.* His omnibus modis possessio, cum res peragitur in rem C præsentem, translata videtur in emptorem, & emptor videtur rei adquisiisse possessionem non animo, non effectu solo, sed etiam corpore, perinde atque si apprehendisset merces, aut vasa vinaria, aut columnas, aut ingressus fuisset fundum. Et idem dicendum, si in re præsenti mandatu emptoris procuratori ejus rei venditæ possessio tradita sit, quia & hoc casu emptor videtur adquisiisse possessionem animo suo, & corpore, non corpore procuratoris; cum coram in re præsenti jussit procuratori suo tradi, præsens ipse videtur scil. accepisse non procurator. Potest possessio adquiri corpore alieno, hoc est verum, sed ita posita specie emptor videbitur eam adquisiisse corpore, quia præsens in re præsenti dixit, volente venditore, ut ingrederetur, vel caperet possessionem rei venditæ, *d. l. 1. §. pen.* præsentia corporalis contrahentium: vel oculi emptoris, vice contrectationis, vice apprehensionis, vice σωματικῆς ἀφῆς, funguntur: quo genere etiam hodie videmus beneficii Ec- D clesiastici possessionem quæri, pro foribus ædis sacræ, actis ea de re confectis, aut procul e conspectu ejus fastigii, quod in æde summa tintinabulis relictum est. Sic in *l. quarundam, eod. tit.* dicitur possessionem traditam videri, & non solum animo, sed & corpore uti oportet quæsitam videri, si empto acervo lignorum, si strue lignorum empta, aut emptis universis amphoris vini, quæ simul eodem loco compositæ erant voluntate venditoris, emptor iis rebus custodem apposuerit, si voluntate venditoris, lignis & amphoris custodem apposuerit, vel etiam si venditor ipse, rebus emptorem custodem apposuerit, venditor rei venditæ custodiam præstare debet ante traditionem, *l. 1. 2. & 3. de per. & comm.* E *rei vend.* Verum si a se custodiæ translationem faciat in emptorem, hæc translatio custodiæ nihil aliud est, quam translatio possessionis, & in fine *d. l. quarundam*, esse scribendum autumo, *utrobique corporis genere quodam possessio æstimatur*, id est, utroque casu aut venditorum lignorum, aut amphorarum vini quodammodo corpore possessio quæsita videtur, licet custodia tantum translata sit in emptorem, & similiter is, qui emit materiam ad ædificandum, veluti trabes, aut tigna, si eas trabes, eave tigna voluntate venditoris signaverit, traditæ ei esse videntur, si vel signaverit eas, & suo quodam signo pernotaverit, *l. quod si neque, in fi. de peric. & com. rei vend.* Ubi recte Accurs. non exposita tamen ratione differentiæ,

nota-

notavit aliud esse dicendum in vino vendito, vino scil. vendito, si emptor vasa vinaria signaverit, vinum traditum non videri. Hoc verissimum esse arbitror, sive vinum jam degustatum sit & probatum, sive non sit degustatum. Primum si vinum degustatum non sit, quamvis vasa vinaria signaverit emptor, vinum traditum non videtur, quia nondum perfecta venditio est, *l.* 1. §. 1. *de per. & com. rei vend.* Et ideo periculum vini ad venditorem pertinet, non ad emptorem, si vinum acescat, vel mucescat, vel effundatur forte pertusis vasis. Et quamvis traditio posset præcedere emptionem venditionem, *l. sive autem*, §. 1. *de Public. in rem act.* tamen id agi non videtur, ut quis tradat antequam vendat, aut perficiat venditionem, nisi appareat evidenter, quoniam præposterum est. Denique signando vasa vinaria, emptor non videtur degustationi renuntiasse, non videtur vinum probasse, quod in iis vasis est. Itaque imperfecta adhuc venditio est, cum scilicet ita veniit vinum, ut degustaretur, quod plerunque fit & quod vix unquam fit aliter, ut ait *l.* 4. §. *si aversione, eod. tit.* Verum, si quando vinum veneat aversione, *en gros, & en bloc*, omne forte quod est in amphoris, ita, ut non degustetur, sive vasa sint signata ab emptore, sive non, perfecta emptio est, & vini periculum statim pertinet ad emptorem, *l. qui officii*, §. *ult. h. tit.* Quod si vinum degustatum sit, & post degustationem vasa emptor signaverit, Trebatius quidem dicebat, vinum traditum videri, ut de trabibus signatis diximus. Sed Labeo rectius, non idem esse statuendum in vino, quod in trabibus, aut lignis, quia trabes non possunt alio fine signari, quam ut traditæ videantur: vasa vinaria signantur sigillo impresso in operculo, ne mutetur vinum potius, quam ut traditum videatur, nisi appareat eam fuisse mentem contrahentium, ut hæc signatio pro traditione esset, quæ est sententia *l.* 1. §. *si dolium, de per. & commo. &c.* quem §. accipio de dolio signato etiam post degustationem, quia de dolio signato ante degustationem jam dixerat paulo ante in §. 1. alioquin bis idem quasi juncta scriptura frustra positum videretur, & in §. 1. *ut certum*, & in §. *si dolium, ut controversum*. Et de hac quidem specie traditionis civilis hactenus. Notandum etiam est, tradito instrumento originis sive emptionis fundi, *le titre*, quod etiam dicitur instrumentum auctoritatis in *l. ult. C. de pign. act.* tabellæ auctoritatis a Seneca: tradito, inquam, instrumento auctoritatis fundi venditi, genere quodam, & possessio fundi tradita videtur, *l.* 1. *C. de donat. l. pen.* §. 1. *de legat.* 3. Et hoc quidem genere ut arbitror possessio fundi tradita videtur, etiamsi non in re præsenti instrumentum emptionis fundi traditum sit, quia auctoritatem fundi habemus pro fundo ipso. Nam & similiter non exigimus rem præsentem, si dominus jubeat te rem suam, quam apud te habes, retinere jure empti. Nam etsi hoc non jusserit in re præsenti, quia jam rem habes apud te, hic jussus domini pro traditione possessionis habetur, licet, ut dixi, non consenserit in re præsenti, *l. si rem, in prin. de evict. l.* 3. §. *interdum, & l. si servus, inf. de adquir. possess. l. absenti, de donat. l. quidem, de rei vindic.* Nihil refert relinquatur res apud emptorem, quam jam habet, vel ex causa depositi, vel commodati, an transferatur in eum possessio, *l.* 9. *C. commun. utriusque jud.* Idemque dicendum, sit rem meam nomine tuo me volente in censum referas quasi tuam, vel si ego rem meam tuo nomine in censum referam; nam & hoc pro traditione cedit, etiamsi census non fiat in re præsenti, *l.* 7. *&* 8. *C. de donat.*

Ad L. VIII. de Jur. & facti ignor.

Error facti nec maribus quidem in damnis, vel compendiis obest. Juris autem error nec feminis in compendiis prodest. Ceterum omnibus juris error in damnis omittendæ rei suæ non nocet.

DEfinitio juris, quæ proponitur in *l. regula*, quæ sequitur, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, ad hanc *l.* 8. manifeste pertinet, quæ eam regulam latius interpretatur, & docet ignorantiam facti maribus aut feminis neque nocere in damnis amittendæ rei suæ, neque in compendiis adquirendæ rei cujusque nobis delatæ ex causa lucrativa: hoc necesse est, ut appositis exemplis faciam evidentius. In damnis amittendæ rei suæ errorem facti non nocere, ut si errans in facto, nescius te servum meum esse, & a te quasi a libero homine pecuniam debitam exegi in judicio, hæc ignorantia non efficiet, ut tui dominium amittam. Denique quod te errans in facto olim habuerim pro libero, non ideo tui dominium amitto, *l. non ideo, C. eodem tit.* Item si filius, qui se abstinuit hereditate paterna, quæ suspecta ei erat, maternam autem hereditatem agnovit, agrum paternum possideat veluti maternum, cum ignorat esse paternum, quod est ignorare factum, hæc ignorantia non efficiet, ut filius videatur damnosam hereditatem patris agnovisse, utve sustineat incommoda hereditatis paternæ, *l.* 5. *C. eod. tit. l. cum bonis, de adq. hered.* Item si pecuniam, quam existimabam me tibi debere, quum ignorarem alium me liberasse, alium pro me tibi solvisse, jussu tuo alii promisero, cui id donare volebas. Hæc quoque ignorantia non efficiet, ut pecuniam meam amittam, ut pecunia quam promisi mihi invito extorqueatur, *l. Julian. de dol. except.* Et hæc sint exempla de damnis. In compendiis autem adquirendæ rei cujusque etiam errorem facti non nocere, ut si ignorans cognatum meum vita decessisse intestatum sine liberis & agnatis, non petierim bonorum possessionem unde cognati intra centesimum diem: hæc quoque ignorantia non me excludet commodo bonorum possessionis, neque efficiet, ut cognita morte cognati bona ejus non adquiram, *l.* 1. *hoc tit.* Denique error facti neque in damnis neque in compendiis erranti nocet: & excipio tantum errorem, sive ignorantiam facti supinam, & dissolutam vitio & magna negligentia nostra quæsitam, ut in *l.* 6. *hoc tit.* ut in specie *l.* 3. *in pr. si quid in fraud. patr. & l. Clodius, & l. filium emancipatum, ff. de adqui. hered.* cum scil. erat in potestate nostra, vel mediocri, aut minima adhibita diligentia cognoscere factum, quod eleganter Græci vocant τὸ τῆς ὑποθέσεως ἀποτέλεσμα, cum erramus ut Arist. ait, cum erat in nobis diligentibus esse, & peritis facti facillimo negotio. In damnis male Accurs. utitur exemplo indebiti soluti per ignorantiam facti: nam si solvi indebitum, jam feci damnum rei meæ. Et quod dicitur in damnis errorem facti non nocere, de damnis futuris intelligitur, non de his, quæ jam contigerunt: errorem facti non dare nobis damnum, sed non restituere etiam nobis damnum, quod jam fecimus. Et in compendiis hoc exemplo uti convenientius est, quia si indebitum, quod solvi per errorem facti condicere volo, hoc ago ut adquiram denuo, quod amisi semel, nec tamen quo minus hoc agam solutumque condicam, mihi nocet error facti, quia nec in compendiis denuo acquirere volentibus nocet. Unde sic statuamus: si indebitum promisero, tuebor me errore facti ne solvam, ne pecuniæ promissæ, nondum amissæ damnum faciam: si indebitum solvero etiam tuebor me errore facti, quo magis id quod solvi & amisi, vel solutione alienavi, condicam, & mihi denuo adquiram: compendium facio, si adquiro quæ mea non sunt, licet quandoque mea fuerint. Damnum facio si quæ mea sunt, aut mihi debita (nihil refert) non recipio, aut non retineo: & error facti præstat utrumque ne damnum faciam, id est, ut meum retineam, vel recipiam, & ut lucrum faciam vel adquiram, quod amisi, quodve nunc primum mihi offertur ex causa lucrativa. Et hæc de errrore facti, in quo, ut ostendi, non distinguuntur damna a compendiis. In errore juris distinguuntur damna a compendiis. Nam in compendiis volentibus scil. adquirere maribus vel feminis juris error non prodest, id est, juris error nocet, & impedimento est: in damnis suum petentibus, aut retinere & servare cupientibus, juris error non nocet: exemplum in femina est apertissimum: si soluto matrimonio morte mariti dotem petat, non repellitur, quia rem suam perse-

persequitur, etiamsi non fecerit inventarium bonorum mariti ignara constitutionis Leonis 110. quæ hoc jubet. At si persequatur lucrum nuptiale ex donatione propter nuptias, repellitur, nec potest se tueri prætextu ignorantiæ ejus constitutionis, quia compendium captat, non damnum præcavere tentat. Item si per errorem juris femina antiquioribus creditoribus cesserit, & prius eis satisfieri permiserit, dum ignara juris nescit dotium causam esse præcipuam, & præferri aliis creditoribus etiam antiquioribus, ab eis dotem suam revocabit, ne in damno amittendæ dotis suæ error juris ei noceat. Sin autem lucrum nuptiale persequatur, in qua persecutione non habet eadem privilegia, quæ in dotis repetitione, *l. assiduis, in fi. C. qui potior. in pign.* Privilegium tamen temporis commune eam habere constat, si antiquior sit; at si forte per errorem juris non utatur privilegio temporis in persequendo lucro nuptiali, & cedat imprudens, stulta posterioribus creditoribus, eisque ante satisfieri permittat, nihil lucri nuptialis nomine eis auferri potest, quia in lucris error juris non prodest, & hoc exemplo Harmenopulus utitur 1. *Epitomarum, titul.* 16. Sic igitur statuamus: errorem juris neque maribus, neque feminis nocere in damnis amittendæ rei suæ, vel sibi debitæ ex causa obligationis, ut in *l. quæ fideicommissa, de leg.*2. exposita 11. *Respons. l.*3. *§. si quis ignorans, de Senatusc. Syllan. l. ult. C. de juris & fac. ign.* In compendiis autem errorem juris & maribus & feminis nocere, ut puta, persequentibus lucra nuptialia, ut dixi. Itemque, ut hoc aliis exemplis faciam manifestius, persequentibus donationes actis minime insinuatas, uti oportet, hoc colore, quod imperitia lapsi eas non insinuaverint, *l.*3. *C. Theodos. de sponsal.* Item usucapere volentibus, *l.*4. *hoc tit.* ut ecce, neque mas, neque femina usucapere potest quod a pupillo sine tutoris auctoritate emit per errorem juris, dum putat valere emptionem, *l. nunquam, in prin. de usur. & usucap. l.*3. *§. si a pupillo, pro empt.* Item condicentibus indebita soluta juris error nocet: nam neque mas, neque femina potest condicere quod indebitum per juris ignorantiam solvit, ut in *l. prox. §. pen. & ult. l. cum quis, C. eod. tit. l. error, C. ad l. Falcid.* quia qui condicit quod solvit, id agit, ut adquirat quod amisit, non ut quod suum est, non amittat. Denique sollicitus est de lucro, non de damno. Erranti in jure subvenitur, ne suum amittat, non etiam ne amiserit, ne damnum faciat, non etiam ne fecerit: damna facta qui infecta facere studet, lucrum captat, non damnum futurum amolitur. Eademque ratio intervenit, si quis quid aliud damni fecerit per errorem juris, ut si apud judicem errans in jure inconsulto confessus fuerit, & ex confessione in damnum inciderit, *l.*2. *de confess.* videlicet si confessus fuerit in jure vel in judicio, quia confessio tantum facta in jure vel in judicio, fraudi & damno esse potest confitenti, non facta extra judicium: quam distinctionem, an confessio in judicio facta sit, an extra judicium, hoc loco Accursius inepte coarctavit ad regulam propositam. Nam sive quis in judicio, sive extra judicium damnum passus sit per errorem juris, obtentu ejus erroris non resarcietur ei damnum quod fecit semel. Idemque est si quis per ignorantiam Senatusconsulti Macedoniani pecuniam suam amiserit, credendo eam filiofamil. *l.*3. *in princip. ad Macedon.* Item si per ignorantiam juris duxerit uxorem eam, quæ nondum eluxerat priorem maritum, *l. liberorum, §. ult. sup. de his qui not. inf.* Error juris obstat damno ne contingat, non etiam quod jam contigit, restituit. Alioqui erranti lucro esset ignorantia juris. Et eadem ratione error juris nocet petentibus bonorum possessionem post tempora præstituta, hoc prætextu, quod ignoraverint legibus bonorum possessioni petendæ præstituta esse tempora, *l.*1. *hoc tit l.*3. *C. eod. l. juris, C. qui admitti ad bon. poss.* Itemque bona aut hereditatem persequentibus, quam alio modo imperitia & stultitia sua, id est, ignoratione juris amiserint, *l.*2. *eod. tit. l. ult. C. qui petant. tut.* Satis jam exemplorum habemus: nunc adnotemus, ab hac definitione de errore facti & juris, quam diximus promiscue locum habere in feminis & maribus, excipiendi sunt quidam, quibus juris error nec in compendiis nocet, aut in persecutione lucrorum sive acquisitorum: Neque enim nocet minoribus 25. annis, sive sint mares sive feminæ, *l.*2. *& l. quamvis, C. eod. tit.* non etiam militibus, *l. prox. §. si filiusfamilias, hoc tit. l.* 1. *C. eod. tit. l. ult. C. de jur. deliber.* Iis enim personis jus ignorare permissum est. Quandoque etiam error juris in compendiis rusticis non nocet, maxime si non habuerint copiam Jurisconsulti, ut ait *l. prox. §. sed juris.* Et hoc probatur etiam *l. pen. C. qui admitti ad bon. poss.* ut a me emendata est Observatione 17. Nam & rusticis jus plerunque ignorare permissum est. Minutius Fœlix in Octavio: *Agrestibus*, inquit, *non est datum intelligere civilia*, *ἀγρῶν ὑπὸ δίκας εὖ εἰδότα, οὔτε θέμιστας*. Non nocet etiam nec in compendiis error juris captanti modicum compendium, ut in specie alibi a me exposita *l. de die, §. si servus, qui satisd. cogant. & l.* 1. *§.* 1. *ut in possess. leg.* Non nocet feminæ, si ignara Senatusconsulti Liboniani sibi legatum adscripserit, quamvis non sit modicum compendium legati, quia scil. hoc ita nominatim fuit expressum SC. Liboniano, ut parceretur feminæ ignoranti Senatuscons. alioqui amitteret legati emolumentum, *l. Divus, §. pen. ad l. Cornel. de fals.* Non etiam nocet feminæ, si ignara juris sui seipsam detulerit fisco quasi incapacem capiendi legati, quæ vere erat capax, *l.*2. *§. ult. de jure fisci*. Et hi sunt casus, quos significat lex proxima, §. 1. dum ait, *in quibusdam, mulieri etiam adquirere volenti subveniri propter imperitiam juris*: his personis & casib. exceptis, ceteris error juris in compendiis nocet: in damnis, minime nocet. Huic postremæ sententiæ objicit Accurs. *l.* 2. *C. de in jus voc.* ubi ignorantia juris coercetur damno & pœna pecuniaria 50. aureorum, si libertus irreverens patronum in jus vocaverit sine venia prætoris, nihil est facilius. Regula de qua tractamus, est de ignorantia juris civilis, legum civilium, Senatusconsultorum, edictorum, receptarum sententiarum jurisprudentium, de ignorantia, inquam, juris civilis omnibus cogniti vulgo, juris civilis propositi in albo, juris civilis promulgati propalam. At *d. l.* 2. est de ignorantia juris naturalis, quod & Accurs. attingit. Si quis obtendat, se nescire reverentiam deberi parentibus ac patronis, quod perinde est, ac si quis dicat se incestum, aut adulterium, aut furtum, quæ probra sunt juri naturali, commisisse per ignorantiam juris naturalis, quod nemo potest prætendere, quia nemo nescit jus naturale, *l. si adulterium, §.* 1. *& seq. ad l. Jul. de adult.* Elegans est sententia Menandri, non licet ignorare leges naturæ. Has enim leges natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus: nec in damnis etiam amittendorum omnium bonorum nostrorum & publicandorum, earum legum ignoratio quenquam excusat; causari juris civilis ignorantiam quidam non improbabiliter possunt: juris naturalis nemo. Et ita hæc omnis definitio explicanda est.

Ad L. LXIII. de Ritu nupt.

Præfectus cohortis, vel equitum, aut tribunus, contra interdictum ejus provinciæ duxit uxorem, in qua officium gerebat, matrimonium non erit; quæ species pupillæ comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit. Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest: Exemplo tamen pupillæ nuptæ tutori, quod relictum est, potest mulier consequi: pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui necesse est.

PErtinet hæc lex ad id, quod definitum est, mandatis Principum eum, qui in provincia officium publicum administrat, veluti præsidem, aut proconsulem, aut procuratorem Cesaris, aut præfectum cohortis, vel legionis, vel equitum, aut tribunum militum, quamdiu eo officio in provincia fungitur, provincialem mulierem uxo-

uxorem ducere, vel filio suo nuptum collocare non posse, aut consentire filio suo eam uxorem ducenti, *l. 38. & 57. sup. hoc tit. l. 3. §. 1. infr. de don. inter vir. & ux.* Et hoc loco, *contra interdictum*, id est, contra mandata Principum, quæ dant iis, quos mittunt in provincias publici officii administrandi causa, quib. eis interdicunt nuptiis ejusmodi, *l. 65. inf. hoc tit. l. 2. §. 1. de his, quæ ut indig. l. 6. C. de nupt.* Si uxorem duxit provincialem, qui in provincia officium administrat, vel si consenserit filio suo uxorem ducenti in ea provincia, justum matrimonium non est, & liberi ex ea conjunctione procreati, justi & legitimi liberi non sunt. Et speciem hanc injusti, & illiciti matrimonii Papin. hoc loco comparat matrimonio, quod ex Senatusconsulto vel oratione Marci & Commodi, tutor filiusve tutoris prohibetur contrahere cum pupilla quondam sua, vel patris sui, *l. Senatusc. & l. seq. l. 66. & l. seq. inf. hoc tit. &* in C. *tot. tit. de interd. matrim. inter pupill. & tutor. vel curator. & filios eor. &c.* Comparatio recta est: nam utrumque matrimonium est prohibitum, utrumque injustum & illicitum, & ut ait, in utroque ratio prohibitionis eadem, ratio potentatus scilicet: nam si prohibita ea matrimonia non essent, sæpe puellis invitis & imprudentibus, maxime locupletioribus matrimonia extorquerentur per impressionem & terrorem potestatis, quod maxime interest Reipubl. ne fiat: potentatus majorve potestas, & inæqualitas personarum libertati impedimento est, quæ potissimum exigitur in contrahendo matrimonio, *l. 2. C. de inut. stip.* Ubi non est ea libertas nec matrimonium est; non videtur autem ea esse libertas inter magistratum, & eam, quæ subjecta jurisdictioni ejus est: inter eum, qui cum imperio & potestate est & privatam mulierem; inter tutorem & pupillam, quæ utique semper reveretur & formidat eum, qui tutor est vel fuit, & facile ab eo circumscribi potest, aut terreri. In oratione Marci & Commodi, quæ prohibuit nuptias inter tutorem & pupillam, prohibitionis alia redditur ratio, ne rationes reddendæ tutelæ cohibeantur, quib. reddendis tutor obstrictus est, puella ducta in matrimonium, ne ejusmodi conjunctione fraudem administrationis suæ tegere laboret, ne pupillæ in re familiari circumscribantur ejusmodi conjunctione, ab iis, qui rationes gestæ tutelæ restituere debent, ut in *l. seq. & l. pen. §. sed etsi filiusfam. hoc tit. l. si tutor, C. de interd. matr.* Ea ratio continetur oratione Marci, ut ait *l. penult.* neque tamen omnino necessaria est, sed probabilis tantum, alioqui quicunque feminæ esset obnoxius rationib. reddendis, non posset eam ducere uxorem ante redditas rationes, quod tamen est falsum. Ergo non ea tantum fuit ratio prohibitionis, sed & alia: nihil vetat ejusdem juris plures esse rationes; & ratio quidem proxima est ratio potentatus, & melior igitur. Nam ut cum quæritur quid sit, quid quæque res sit, melius est reddere genus proximum, quam remotum, ita cum quæritur quare sit, melius est reddere proximam quam remotam rationem, quo proximior est, eo & propior negotio proposito, magisque necessaria. Comparatione autem facta utriusque matrimonii, quod tutor contrahit cum pupilla, vel qui officium administrat in provincia cum provinciali muliere, quærit Papinianus, an & sicut pupillæ non jure nuptæ tutori, non aufert fiscus, quod ei testamento mariti relictum est, quamvis, maritus justus non sit, *l. 2. de his, quæ ut indign.* ita & provinciali mulieri, quæ nupsit officium gerenti in provincia, non auferat fiscus, quod ei testamento maritus reliquerit? Et ait, deliberari posse, id est, rem non carere dubitatione, quoniam facilius videtur, nos debere parcere pupillæ quæ captu facilis fuit, quam provinciali cuilibet mulieri. Et tamen concludit Papinian. idem juris esse in utroque matrimonio sive casu, ut scil. quod relictum est mulieri testamento mariti injusti, id ei fiscus ut indignæ, quasi deliquerit, quia contraxit illicitum matrimonium, auferre non possit, etiamsi sit ex asse heres scripta testamento viri, *d. l. 2.* Huic conclusioni Papiniani multa obstant. Obstat *l. 1. unde vir & uxor*; quæ generaliter statuit propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel uxoris, nec ex testamento adiri posse hereditatem, aut peti bonorum possessionem secundum tabulas, nec deficientibus cognatis ab intestato peti posse bonorum possessionem unde vir & uxor, si injustum, & illicitum sit matrimonium, id est, si neque sit maritus, neque uxor justa: & nos tamen dicimus pupillam, quæ nupsit tutori, provincialem, quæ nupsit præfecto regionis, posse capere ex testamento tutoris vel præfecti, nec quod cœperit, ei auferri a fisco. Obstat etiam *l. 13. inf. de his, quæ ut indig.* cujus species hæc est. Quidam in adulterio Semproniæ damnatus, postea Semproniam, quæ & ipsa damnata non fuerat, duxit uxorem, & heredem scripsit. Idem Papinianus ait hoc loco, eam non esse uxorem justam, non esse justum matrimonium. Et ideo lucrum hereditatis ad eam non pertinere, sed vindicari fisco ablatum ut indignæ: & vice versa, si talis mulier talem virum heredem instituerit, viro auferri hereditatem ut indigno. Obstat etiam *l. uxori maritus 27. de usufr. legata*, quam objicit Accursius hoc loco. Species hæc est: maritus uxori legavit usumfructum omnium bonorum suorum, alio herede instituto, & alia quædam, & dotem; heres mulieri usumfructum concessit per errorem facti: post biennium apparuit injustam uxorem esse, injustum matrimonium; Quæritur, an heres possit ab ea repetere, quod præterito tempore percepisset ex testamento injusti mariti: & respondet Scævola illo loco hoc tantum repetere ab ea heredem posse quod fructuum nomine percepisset. De omnibus aliis rebus, quæ legatæ erant, & de dote nihil respondet, quo plane significat, cetera legata heredem non posse repetere a muliere, sed fiscum repetere. At usumfructum, & quod eo nomine percepisset, heredem posse repetere a muliere, non fiscum: quæ est sententia *d. l. 27.* Ut omnibus respondeamus observandus est modus, quem in hac l. Papinian. addit, provinciali mulieri, quæ nupsit præfecto verbi gratia, tribuno legionis, qui modus addi potest, & vero debet in qualibet alia specie illiciti matrimonii. Modus hic est: si virgo nupsit, quem modum & comparatio pupillæ exigit. Hic modus ostendit, tenellæ ætati esse parcendum, quæ decepta fuit a viro & illecta in nuptias illicitas. Quod etiam est proditum nominatim in *l. ult. de legat. 1.* ei ætati esse parcendum, ut non auferatur ei, quod ceperit ex testamento mariti. Virgo non tantum est integritatis nomen, sed & teneræ ætatis: si virgo ergo nupsit, id est, similis pupillæ ætate, si in utraque specie utraque fuerit tenella puella. Ex contrario igitur sequi majori 25. annis, & robustæ ætati non esse parcendum, si hoc vel illo modo, vel alio quovis illicitum matrimonium contraxerit. Huic ætati, id est, mulieri hujus ætatis firmatæ, quasi indignæ esse auferendum quodcunque adquisivit ex testamento mariti injusti, etiamsi jus ignoravit, quia juris error nec feminis majoribus 25. annis in compendiis prodest. Et de feminis utique ejus ætatis sunt accipiendæ superiores ll. tres, non de feminis tenellæ ætatis, de quibus hæc lex loquitur, quas respicit solas, quibusve parcit solis. Cur vero *d. l. 27. de usuf. leg.* ususfructus relictus injustæ uxori redit ad heredem non ad fiscum; alia legata & dos, ut dixi, redit ad fiscum, ususfructus repetitur ab herede: quia scil. hoc est perpetuum in jure, ut nunquam ususfruct. redigatur in fiscum, *l. 9. eod. tit. & l. si Titio, in pr. sup. de usufr.* In quarum legum specie ususfructus legatum, quod erat in causa caduci, legatario defecto vivo testatore non redit ad fiscum. Nuda proprietas vel plena redit ad fiscum; ex suis causis, ususfructus nudus nunquam, alioqui in perpetuum proprietas constitueretur inanis & inutilis. Et hæc de feminis. De maribus dicimus, quod eis plerunque ex testamento uxorum injustarum adquisitum est, fiscum auferre, *d. l. 2. de his, quæ ut indig. d. l. ult. de legat. 1.* Nam & infames fiunt, qui contraxerunt illicitum matrimonium & extra ordinem coercentur, ut de tutoribus

ribus est proditum, qui duxerunt pupillas, *l.66.inf.hoc tit.* A vel etiam jure ordinario coercentur ex *l. Julia de stupro*, *l.7.ad l.Jul.de adult.* Sed & in maribus hæc additur exceptio in *l. qui contra*, *C.de incest. nupt.* nisi lubrico ætatis lapsi sint, vel errore acrissimo decepti, sicut scriptum est in omnibus libr. veteribus, legunt Albericus & omnes Dd. Nam & Cajus Marius apud Priscianum antiquissimus poeta, *clarissimus advolat Hector*, & apud Charisium Ennius *celerrimus equitum*. Si igitur mares lapsi sint lubrico ætatis, vel capti errore acrissimo, non auferetur eis a fisco ut indignis, quia veniam merentur, quod ceperunt ex testamento injustæ uxoris. Papinianum autem hoc loco quum dixisset, neque pupillæ, quæ nupsit officium gerenti in provincia, a fisco auferri quod quæsivit ex testamento injusti mariti, adjecisse eundem Papin. auferre tamen fiscum huic marito posse quod ac- B cepit ex testamento injustæ uxoris: & hanc posuisse differentiam inter marem & feminam indicat, quod sequitur in fine legis, *pecuniam tamen in dotem datam mulieri heredi restitui necesse est*. Quib. verbis significat, fiscum tamen huic marito non auferre dotem, quam ab ea accepit, legatum auferre, aut hereditatem, quam ex testamento ejus accepit, dotem non auferre, sed mulieri vel heredi mulieris mortuæ in matrimonio, vel post divortium dotem restituendam esse: heredi, inquam, agenti ex stipulatu, ut in *l.un.§.maneat*, *& §.illo proculdubio*, *C.de rei ux.act.* dos est restituenda heredi mulieris. Quæro cur etiam apud heredem mulieris non remaneat, quod ea mulier viro in testamento legavit? nimirum, quia id mulier ad heredem suum pertinere noluit, sed ad virum, cui reliquit, vir autem relicto in- C dignus est. Ergo fisco locus patet excluso marito & herede mulieris. At dotem voluit pertinere ad heredem suum quandoque soluto matrimonio, quæ non remisit dotis repetitionem. Verum contra potest objici, etiam his casibus, dotem non pertinere ad mulierem vel heredem mulieris, quia scriptum est, dotem datam propter illicitum matrimonium caducam fieri, *l.38.61.sup. hoc tit.* Et priore quidem casu, eo, qui officium gerebat in provincia, ducente provincialem mulierem, dotem caducam fieri ex constitutione Severi indicat Constitutio quædam Gordiani a me prodita *lib. Obser.1.* quæ etiam vult, ne ex ea causa dos semel fisco commissa marito restituatur, etiam si post depositum officium novo consensu justæ nuptiæ effectæ sint, juxta *l. 65. hoc tit.l.6.C.de nupt.* Vix unquam fiscus reddit quod semel D occupavit, *l.2.C. de requir.reis*. Et sane ut respondeam fateor marito non reddi dotem a fisco, quib. casibus dos remaneret apud eum, si justum esset matrimonium. At sane quibus casibus rediret ad mulierem vel ad heredem mulieris, a fisco mulieri restituenda est. Potior est causa mulieris dotem persequentis quam fisci: & mulieri utique dotem esse restituendam probat *d. l. si tutor*, *C. de interd.matr.* etiam imperitæ juris sive nescientis illicitum esse matrimonium, ne rei suæ damnum faciat propter ignorantiam juris: ergo & heredi ejus. Hinc quæritur, an idem sit dicendum in reb. a muliere injusto marito donatis, quæ donatio ipso jure valet, quia non est maritus, non est uxor, non est dos, non est matrimonium? Qua in re pugnare videtur *l. si ex voluntate*, *C.de don.int.vir.* cum *l. cum hic status*, *in fi.eod.tit.* Nam hæc E l. dicit, donata ab indignis ablata, fisco vindicari, si illicitum matrimonium fuerit, & utitur exemplo tutoris, qui duxit pupillam. Illa autem lex ait, donata pupillæ esse restituenda, fisco igitur non vindicari. Et sane exemplo dotis pupillæ restituenda sunt quæ donavit ablata marito ut indigno, *d. l. si ex voluntate*: non omnia quæ auferuntur ut indignis rediguntur in fiscum, sed conferuntur in alios, *l. 4. §. amittere*, *de his quæ ut indign. l. pen. C. de leg.* At non æque sunt tutori restituenda, quæ tutor donaverit, sed ea quoque tutori, ne recipiat & revocet, ut indigno a fisco auferenda sunt. Et de his tantum fisco vindicandis, quæ tutor donavit, non quæ pupilla, intelligere dictam *l. cum hic status*: vero similius est.

Ad L. XXVII. ff. de Pact. dotal.

Si liberis sublatis, reversa post jurgium per dissimulationem, mulier, veluti venali concordio, ne dotata sit conveniat, conventio secundum ordinem rei gestæ moribus improbanda est.

HÆc lex pertinet ad generalem illam definitionem juris inter virum & uxorem donationes non valere; quæ moribus recepta dicitur, ut in *l. 1. de donat. inter vir. & ux.* ita etiam in h.l. dum ait *morib. improbanda est*: & eam quoque regulam sive definitionem juris Rufinum *lib. 6. reg.* & Modestinum *lib. 7. reg.* & Paulum *lib. singular. regul.* proposuisse & explicasse constat ex *l. 27. & 41. & 43. de donat. inter vir. & ux.* Et quæ ratio ejus regulæ redditur in *l. 3. eod. tit. ne concordia inter maritos pretio conciliari videatur*: eadem ratio redditur in hac *l. a Papin.* his verbis, *veluti venali concordio*: dixit concordium ἀρχαϊκῶς. Species *l. 1.* hæc est mulier a viro discessit per dissimulationem divortii, non fuit igitur verum divortium, sed simulatum, forte & diffidium frivolarium, quod & frivolum dicitur, & per diminutionem frivusculum, *l. cum hic status*, *§. si divortium*, *inf. de donat. int. vir.* De quo verbo non debemus laborare, qui nobis sufficit, quod scribit Isidorus *lib.* Etymol. *frivolum esse cum eo animo separatus, ut rursus ad se invicem revertatur, nam frivolum*, inquit, *est velut quassæ & fluxæ mentis non stabile dissidium*. At vero nec probabile fuit, mulierem eam discessionem fecisse divortii animo, non est probabile eam discessionem, quæ non diu duravit verum divortium fuisse, *l.3. inf. de divor.* maxime quia matrimonium liberis subnixum erat, ut eleganter loquitur *l.1. §. pen. de liber. exhib.* Liberi communes firmius astringunt vinculum matrimonii, & adaugent magis charitatem conjugum inter se. Arist. 8. Ethicorum, *σύνδεσμον εἶναι τὰ τέκνα*, *liberos esse nexum inter virum & uxorem*. Idcirco, inquit, facilius divortio separantur, qui non habent liberos, quo pignore in matrimonio contineantur. Denique liberorum omnium ratio & fides & pietas tollit omnem suspicionem veri divortii. Et hac solum de causa puto Papinian. notasse, eam mulierem sublatis liberis communibus, id est, existentibus liberis communibus, non elatis, ut glossa, id est, mortuis, sed melius existentibus liberis ex eo matrimonio procreatis, se ab ædibus subduxisse mariti, ut argumentum notaret non veri divortii, quia exstabant liberi: nec ulla alia est ratio, cur dixerit sublatis liberis, cur hanc circumstantiam notarit, quam quod ex ea collegerit, non fuisse verum divortium. Postea vero marito volente cum ea veterem gratiam reconciliare, eamque domum reducere, ipsa non aliter reverti potuit, quam si veluti redempta isto pretio reconciliatione atque concordia, maritus ei dotem, quam dederat, restitueret, vel quam promiserat caveret se non petitum, ita ut indotata esset. Quæritur, an ea conventio valeat? Et ait, non valere quia species donationis est, quæ constante matrimonio non valet, si fiat inter virum & uxorem. Et inter eos matrimonium constitisse certum est, quia ea separatio sive discessio jurgium fuit non divortium, & jurgio non solvitur matrimonium, *l.32. de jure dot.* Denique ut ait, *secundum ordinem rei gestæ*. Scævola diceret, secundum ea quæ proponuntur, secundum ea quæ in consultationem deducuntur: *secundum ordinem rei gestæ*, id est, sicut rem gestam fuisse proponitur, factum vocat rei gestæ ordinem, ut in *l. 3. §. ult. de donat. int. vir. & uxor.* illo loco, *eum rei gestæ ordinem futurum*, secundum igitur factum, quo propositum est eam conventionem non valere, *ne mulier dotata sit*, quia mera donatio est, quæ manente eodem matrimonio inter maritos consistere non potest: dos constante matrimonio permutari si fit ex re mulieris,

vel

vel dari vel augeri & ampliari poteſt, *l.* 21. & 24. *hoc tit. l. ita conſtante* 8. *de jur. dot. l.* 7. *de tutor. dat.* Minui autem dos conſtante matrimonio, vel tolli, auferri, reddi, repeti non poteſt, exceptis certis cauſis, quarum quædam enumerantur in *l.* 37. §. 1. *de jur. dot.* Alias conſtante matrimonio dos minui, tolli, auferri, repeti non poteſt, quoniam redditio, aut diminutio inſtar donationis habetur. Poteſt & ſine dote ab initio matrimonium contrahi, quid ni? *l. ult. C. de don. ant. nupt.* Sed quod ſemel contractum eſt matrimonium, dote data vel promiſſa, nec diremptum, nulla conventione fieri poteſt, ut ſit ſine dote. Si vero divortio fuerit diremptum, & in redintegrando & renovando matrimonio convenerit, ne mulier dotata eſſet, conventio improbatur, quia non eſt facta conſtante matrimonio, ſed initio matrimonii novi contrahendi, eo die quo novum matrimonium reconciliatum eſt, quo jure fit donatio quælibet, *l.* 27. *ff. de donat. inter vir. & ux. & l. vir. mulieri, eod. l.* 31. *de jure dot.* At quia in ſpecie propoſita idem matrimonium manſit, nec jurgio diremptum eſt, ea conventio improbatur, & mulier dotata manet, eadem dos manet, ſicut & matrimonium idem.

Ad L. XLII. de Adminiſt. tutor.

Ex pluribus tutoribus in ſolidum unum tutorem judex condemnavit in rem ſuam, judicatus procurator datus, privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur. Non enim cauſæ, ſed perſonæ ſuccurritur, quæ meruit præcipuum favorem.

PErtinet hæc l. ad regulam illam, quæ etiam ex lib. reg. Modeſt. proponitur in *l. privilegia, de reg. jur.* privilegia ſive beneficia, quæ perſonæ præſtantur, quæ perſonæ cohærent, non tranſire ad heredem ejus perſonæ, vel ad alium quemlibet: privilegia, quæ cauſæ præſtantur, quæ rei, negotio, generi actionis, privilegia realia tranſire, non perſonalia. Hæc eſt regula & definitio juris, ad quam hoc loco apponitur exemplum in perſona pupilli, cui in tutelæ actione datur conſtitutionibus Principum privilegium exactionis, ut præferatur ceteris creditorib. tutoris, utque tantiſper, dum ei ſatisfactum ſit ex bonis tutoris, ceterorum creditorum actiones differantur, *l. ex facto, ſup. de pecul. Perſona pupilli*, ut ait Papinianus, *meruit hunc præcipuum favorem*. Omne beneficium perſonale præcipuum eſt, non commune. Quamobrem heredi pupilli idem privilegium non datur, ut in *l.* 1. §. *Iidem principes, ad l. Cornel. de falſ. l. dabimus*, §. *ult. de reb. auct. jud. poſſ. vel de privileg. creditor.* Nec diſtinguo inter heredem pupilli extraneum & filium. Nam & filio pupilli quem poſtea genuit, idem privilegium non datur, ut aperte demonſtrat *l. pen.* §. 1. *de rit. nupt.* Ergo heredi pupilli, quamvis in eum tranſeat actio tutelæ, idem privilegium non datur: actio tutelæ in eum non tranſit cum privilegio, nec ſi filius ſit pupilli: & multo minus tranſit in procuratorem pupilli factum in rem ſuam, ut in hac ſpecie: ſi pupillus ex pluribus tutoribus, qui tutelam adminiſtrant, ut poteſt, unum elegerit & convenerit, atque condemnaverit in ſolidum, debet ei cedere actionem tutelæ, adverſus collegam vel collegas, quo genere eum faciat procuratorem in rem ſuam, id eſt, in rem propriam ipſius procuratoris, *l.* 2. §. *ult. famil. ercifc. l. ſi quis in rem, de procur.* Competit igitur actio tutelæ ei, cui ceſſa eſt, ſed ſine privilegio: privilegiaria actio tutelæ non ceditur, ſed ſimplex, quod non tranſit in ſucceſſorem totius juris, qui tamen proprius accedit ad vicem defuncti, ut Cicer. ait 2. *de legib.* & oſtendit *l. heres, ff. de uſucap.* Denique quod non tranſit ad heredem, qui totius ſucceſſor eſt, quique eadem intelligitur eſſe perſona cum defuncto, ut ait Novella *de jurejur. a moriente præſtit.* & in ſucceſſionem unius rei, vel unius actionis tranſit multo minus. Conjungenda autem cum hac omnino eſt *l. cum pupillus* 21. *de tut. & rat. diſtrah.*

Ad Leg. cum Pupillus XXI. de tutel. & rat. diſtrah.

Cum pupillus tutelæ actione, contra tutorem alterum, tutori, quem judex in ſolidum condemnavit ceſſit, quamvis poſtea judicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris, non tutela reddita, ſed nominis pretium ſolutum videtur.

QUæ de eadem ſpecie tractat, nempe de uno ex tutorib. pupillo condemnato in ſolidum, cui pupillus ceſſit actionem tutelæ adverſus collegam, quam ceſſionem in hac *l.* 21. Papinian. oſtendit eſſe utilem, quamvis poſtea ex cauſa judicati is, qui condemnatus eſt, ſolidum pupillo ſolverit, quod omnes tutores pupillo debebant ex tutelæ adminiſtratione, quia ſolutio ejuſmodi non intercidit, inquit, actio tutelæ quæ tutori, qui ſolidum ſolvit, ex cauſa judicati data, id eſt, ceſſa eſt, ut in *l.* 1. *C. de ſatiſdat. lis quæ ei data eſt*, id eſt, ceſſa & mandata. Denique ceſſio actionis tutelæ facta a pupillo, non eſt inutilis, *quia*, inquit, *pro parte condemnati tutoris, non tutelæ redditur, &c.* Ubi pluſquam manifeſtum eſt eſſe ſcribendum, *quia pro parte non condemnati tutoris, non tutela reddita videtur*, id eſt, pro ejus parte, pro collegæ parte, qui condemnatus non eſt, non videtur ſolutum pupillo ex cauſa tutelæ, alioqui inutilis eſſet ceſſio, ſed pro ejus parte, *nominis pretium*, id eſt, actionis tutelæ pretium pupillo numeratum videtur, quaſi ex cauſa emptionis, ut idem dixit in *l.* 5. *de cenſibus, l. Modeſtinus, de ſolut. l. cum is, de fidejuſſ.*

Ad L. I. de Injuſto, rupto, & irrito facto teſtam.

Teſtamentum aut non jure factum dicitur, ubi ſolemnia juris defuerunt, aut nullius eſſe momenti, cum filius, qui fuit in patris poteſtate, præteritus eſt: aut rumpitur alio teſtamento, ex quo heres exiſtere potuit, vel agnatione ſui heredis: aut in irritum conſtituitur non adita hereditate.

DE cauſis, quæ vitiant teſtamentum hæc lex proponit regulas juris civilis quatuor. Prima hæc eſt: Teſtamentum, in quo deſunt ſolemnia juris, non jure, aut non rite factum eſſe, atque adeo inutile eſſe, quoniam teſtamentum ſolemnitatem juris deſiderat. Teſtamentum, ſolemnis voluntas eſt. Solemnia ergo juris civilis intelligit. Nam & hæ regulæ quatuor & ceteræ, quæ in his libris continentur, ſunt regulæ juris civilis, non prætorii: & ſolemnia juris civilis potiſſimum conſiſtebant in emancipatione familiæ facta inter teſtatorem & emptorem familiæ, adhibito libripende, qui æs appenderet, quod pro familia emptor inferebat, emptor imaginarius, & in ſolemni nuncupatione teſtamenti, ut Ulpian. expoſuit *lib. ſing. reg.* Quintil. in Inſt. *Non dixerim*, inquit, *teſtamentum, cui libripens, & emptor familiæ, & cetera jure neceſſaria deerunt*. In ſolemnibus non pono teſtes, alioqui falſum eſſet, quod in Inſtit. dicitur, codicillos nullam ordinis ſolemnitatem deſiderare, quoniam & codicilli deſiderant 5. teſtes, *l. ult. de teſtam. l. ult. C. de codicill. l. hac conſultiſſima*, §. 1. & *l. cum antiquitas, C. de teſtam.* In ſolemnibus etiam non pono ſigna teſtium, quia non deſiderantur jure civili, ſed jure prætorio, ut ſcilicet teſtamentum ſit obſignatum 7. teſtium ſignis, prætore alioqui non daturo heredi ſcripto bonorum poſſeſſ. ſecundum tab. Et jure quoque factum teſtamentum, & rite eſſe poteſt, licet ſignatum non ſit, *l. quis legatum, inf. ad l. Corn. de falſis*. Secunda regula; nullum eſſe teſtamentum, in quo filius qui eſt in poteſtate teſtatoris, præteritus eſt, id eſt, neque heres inſtitutus, neque nominatim exheredatus, licet legata ei adſcripta ſint. De qua regula, & Martianum tractaſſe ſecundo regul. conſtat ex *l. ult. tit. ſuper.* Idem etiam inutile & injuſtum teſtamentum dicitur. Nam

Nam hoc est summum vitium testamenti, præterire filiumfamil. & principale jus, quod exigitur in ordinandis testamentis, ut ait *l. inter cetera, tit. sup.* Tertia regula; rumpi testamentum, quod ab initio justum fuit, mutatione vel agnatione sui heredis. Mutatione, si postea aliud testamentum factum sit, ex quo, ut ait, heres existere possit, & interdum etiamsi non jure, non rite, non solemniter factum sit, ut si aliud testamentum factum sit jure militari, vel si in posteriore testamento is sit scriptus, qui ab intestato rem obtinere potest, *l.2. hoc tit. l. hac consultissima, §. si quis, C. de testam.* Atque etiam si ex posteriore testamento, nemo heres extiterit, prius rumpitur. Denique neutrum consistit: non prius, quia ruptum est: non posterius, quia irritum est, quando ex eo nemo heres extitit, ut quando heres scriptus repudiavit, vel conditione defectus est, *l.16. hoc tit.* Ut posteriore rumpatur prius satis est, si ex posteriore heres existere potuerit, licet non extiterit. Ambulatoria enim est voluntas, usque ad extremum vitæ spiritum, *l.4. de adim. leg.* Quintil. in declam. *sublatum*, inquit, *dicunt prius testamentum posteriore, neque ego non confiteor, si jure factum sit*: hoc est, si testamentum sit, quoniam plerumque exigimus, ut posterius jure sit factum, exceptis duob. casibus notatis ex *l.2. hoc tit.* Et sequitur potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem. Agnatione autem sui heredis rumpitur testamentum si post mortem testatoris, vel post testamentum ei suus heres agnascatur, qui testamento præteritus sit, id est, neque institutus heres, neque uti oportet exheredatus, & non agnatione tantum sui heredis, sed quasi agnatione, ut si mortuo filio superstite patre, vel emancipato, nepos ex eo in ejus locum succedat & subintret, *l.13. hoc tit.* vel si filius ex prima vel secunda mancipatione manumissus, ut olim fiebat, revertatur in potestatem patris. Quod etiam idem Ulpian. exposuit *eod. lib. regul.* quod non ita fiebat in filia, ceterisque liberis, qui una mancipatione exibant de potestate patris, nec desiderabantur tres, ut in filio, (quem morem etiam hodie Moscovia observat) *l.8. §. ult. hoc tit.* His duobus modis testatori, quasi agnascatur heres suus, & rumpit testamentum, in quo silentio præteritus est. Qui agnationem, & quasi agnationem dicit, ut qui contractum, & quasi contractum, qui impossibilem conditionem, & quasi impossibilem: qui possessionem, & quasi possessionem, qui actionem Servianam, & quasi Servianam: nihil etiam refert, suus heres naturalis agnascatur, vel quasi agnascatur, veluti ex justa uxore, vel ex nuru, quæ sit in manu filiifam. an suus heres non naturalis, veluti per adoptionem vel adrogationem, *l.8. in pr. hoc tit.* vel, ut olim per conventionem in manum. Nam & uxor, quæ convenerat in manum mariti, sua heres, & filiæ loco marito erat, ut Cajus scribit 3. *Instit. &* Aulus Gell. noct. Attic. lib.18 *cap. 6.* Quarta & ultima regula hæc est: irritum testamentum per omnia constitui non adita hereditate ab herede, qui in eo scriptus est, in *l. penult. §.1. de bonor. possess. secund. tab. l.5. de manum. testam.* Idem desertum dicitur testamentum, & destitutum. Irritum igitur fit testamentum in totum, si repudietur ab herede. Nec dubito quin addiderit Papinianus huic definitioni, vel etiam irritum fieri capitis deminutione quacunque ejus, qui testamentum fecit. Qua de re in *l.6. §. irritum, hoc tit.* singulæ causæ, sive species vitiandorum testamentorum, singula vitia, singulis appellationibus singulisque regulis distincta & definita sunt. Et hæc sunt vitia, quæ testamentum infirmant.

Ad L. XXXIV. de Heredib. instit.

Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.

Alia sunt vitia his a Papin. subjecta, quæ testamentum non infirmant, ut in hac *l.34. de hered. instit.* si in testamento pagani heres nominatim instituatur ex tempore certo, vel ad tempus certum, veluti *heres esto, post decennium quam major, vel heres esto usque ad* 10. *annos*. Quo genere non recte heres instituitur, non recte hereditas datur, quia quod in bon. portione pagano non licet, ut de una portione testetur, de alia non testetur, ut in una habeat heredem testamentarium, in altera legitimum: non licet etiam ei in temporis spatio, ut post mortem suam parte temporis sit testatus, parte intestatus, *l. miles ita, §. 1. de milit. testam.* hæc, quæ sunt privantia natura, sunt inter se contraria, testatus & intestatus, *l. 7. de regul. jur.* Et in quo subjecto unum contrariorum est, non potest etiam esse alterum. Quod autem jure singulari receptum est, ut miles partim testatus, partim intestatus esse possit, hoc colore receptum est, quasi miles habens bona duorum generum, castrensia & pagana, duorum hominum vice fungatur, pagani & militis, ut paganus sit testatus, & ut miles intestatus, vel contra, *l. si certarum, inf. de milit. test.* Paganus tantum unius generis bona habet. Quamvis autem ex tempore vel ad tempus non recte instituatur heres, tamen institutio propterea non vitiatur, quia vitium illud temporis, quod significat illis verbis, *vitio temporis sublato*, tollitur & circumscribitur, & pro non adjecto habetur: & vitium est potius testatoris, quam vitium testamenti: vitia testatoris non infirmant testamentum, quia menda potius sunt & errata testatoris, *l. 1. ff. de condit. inst.* vitia personæ non rei: vitia testamenti testamentum infirmant. Et ita in *d. l. 1. sub conditione impossibili, vel alio mendo*, ut in Florent. *recte factam institutionem non vitiari*: sub conditione impossibili, vel quasi impossibili, ut *l. 14. & 15. eod. tit.* quia ea institutio pro pura habetur, *l. 50. §. pen. hoc tit.* ea conditio pro impleta habetur, *l. 4. §. ult. de condit. inst.* conjuncta *l. Mucianæ, §. ult. de condit. & demonstrat.* sub alio mendo veluti ex certo tempore, vel ad certum tempus, vel sub falsa causa, falsa demonstratione, vel falso mendo. Nam & hæc vitia non vitiant testatoris voluntatem, quia vitia testatoris sunt, non testamenti, vel etiam si servus proprius liber esse jussus ita heres instituatur, *si liber erit heres esto*. Nam mendosa est illa adjectio, *si liber erit* cum directo sit manumissus. At hæc quæro, cur tamen heres possit institui sub conditione, an quia pendente conditione videtur paterfam. esse intestatus? hoc nego, quia quamdiu pendet conditio, non est certum, testatus an intestatus sit, sed ex postfacto, ex eventu hoc declaratur, & siquidem conditio extiterit, retroagitur conditio, atque recurrit, & testatus e vita migrasse intelligitur. Si defecit conditio, intelligitur nunquam fuisse testatus, & intestatus e vita migrasse, atque ideo sub incerto conditionis eventu etiam interim heredi pendente conditione prætor dat bonor. poss. secundum tab. non expectata conditione, *l. 2. §. 1. & l. 6. ff. de bon. poss. sec. tab.* præstita tamen cautione, vel substitutis, vel iis, qui irrito facto testamento per defectum conditionis ab intestato venire possunt, *l. inter, qui satisd. cog.* Tempus vero certum, neque retro duci potest, neque porro inspicitur, ut puta, cum tempus certum inspicitur & observatur, ex quo vel ad quod quis heres institutus est, ut in testamento militis post vel ante tempus qui scriptus est, non intelligitur heres esse, vel fuisse. Non est omittendum, quod ait Accurs. hoc loco idem esse in libertate & hereditate, ut etiam si testamento data sit libertas usque ad diem certum temporis, adjectio circumscribatur, & pro non scripta habeatur, *d. l. libertas, & l. seq. de man. test.* Et in Comædia Plauti, quod Sticho servo dicitur, *sume eleutheriam in hunc diem, te nihil morabor, & abi quo lubet*, non est manumissio, sed commeatus & licentia in eum diem, se gerendi pro libero. Neque liber, neque heres quisquam est temporarius: sicut dicitur etiam de filio in *l. quæsitum, de adopt.* per adoptionem puta, non posse fieri filium temporarium. At quum ex die datur libertas, tum differentia est inter libertatis donationem & donationem hereditatis, quia ex

die

die data libertate temporis adjectio non circumſcribitur, *l.17.§.ult.& l.ſeq.§.ult.l.23.§.ult.de manu. teſt.* In hereditate data ex die, diei adjectio circumſcribitur, quia hereditatis nullum aliud initium eſſe poteſt, quam tempus mortis ejus, de cujus bonis agitur: mortuo enim ſuccedit ſtatim, aut poteſt ſuccedere aliquis vel lege vel teſtamento. Libertatis autem initio quodcumque tempus idoneum eſt, non tempus mortis ſolum domini, vel aditæ hereditatis, niſi pure ſint datæ libertates.

Ad L.LXXIX. de Hered. inſtit.

Quod ſi non ſit reliqui facta mentio: tantundem in altero aſſe babebit Mævius, quantum Titius in primo.

PErtinet hæc lex ad id, quod ex lib. regul.Ulp. definitum eſt in *l.50. §. ult. hoc tit.* Hereditatem plerunque dividi in 12. uncias, quia ſc. hoc numero plerunque ſignificatur univerſitas, & ut ait idem Ulp. illo loco: *hæ 12. unciæ aſſis appellatione continentur*: Quod & Remnius Palemo tradit:

Nunc dicam ſolidæ, quæ ſit diviſio libræ,
Sive aſſis, nam ſic legum dixere periti,
Ex quo quod ſoli capimus perhibemur habere.

Per translationem Vegetius dixit aſſem pro ungula equi, *purgabis*, inquit, *aſſem, le pied; libro de re veterinaria. Plerumque* autem ait Ulp. quia non ſemper 12. uncias eſſe vel fieri oportet, ſed ex voluntate teſtatoris quandoque ſunt plures, quandoque pauciores, *l.13. §.1.hoc tit.*ut in ſpecie hujus *l.79.*Titium heredem ſcripſit ex portione, quam per leges capere poſſit, & Mævium ſimpliciter hoc modo, *Mævius heres eſto*, duo aſſes fient, id eſt, 24. unciæ, ut ſinguli habeant 12. ſi Titius aſſem capere poſſit, vel etiam duobus aſſibus reductis ad unum aſſem, dupondio reducto ad aſſipondium, ſinguli habebunt ſemiſſem. Et hoc ſi Mævius fuerit ſimpliciter inſtitutus, non ſi fuerit inſtitutus ex reſidua parte, quia Titio exiſtente capace aſſis, Mævius nihil habiturus eſt, quia reſidua pars nulla eſt quod in reſponſis latius expoſuimus ad l.ſuperiorem cui hæc implicita eſt.

Ad L. Qui duos XLII. ff. de Vulg. & pup. ſubſtit.

Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita ſubſtituit, ſi ambo mortui eſſent, deinde pueri poſt mortem patris ſimul perierunt. Duæ hereditates ſubſtituto deferuntur: ſed ſi diverſis temporibus vita decedant in hereditate noviſſimi pueri, ejus fratris, qui ante mortuus eſt, hereditatem ſubſtitutus inveniet. Sed in ratione Falcidiæ, pueri prioris hereditas non veniet, nec ſubſtitutus amplius, quam ſeſcunciam jure teſtamenti deſiderabit: legata quoque quæ a ſubſtituto ejus filii data ſunt, qui prior inteſtato deceſſit ad irritum recidunt.

DE rebus dubiis, vel ambiguis, & maxime de commorientib. varias fuiſſe conditas regulas, & definitiones a Juriſconſultis, conſtat ex *l.16. 17. 18. 22. de reb.dub.& l.34.ad Treb.& l.26. de mort.cauſ.don.* Quæ omnes ſunt ex lib. reg. Martiani Juriſc. Commorientes dicuntur, qui ſimul pereunt naufragio, vel alio caſu, ita ut non videatur ſupervixiſſe alter alteri. Ad eas regulas Juriſc. de commorientibus pertinet hæc *l.42.* Cujus ſpecies eſt de duobus filiis impuberibus a patre heredibus inſtitutis ex æquis partibus, quibus pater L.Titium directo ſubſtituit in hunc caſum, *ſi ambo impuberes mortui eſſent*, quæ eſt ſubſtitutio pupillaris, ſive pupillare teſtamentum, quod pater filiis fecit: & ab eodem ſubſtituto in eum caſum pater pleriſque multa legata reliquit. Et oſtenditur in hac l. multum intereſſe, utrum ambo filii diverſis temporibus vita deceſſerint unus poſt alium, an ſimul uno ictu, unoque impetu commortui ſint, ruina vel naufragio. Nam ſi non diverſis temporib.vita deceſſerint, ſed ſimul iis filiis poſt mortem patris commorientib. caſu quodam, duæ hereditates duorum pupillorum ſubſtituto deferuntur, ſubſtitutionis jure, quaſi ſubſtituto utrique ſimul morienti, quia non apparet uter utri ſupervixerit. Sed ſi hoc appareat, ut ſi diverſis temporib. vita deceſſerint, priori mortuo ſuperſtes ſuccedit legitimo jure ab inteſtato, quia pater, qui ſubſtitutum vocavit in hunc caſum tantum, *ſi ambo impuberes mortui eſſent*, jus legitimæ hereditatis inter fratres ſervari voluit. Denique vero poſteriori mortuo ſuccedit ſubſtitutus ſubſtitutionis jure, *ſi hic & intra pubertatem mortuus ſit, ſi mortuus ſit impubes*. Ceterum una eſt hereditas, cui ſubſtitutus ſuccedit, non ut priore caſu duæ hereditates, licet in hereditate poſterioris, cui ſuccedit, inveniatur hereditas prioris, quæ hereditati poſterioris acceſſit jure legitimo, non jure teſtamenti paterni. Eademque differentia ſervatur, ſi pater duobus filiis impuberibus ita ſubſtituerit, *ſi uterque impubes deceſſerit, l. pen. C. de impub. & aliis ſubſt.* vel ſi ſubſtituerit ei, qui noviſſime morietur, ut *l. vel ſingulis, & l. ex duob. hoc tit. l. qui duos, de reb. dub.* quibus ll.quæ refragari videbantur, ea jam ſunt profligata in Reſponſis Papinian. ad *l. heredes, §. qui ita, ad Treb. &* ad *l.14. §. ult. ad leg. Falc.* vel ad Afric. in *d. l.ex duob.* Sic igitur ſtatuamus: ſive duob. filiis impuberibus pater ita ſubſtituat, *ſi ambo impuberes deceſſerint*, vel, *ſi uterque impubes deceſſerit*, vel etiam hoc modo, *ei qui noviſſime impubes morietur*, dicimus, multum intereſſe ſimul, an diverſis temporib. fratres impuberes vita deceſſerint. Nam primo caſu, *ſi pariter & ſimul mortui ſint*, utriuſque hereditas, id eſt, duæ hereditates duorum pupillorum ſubſtituto deferentur ex teſtamento pupillari, quod pater pupillis fecit. Secundo autem caſu, *cum ordine vita deceſſerint*, ſubſtituto tantum defertur ex teſtamento pupillari hereditas filii poſtremo defuncti, ſed auctior & locupletior hereditate fratris præmortui legitima. Ex hac differentia naſcitur alia, quæ pertinet ad legata: quæ initio poſui fuiſſe plurima a ſubſtituto primo caſu relicta. Et quod ad rationem legis Falcidiæ attinet, cui ea legata ſubjiciuntur, primo caſu, id eſt, *ſi ambo ſimul perierint*, ex legatis a ſe relictis in teſtamento pupillari, vel quod idem eſt in ſecundis tab. ſubſtitutus, ſi ſit oneratus, detrahit quadrantem totius hereditatis paternæ, perinde ac ſi a patre heres inſtitutus eſſet ex aſſe, quia & aſſem ſubſtitutus capit jure teſtamenti: id eſt, jure ſubſtitutionis: Et merito hac in cauſa ſubſtitutus inſtituto comparatur, *l.11. §. ſi filio, & l. quæſitum ad l. Falc. l. prox. §. coheres, hoc tit. l. quod fundum, §. ult. ad Treb.* Et ideo ſi ex unius pupilli hereditate ſubſtitutus ſalvum quadrantem habeat totius hereditatis paternæ, nihil detrahit ex hereditate pupilli alterius, quia in ponenda ratione legis Falcidiæ duæ illæ hereditates duorum pupillorum commiſcentur, & confunduntur, *l.14. §. ult. ad l. Falc.* Secundo caſu, *ſi pueri diverſis temporibus vita decedant* quem ſolum caſum ut & advertit Accurſ. qui intelligit hanc legem: recte tractat hic Papin. cum diverſis temporibus diem ſuum obierint, hoc, inquam, caſu pro parte ejus, qui prior vita deceſſit, ſubſtitutio fit irrita, *l. prox. §. pen. ſup. hoc tit.* Igitur & pro ejus parte legata a ſubſtituto relicta ad irritum recidunt, ut ait in extremo *h. l.* teſtamentum, quod fit irritum, per omnia fit irritum, *l. pen. §.1. de bon. poſ. contr. tab.* & irritum fit teſtamentum non adita hereditate, ſive ſi noluerit heres adire hereditatem, ſive non potuerit, veluti, conditione defectus, ſub qua heres inſtitutus erat. Qua ratione, & in ſpecie propoſita irritum fit teſtamentum pupillare, pro parte ejus, qui prior exceſſit e vita, quam partem ne ſubſtitutus adire poſſit, frater ſuperſtes impedit, cui ea pars defertur jure inteſtati, jure legitimo, quod inter fratres pater ſervari voluit. Pro parte autem poſterioris, id eſt, qui poſtremus vita deceſſit, teſtamentum pupillare, ſive ſubſtitutio pupillaris valet, & pro ea parte legata debentur a ſubſtituto, ſalva tamen eidem ſubſtituto Falcidia, id eſt, quarta ſemiſſis, quæ eſt ſeſcuncia ſemiſſis competentis poſteriore mortuo. As enim continet 8. ſeſcuncias;

ergo ſemis continet 4. & ſemiſſis quarta, ſive Falcidia eſt ſeſcuncia. In eam vero Falcidiam, id eſt, in ſeſcunciam ſubſtitutus non imputat hereditatem fratris præmortui, quam invenit in bonis poſterioris, cui ſoli ex ſubſtitutione ſuccedit, quia ea hereditas præmortui filii adventitio jure quæſita eſt, nimirum ab inteſtato, non ex judicio patris: & ea tamen, quod vulgo notum eſt, in Falcidiam imputantur, quæ capiuntur ex judicio teſtatoris, id eſt, jure teſtamenti, *l. quod autem, ff. ad l. Falc.* Qua de cauſa & Falcidia hoc loco dicitur capi jure teſtamenti, id eſt, jure ſubſtitutionis teſtamento factæ: & alibi Falcidia dicitur eſſe commodum teſtamenti, *l. omnes, ff. ad Treb.* quia jure teſtamenti, jure hereditario percipitur non adventitio jure. Quæ non imputaret in Falcidiam inſtitutus, non imputat etiam ſubſtitutus, quia primo & ſecundo caſu ſubſtitutus inſtituto comparatur: itaque ſupra ſeſcunciam, quam ſubſtitutus detrahit ex ſemiſſe poſterioris, jure ſubſtitutionis habebit etiam integrum & illibatum ſemiſſem prioris. Et hoc eſt quod ait in *h. l.* cum diverſis temporib. pueri non pariter mortui ſunt (quem ſolum caſum tractat) in rationem Falcidiæ pueri prioris hereditatem non venire, id eſt, capi eam a ſubſtituto integram, non pro ratione Falcidiæ dodrante ejus portionis legatis erogato, quæ pro ea parte in irritum reciderunt, nec imputata quoque ea parte hereditatis in rationem Falcidiæ, in quam venit ſola hereditas poſterioris, quam ex teſtamento prior accepit: ſed ex hereditate tamen poſterioris, ſi onerata ſit legatis ſubſtitutum detrahere ſeſcunciam jure Falc. ut in *d. l. 14. §. ult. ad l. Falc.*

Ad L. LXXX. de Legat. 2.

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res ſingulas, quod eo pertinet: ut ſi pure res relicta ſit, & legatarius non repudiarit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, nunquam factum heredis.

IN hac l. proponitur hæc regula, *legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res ſingulas, &c.* Loquitur de legato pure relicto, ut infra ait, *ut ſi pure res relicta ſit*: non loquitur de legato relicto ſub conditione, ſicut nec altera regula, quæ huic ſubſervit ex *lib. 9. reg.* Modeſt. in *l. omnia, ſup. hoc tit. Omnia quæ teſtamentis ſine die, vel conditione adſcribuntur*, id eſt, quæ pure relinquuntur, ex die aditæ hereditatis præſtantur. Ergo non loquuntur etiam hæ regulæ de legato relicto ex die, vel ad diem: nam & legatum aliter, quam hereditas recte datur ex die vel ad diem, *l. ult. C. de leg.* & legatarius temporalis fit dominus rei legatæ, quod in herede eſſet abſurdum. Et ea eſt differentia inter heredem & legatarium ſumme notanda. Legati autem titulo, & jure rei legatæ dominium adquiri ait hoc loco, ut *l. quotiens, §. ult. de pecul. l. 1. in fi. de Public. in rem act. l. 3. §. ſi rem, tit. ſeq. l. 7. C. de leg. l. 2. C. quando dies leg. ced.* eſt ex lege 12. tabul. ut legato dominium adquiratur, *uti quiſque legaſſit, &c.* Sed ita legato ait adquiri dominium legatario rei legatæ, ut hereditate id eſt, titulo & jure hereditatis heredi adquiruntur (quod eſt etiam ex 12. tab.) res ſingulæ hereditariæ: quam definitionem ſic explicat, ut heres dominium rerum hereditariarum adquirat adita hereditate, cum dixit ſe heredem eſſe velle, & ea aditio retrotrahitur ad mortis tempus teſtatoris, ut & ex mortis tempore defuncto heres eſſe intelligatur, *l. heres, de adquir. her.* Cujus rei argumentum profert *l. ſi ex re, §. ult. de ſtipul. ſerv.* ex jure Pontificio, quod heres, aut quod heredis familia ex die mortis funeſta eſſe intelligatur, nondum pura, nondum expiata: Heres igitur ex aditione fit dominus rerum hereditariarum, & intelligitur fuiſſe a morte teſtatoris, quia aditio retrotrahitur: & ad eundem modum legatarius dominium rei legatæ adipiſcitur agnito legato, cum dixit, ſe amplecti liberalitatem defuncti, *l. et qui ita, de condit. inſt. l. cum vero, in fi. de fideic. libert.* Ceterum agnitio legati retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis ab herede inſtituto, quo tempore demum cœpit legatario deferri legatum, *l. ſervum filii, §. 1. l. ſi tibi homo, §. cum ſervus, tit. prox.* Cedit dies legati, quod notandum, ut poſſit transferri in heredem (hic eſt effectus ceſſionis) a morte teſtatoris: defertur legatum, ut vel repudiari, vel agnoſci poſſit ab aditione heredis: ante aditionem non defertur, id eſt fruſtra repudiatur, fruſtra agnoſcitur: adquiritur autem dominium rei legatæ ab agnitione legatarii, cum dixit ſe non aſpernari aut repudiare legatum. Et hoc eſt, quod ait *l. omnia hoc tit.* quam dixi ſubſervire omnino huic regulæ, *omnia quæ teſtamentis ſine die, & conditione adſcribuntur, ex die aditæ hereditatis præſtantur*, id eſt, ex eo die deferuntur, & ſi repudiata non ſint, ſi agnita ſint, ex eo etiam die adquiſita eſſe dicuntur, retroacta ad eum diem agnitione legati. Denique ut aditio heredis retrotrahitur ad tempus mortis teſtatoris, ita agnitio legatarii retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis, non ultra: quia non ſequitur recurſum ſive retractum etiam aditionis, ſicut ſidera, quæ retrahuntur ad punctum certum, nec tamen ejus puncti ductum ſequuntur, qui retrotrahitur: ita vero fit, ut ab adita hereditate legatario rei legatæ dominium adquiſitum videatur, dominium ſcil. quod ante fuit teſtatoris dum vixit, & poſt mortem ejus, ante aditam hereditatem, quod fuit jacentis hereditatis & vacuæ, quæ quidem hereditas jacens, non minus, quam heres qui adivit, ante aditionem, domini, id eſt defuncti vicem ſuſtinet, *l. heres, de uſurp. & uſuc. l. hereditas, de adquir. rer. dom. l. non minus, de hered. inſtit. l. denique, §. quæſitum, quod vi aut clam.* Agnitione igitur legatarius adquirit dominium quod fuit hereditatis, non quod fuit heredis, quia nunquam fuit heredis res legata, ſed ut ait, *recta via*: *l. 3. §. ſi rem, tit. ſeq.* ait, *ſtatim recta via*. Igitur & ſtatim ab hereditate jacente dominium intelligitur tranſiiſſe in legatarium, nunquam factum heredis; ſicut nec ſervi directo manumiſſi in teſtamento heres intelligitur unquam dominium habuiſſe, *l. ſi juſſit, in fi. de furt. & ita in l. a Titio, eod. tit.* Similiter dicitur recta via ea, quæ legantur ab eo, qui legavit, & ab hereditate, quæ ejus vicem ſuſtinet, ad eum, cui legata ſunt, tranſire, nec ullo momento conſiſtere in dominio heredis, *l. 9. §. ſed & creditor, ſup. de pecul.* dominium igitur rerum legatarum, non niſi ſcientibus adquiritur, nempe agnoſcentibus, actiones tamen perſonales legatorum, fateor etiam ignorantib. legatariis adquiri: aliud eſt actio perſonalis, aliud dominium, *l. ſi a furioſo, de obl. & act. l. filiusf. qui teſta. fac. poſ. l. cum pr. §. ſurdo, hoc tit. l. ult. quand. dies leg. ced.* Ac poſtremo ne quid objiciatur, omnino notandum eſt, quæ diximus hactenus locum habere tantum in legato vindicationis, de quo hæc lex accipienda eſt, veluti, *illud tibi do, lego, illam rem capito, habeto*: nam legatum damnationis, veluti, *heres damnas eſto illi illud dare*, non adquiritur per agnitionem legatarii, ſed per traditionem heredis damnati, & quæſitum traditione dominium non retrotrahitur ad tempus aditionis heredis, ſed ad tempus moræ heredis: ac propterea interim ante traditionem aditione hereditatis heredis factum eſſe intelligitur. Ex quibus principiis certiſſimis ſequuntur effectus complures, & de hoc genere legati per damnationem eſt accipienda *l. 18. de ſerv. & l. legatum, §. ult. tit. prox.* vel etiam de legato per vindicationem conditionali, vel in diem, non de pure relicto, de quo ſolo egimus hactenus.

Ad L. LXXIX. de Condit. & demon.

Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum eſt, quia non conditione, ſed mora ſuſpenditur, non poteſt enim conditio non exſiſtere.

§. 1. Heres meus cum ipſe morietur, centum Titio dato legatum ſub condit. relictum eſt, quamvis enim heredem moriturum certum ſit, tamen incertum eſt, an legatario vivo, dies legati non cedat, & non eſt certum ad eum legatum perventurum. §. Qui

post

poſt Mucianam cautionem interpoſitam legatum accepit, ſi contra cautionem aliquid fecerit ſtipulatione commiſſa etiam fructus heredi reſtituet: hoc enim legatarius, & in exordio cavere cogitur. §.3. *Quamvis uſusfructus cum morietur legatarius inutiliter legetur: tamen conditionis Mucianæ remedium, uſufructu quoque ſub conditione alicujus non faciendi legato, locum habet.* §. 4. *Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias ſcriptum eſt nullam vim habet, veluti Titio patri centum, ſi filia quam is habet in poteſtate, non nupſerit, heres dato, vel filiofam. ſi pater ejus uxorem non duxerit, heres dato.*

QUæ proponuntur initio h.l. pertinent ad generalem illam definitionem juris antiqui, qua utimur, neglecta l.Papia: Legatorum, quæ pure vel in diem certum relicta ſunt, diem cedere ex mortis teſtatoris tempore: eorum vero, quæ ſub conditione relicta ſunt, diem cedere, cum conditio extiterit, quam Ulp. ponit *lib.ſign.reg.tit.de legatis*. Et conſequenter pertinet etiam ad regulam Catonianam, ut quæ legata ab initio non valent, non convaleſcant ex poſtfacto: quæ locum tantum habet in legatis quorum dies cedit a morte teſtatoris, non conditionalibus legatis, *l.cetera*, §.1.*de leg*.1. neque enim ad alias, quam ad alias regulas juris referri poteſt, quod ait initio hujus l. purum eſſe legatum, quod ita relinquitur, *heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato*. Quod ſane purum eſt legatum, quia certum eſt Titium moriturum, atque ſtatim a morte teſtatoris legatum deberi incipit, *l.9.ut legat. nom. cav.* & quandoque mortuo Titio præſtandum eſt legatum heredi ejus, *l.4.quando dies leg.ced.* & deberi quidem incipit ſtatim, non tamen peti poteſt etiam ſtatim, quia etſi non conditione, mora tamen certi temporis legatum ſuſpenditur, quoad moriatur Titius: ne omne quod debetur ſtatim, & peti ſtatim poteſt, quia differtur ſæpe petitio ex cauſa, *d.l.9.* Conditio ſuſpendit obligationem & petitionem: mora ſuſpendit petitionem non obligationem: conditio tranſmiſſioni impedimento eſt, ne ſc. a legatario jus legati tranſeat ad heredem ejus: mora tranſmiſſioni impedimento non eſt: ac ſimiliter conditio delegationi impedimento eſt, ne ſc. jus legati poſſit cedi alteri, *l. legata ſub condit.hoc tit.* mora non obſtat delegationi, vel ceſſioni legati. Denique magna eſt differentia inter conditionem & moram, *l.1.ff.de leg.2.l. 6. quando dies leg.* At at ſequitur in §.1. ſi legatum ita relinquatur *heres meus quum morieris, Titio centum dato*, vel *Titio hoc vel illud facito*, conditionale legatum eſt, quia etſi heredem moriturum certum ſit, tamen non eſt certum, uter ſit prior moriturus, heres an Titius legatarius, quæ res ſuſpendit omnino cauſam legati. Si enim prior moriatur heres ſuperſtite legatario, verum eſt heredem heredis ſtatim teneri legatario. At ſi prior moriatur legatarius ſuperſtite herede, heredi legatarii, heres, a quo legatum relictum eſt, non tenetur, quia legatarius deceſſit antequam dies legati cederet, id eſt, ante mortem heredis, ante conditionem impletam: & ideo nihil legatarius tranſmiſit ad heredem ſuum, *l.1. §.dies, hoc tit.& d.l.4.quando dies leg. ced.l.12.§.ult.de leg.2.l.ult.C.de contr.ſtip.* Priore caſu, qui proponitur initio h. l. certum eſt, legatum debitum iri, atque adeo videtur etiam deberi ſtatim, quia quæ omnino extitura ſunt, pro præſentibus habentur, & videntur deberi ſtatim. Qua ratione & mors cuique dicitur eſſe præſens: omnis dies cuique eſſe ſupremus dies. Poſteriore caſu, certum non eſt legatum debitum iri, quia legatario heres ſupervivere poteſt, quo caſu inutile legatum efficitur: priore caſu dies eſt certus, poſteriore incertus, qui pro conditione habetur, *l. dies, hoc tit.* Quod ſequitur in hac l. in §.*qui poſt*, pertinet etiam ad legata conditionalia, non quidem ad ea, quæ relinquuntur ſub conditione dandi aut faciendi aliquid, ſed ad ea, quæ relinquuntur ſub conditione non faciendi, veluti, *Titio centum lego, ſi Stichum non manumiſerit*, quæ quidem plurimum ab illis diſtant. Neque enim illa, quæ relinquuntur ſub conditione dandi vel faciendi, ullo remedio

A capi aut peti poſſunt, antequam conditio fuerit impleta. Hæc autem quæ relinquuntur ſub conditione non faciendi, capi & peti poſſunt remedio ſtipulationis Mucianæ, quam C. Mucius excogitavit. Unde ſi legatarius eam offerat & caveat datis fidejuſſoribus ſe non facturum, quod ne faceret in conditionem legati deductum eſt, aut ſi ſecus fecerit, ſe rem legatam heredi redditurum cum fructibus medio tempore perceptis, hoc remedio ſtatim perveniet ad legatum, quamvis ſit conditionale, *l.7. & 18. hoc tit.* alioquin erit expectanda mors legatarii, quia antequam ea contigerit, non eſt certum non feciſſe eum, quod facere vetitus eſt, quia conditiones in non faciendo conceptæ, non poſſunt expleri, niſi morte legatarii, *l. Titio fundum, hoc tit.* Solet autem legatarius etiam cavere de fructibus reſtituendis, ut dixi ante, & oſten-
B ditur in *l.cum filius, de leg.2.* Sed & ſi in cautione omiſſa ſit mentio fructuum reſtituendorum, forte per oblivionem commiſſa ſtipulatione Muciana, hoc loco oſtendit in eam fructus rerum legatarum venire rupta cautionis fide: quod cautioni vulgo adjici ſolet pro adjecto habetur, ſi omiſſum ſit, non pro omiſſo, *l. ult. C. quæ res pign. l. ult. C. de fidejuſſ.* De cautione Muciana etiam eſt quod ſubjicit in §.*pen.* ſi ita legetur uſusfruct. quum morietur legatarius, purum quidem eſt legatum, ſed inutile, quia & conſtitutus uſusfruct. morte legatarii extinguitur, quia jus eſt perſonale, quod cum perſona extinguitur: & conſequenter perperam, & quaſi ridicule confertur in mortem, quod morte perimitur, *l.5. de uſufr. leg.* Sed ſi uſusfructus relinquatur ſub conditione non faciendi aliquid, conditionale eſt legatum, & valet, quia etſi ea
C conditio non expleatur niſi morte legatarii, quæ extinguit legatum, tamen legatarius ad legatum ſtatim pervenire poteſt præſtita cautione Muciana: remedio cautionis Mucianæ fiet utile legatum, quod alioqui eſſet inutile, quæ eſt ſententia §.*pen.* etiam referri poteſt ad cautionem Mucianam §.*ult.* ut intelligamus, ſi mulieri legatum relictum ſit ſub conditione, *ſi non nupſerit*, vel ſi viro relictum ſit ſub conditione, *ſi uxorem non duxerit*, legatarium poſſe pervenire ad legatum, etiam non præſtita cautione Muciana, quia l. Julia, quæ Miſcella appellatur, ea conditio viduitatis remittitur, quaſi publicæ utilitati repugnans, *l. hoc modo, hoc tit. l.2. §. tractari, ad Tertullian.* Itaque poſt mortem teſtatoris intra annum, ut definivit lex Julia, ille legatarius nuptias contrahere, & nihilominus non habita ratione conditionis adſcriptæ legato, legatum capere poteſt. Verum poſt annum ſi viduus aut vidua permanſerit in annum poſt mortem teſtatoris, poſt annum non aliter capere poteſt,
D quam ſi præſtiterit cautionem Mucianam ſe non nupturum, non ducturum uxorem, quod lex Julia cavit & probavit etiam Juſtin.in *Novella* 22. Et hoc quidem jus ſequimur non tantum ſi conditio viduitatis conferatur in perſonam legatarii nominatim, veluti, *lego Titio centum, ſi uxorem non duxerit*, ſed ſi ea conditio conferatur in perſonam patris, in cujus poteſtate legatarius eſt hoc modo, *lego Titio centum, ſi pater ejus uxorem nunquam duxerit*, vel ſi conferatur in perſonam filii, quem legatarius in poteſtate habet, ut *lego Titio centum, ſi filius ejus uxorem non duxerit*, vel, *ſi filia ejus non nupſerit*. Nam & hæ conditiones circumſcribuntur & remittuntur, quia ſcilic. ſunt adſcriptæ in fraudem l. Miſcellæ per ſimu-
E lationem legati relicti patri, quod relinquere voluit filio ſub ea conditione, vel contra, & inſpecta calliditate teſtatoris perinde eſt, atque ſi ei ſub ea conditione legaſſet nominatim, cui legatum & quæſitum voluit, & ideo intra annum poterit capere legatum, etiamſi pater vel filius, qui in conditione poſitus eſt, nuptias contraxerit. Ponit ſpeciem in patre, qui filium habet in poteſtate, & in filio, qui eſt in poteſtate patris: nam aliud eſt in emancipato vel extraneo quolibet, ut ſi ita legavero, *lego Titio centum, ſi Seja non nupſerit*. Hæc ſpecies legati nihil pertinet ad l. Juliam Miſcellam, nec aliter Titius perveniet ad legatum, quam ſi Seja vidua permanſerit, *l. mulieri, hoc tit.* Qui ita legavit nullam frau-

fraudem excogitavit adverſus l. Juliam Miſcellam.

Ad L. XXVIII. de Oblig. & act.

Actio in perſonam infertur, petitio in rem, perſecutio in rem, vel in perſonam, rei perſequendæ gratia. (*)

PRopoſiturus Papinianus regulas, quæ multæ ſunt de actionibus, ut in his libris regularum non eſſe inſolitum fieri oſtendi initio hujus libri, diviſit (*) actionem in *d.l.*28. in actionem, petitionem, perſecutionem. Actionem dixit inferri in perſonam rei perſequendæ gratia. Proprie ita accepit actionem & ſpecialiter: eſt enim actionis nomen generale & ſpeciale ut adoptionis & cognationis. Petitionem inferri in rem, quæ & petitoria actio dicitur, & inde nomen petitioni hereditatis; quia in rem actio eſt. Perſecutionem autem inferri in rem vel in perſonam. Ergo actione convenio perſonam, affirmans eam mihi dare aliquid aut facere oportere. Petitione convenio rem ipſam, aſſerens eam rem meam eſſe, quæ ab alio poſſidetur: perſecutione convenio vel rem vel perſonam. Et ut hæc quoque definitionibus explicemus. Actio eſt jus, quod ſibi debeatur rite & ex ordine in judicio perſequendi. Petitio eſt jus, quod ſuum eſt, id eſt, in dominio ſuo judicio rite perſequendi. Perſecutio, autem eſt jus quod ſuum, quodve ſibi debitum eſt extra ordinem judicio perſequendi. Nam perſecutio dicitur tantum de actionibus extraordinariis, *l.pecuniæ*, §.*actionis, de verb.ſign.* ut de perſecutione fideicommiſſi, quod ut Ulpian. ſcripſit in regulis, petitur cognitione & interventu ipſius magiſtratus, non apud judicem datum per formulam. In judiciis extraordinariis formulæ non obſervantur, id eſt, juris ordo, *l. actio, de neg.geſt.* ut item de perſecutione ſalarii, quod non petitur per formulam, ſed cognitione magiſtratus, *l.ſalarium ſup.mand.* Et ita hæc tria verba diſtinguenda ſunt in ſtipulatione de rato, *l.procurator, rem rat.hab.* Neminem petiturum, cui ea de re actio, petitio, perſecutio ſit: & in ſtipulatione Aquiliana, *l. & uno, de accept.* Quarumcunque rerum mihi tecum actio, quæque adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt: & in *l.*49.*de verb.ſign.* In bonis connumerari, quæ ſunt in actionibus, petitionib. perſecutionib. Et apud Cornif. 2. *ad Herenn. quæritur in translationibus*, inquit, *num aliquis ejus rei actionem, petitionem, executionem habeat*, nihil eſt mutandum. Nam perſecutio paſſim in jure executio appellatur. Quamvis autem hæ ſint definitiones actionis, petitionis, perſecutionis, admonendi tamen ſumus, eas facile confundi, commutari, vel communicari earum verbis latius acceptis. Nam & in definitione actionis verbum debendi complectitur etiam, quæ noſtra ſunt, ſi ab alio poſſideantur, lata ſignificatione, in *d.l.pecuniæ*, §.*debetur*: & in definitione petitionis ſuum recte quis dicit latiſſime, & quod ſibi debitum eſt, ut in *l. repetitio, de cond.indeb.* & ſæpe in illo tit. *quia ſuum recepit*, id eſt, ſibi debitum. Et definitio quoque perſecutionis accommodari poteſt ad omnia judicia, omneſque actiones, quoniam hodie omnia judicia ſunt extraordinaria, id eſt in nullis obſervantur formulæ, mores, rituſve judiciorum antiqui proditi jure civili, omnia judicia ſunt extraordinaria, §. *ult. Inſtitutionibus, de interdictis*: non quod ordinaria, ſolemnia, formularia ſint ſublata, ſi quis his uti malit, quibus plerumque uti conſultius eſſet, & neſcio an deſuetudo formularum plus auxerit, quam minuerit lites, ſed quod extraordinaria judicia magis frequententur omni ordine ſublato a judiciis, ſicut a ceteris negotiis: nam & a teſtamentis hodie exulat ordo juris, ut vere poſſis dicere omnia teſtamenta non jure facta eſſe, quia in omnibus deſunt ritus & ſolemnia juris, deeſt æs & libra.

(*) (*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 45.

Ad L. CXXIII. de Verb. oblig.

Si flagitii faciendi vel facti cauſa concepta ſit ſtipulatio, ab initio non valet.

IN hac lege melius eſt accipere verbum *flagitii* generaliter, ut regula congruat cum eo, quod generaliter definitur in *l. generaliter, eod. tit.* Generaliter novimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti. Et ait, *ab initio non valet*, id eſt, ſtatim non valet ipſo jure, etiamſi poſtea flagitium admiſſum non ſit: vel etiamſi admiſſi flagitii pœna legibus extincta ſit.

JACOBI CUJACII JC.
COMMENTARIUS
In Lib. II. Definitionum ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VII. D. de Juſtit. & jure.

Jus civile eſt, quod ex legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentium venit. §. 1. *Jus prætorium eſt, quod Prætores introduxerunt adjuvandi vel ſupplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam, quod & honorarium dicitur, ab honorem prætorum ſic nominatum.*

HÆC lex ſecundum editionem Florentinam eſt ex libro 2. definit. Papinian. quæ declarat quid ſit jus civile, & quid prætorium. At ſecundum vulgarem editionem, ſane ea *l.*7.*lib.*1.definition. vindicanda eſt, quod equidem verum eſſe arbitror. Nam & ceteræ fere omnes *ll.hujus tit.* ſunt ex aliorum auctorum vel *lib.*1.*Inſtit.* vel *lib.*1.*regul.* vel *lib.*1.*juris Epitomarum*. Ergo & hanc veriſimile eſt fuiſſe ex lib. 1. definitionum. Præterea ut Papin. *lib.* 1. expoſuit ante omnia, quid eſſet lex, ita veriſimile eſt: quod præſtat lex 7. & eodem libro antequam juris regulas exequeretur, expoſuiſſe eum, quid eſſet jus civile, quid prætorium. Sunt enim hæ definitiones præparatoria quædam ad regulas. Et credo etiam Ulpian. regulas juris inchoaſſe a partibus juris civilis, quas complectitur definitio propoſita in hac *l.*7. Eſt enim definitio confecta per partitionem. At ita veriſimile eſt Papin. libros ſuos definitionum & regularum inchoaſſe non tantum a definitione legis, ſed etiam juris civilis atque juris prætorii, nec ejus rei explicationem rejeciſſe in *lib.*2. Ait autem Ulpian. initio regularum, jus civile, quod & poſititium appellatur ex pluribus partibus conſtat, ſcil. legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, conſtitutionibus Imperatorum & ſimiliter jure honorario, inquit, quod eſt edictum prætoris, vel proconſulis, id eſt, edictum urbanum, vel provinciale, & ex reſponſis juriſperitorum. Et his partibus explicatis, ait Ulpian. ſe ad ſtudia juris regulas exequi velle, & ita priuſquam regulas juris exequeretur Papin. quæ ſumuntur ex variis partibus juris, vel civilis, vel prætorii, expoſuit nobis, quid eſſet jus civile per partitionem his verbis, *jus civile eſt, quod ex legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, &c.* Verum Ulpian. ſupr. d. loco in partibus juris numerat etiam edicta magiſtratuum, quæ tamen hic Papin. conficiens definitionem juris civilis per partitionem omittit. Partem etiam juris civilis Ulp. facit edicta magiſtratuum in *Inſtit.* ex quibus eſt §.*ſcriptum, Inſt. de jure nat. gent. & civ.* Et Cicero in Topicis, ubi etiam per partitionem definit jus civile. Ac ſolus ipſe etiam partibus juris civilis adnumerat res judicatas, & morem, & æquitatem, quas tamen omiſit omnes Papin. in hac definitione, quamvis & eam conficeret per partitionem, quod vitioſum eſſe merito quis dixerit, niſi cur eas partes Papin. omiſerit oſtendatur. Et facilis hu-

jus

jus rei absolutio erit, ſi dicamus a Papin. definiri ſcriptum tantum & merum ſive legitimum jus civile, ſcriptum jus civile. Nam ut in *d. §. ſcriptum*, cum propoſuiſſet ante ex Ulpian. Inſtit. jus civile conſtare ex ſcripto, & ſine ſcripto: mox ſubjicit definitionem juris ſcripti. Ita cum eadem diviſio juris civilis ante propoſita fuiſſet ex eodem Ulpiano in l. 6. conſequens erat, ſtatim & primum tradi definitionem juris ſcripti, quod & poſititium ſive poſitivum dicitur. Jus non ſcriptum, cujus partes ſunt mos, æquitas, rerum judicatarum conſtantia, eſt jus *ἀνομαθετικὸν*, non poſitivum. Merum autem jus civile, quod legitimum dicitur, *l. ſed cum patronus, §. bonorum, de bon. poſſ. l. ult. §. ult. de bon. poſſ. cont. tab.* a Papin. definiri, etiam ſubjecta juris prætorii definitio demonſtrat in hæc l. quid enim evidentius, quam voluiſſe Papin. jus civile ſeparare a jure prætorio? Et ideo jus prætorium ſive edicta magiſtratuum, quod idem eſt, non inſeruit definitioni juris civilis confectæ ex partibus, cui definitioni juris civilis inſerit jus prætorium, miſcet jus utrumque, miſcet quæ ſeparat Papin. Neque enim definit Papinian. jus civile univerſum, cujus pars eſt etiam prætorium, & jus quoque civile nonnunquam dicitur, ut in illo loco Ciceron. pro Cæc. *quod denique ad jus civile*, &c. loquentis de prætoriis edictis, & jus prætorium, quod manat ex edicto, vel interdicto prætoris, quod & *ὁμιλία* dicitur a Theop. in *tit. de interd. viva vox eſſe juris civilis* in l. *ſeq.* Ciceroni *lex loquens*, & jus prætorium jus civile ſubſequi in *l. ſcio, de teſtib. l. 1. §. ult. de capt. & poſt. l. 39. de noxal. act.* Et jus prætorium ad legem æſtimari apud Varronem de *ling. Lat.* & Prætorem Tullius in *ll.* juris civilis cuſtodem eſſe, qui idem pari ratione definitioni juris civilis, cum admiſcet res judicatas & morem & æquitatem, non jus tantum ſcriptum definit, ut Papin. ſed univerſum jus civile ſive ſcriptum, ſive non. Non ſcripti juris civilis pars eſt mos & conſuetudo, quæ tacito & illiterato populi conſenſu & quaſi conventu obtinuit: non ſcripti etiam juris pars eſt æquitas, quæ ſcripti juris interpretatio eſt, & moderatio & emendatio, ut Ariſtoteles ait, *ἐπανόρθωμα*, id eſt, quod deeſt jure civili, quod litteris non potuit comprehendi. Æquitas denique juris ſcripti interpretatio, moderatio, emendatio eſt, poſita in arbitrio boni viri, periti bene judicandi, ut in re dubia pro ratione temporis, loci, cauſarum, perſonarum, æquitatem ſequatur potius, quam jus ſcriptum: ea æquitas neque in totum ſcripta eſt, neque in totum ſcribi poteſt: eſt enim infinita regula æquitatis. Non ſcripti juris civilis pars etiam ſunt res judicatæ, id eſt, res quaſi tritura quadam fori & uſu jamdiu recepto ſemper eodem modo in ſimilibus cauſis judicari ſolitæ, juxta id quod dicitur in *l. nam Imperator, D. de ll. in ambiguitatib. quæ ex legibus proficiſcuntur, rerum perpetuo judicatarum ſimiliter auctoritatem, vim legis obtinere*: obſerva quod ait, *perpetuo & ſimiliter*: nam ut Tullius ait lib. 1. de invent. *ſolitarii alicujus aut rari judicati nullum momentum eſt*: nec a judicato ſimpliciter argumentum valet, ſed a ſæpius judicato, vel a perpetuo judicato, *l. 1. §. hoc autem, inf. ad Syllan.* Et *ſimiliter* ait, *non varie*, ut *l. nonnunquam, ad Trebell.* nam ex vario judicato jus vel argumentum certum conſtitui, aut duci non poteſt. Judicatum autem perpetuo & ſimiliter, judicatum quod numero & tempore valet, partem facit juris non ſcripti, in his cauſis, in quibus jus ſcriptum deficit, eaque pars dicitur mos judiciorum ſæpiſſime, & jus judiciorum, *l. 3. C. de dotis promiſſ.* & mos legum *l. 32. C. de tranſaction.* Alius eſt mos majorum ſive jus populi: alius mos judiciorum & legum. Non ſcripti etiam juris civilis nemo negat partem eſſe jus gentium, quod & naturale dicitur, & morum etiam appellatione continetur, ut in *l. 8. & in l. ſororis, de rit. nupt.* nec libertinam matrem, vel ſororem uxorem duci poſſe, quia hoc jus, inquit, moribus, quod eſt jure gentium, non legibus introductum, quia, ut ait in *l. adoptivus, §. 1. eod. tit.* in nuptiis contrahendis jus naturale inſpicitur, quod eſt jus gentium, pudor naturalis, non merum jus civile, non jus legitimum. Et ſimiliter in *d. l. ſororis*, ſi quis eam duxerit, quam moribus prohibemur uxorem ducere, inceſtum committere jure gentium; quo fit perſpicuum morum appellatione ſignificari jus gentium, & univerſi juris jus gentium pars dici poteſt. Et inde M. Tullius 3. de offic. *quod jus gentium eſt*, inquit, *& jus civile eſſe debet*. Et alibi in Partitionibus *legis eſſe propria etiam ea, quæ ſine litteris, aut gentium jure, aut majorum more retinentur*. Verum non partes juris non ſcripti, ſed partes juris ſcripti tantum hac definitione Papin. complecti voluit. Noluit etiam, ut diximus, confundere jus prætorium cum jure civili, quamvis idipſum, quod prætorium eſt, civile ſit, non quidem ſpecialiter, ſed generaliter. Specie n. plurimum inter ſe differunt jus civile & prætorium. Et jus quidem prætorium ita definivit, *quod prætores* ſcil. urbani & peregrini, *introduxerunt adjuvandi, ſupplendi, corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*, quæ mater eſt juris civilis, quæ non contenta juſto fœtu ſuſcepit alium, qui primum fœtum adjuvaret, suppleret, corrigeret. Tres ſunt virtutes juris prætorii, adjuvare jus civile, ſupplere, corrigere. Definitio juris civilis eſt a partium, definitio juris prætorii, ab effectorum enumeratione. Adjuvat autem jus civile prætor, cum id ſubſequitur, cum id tuetur, atque confirmat; ut cum ſuis heredibus, vel agnatis ab inteſtato dat bonorum poſſeſſionem unde liberi & unde legitimi, & cum heredibus inſtitutis jure perfecto teſtamento dat bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. & aliis pleriſque modis, §. 1. *Inſtit. de bon. poſſeſſ. l. ſed cum patrono, D. eod. tit. legum*, inquit, *tuendarum cauſa prætor dat bonorum poſſeſſionem*. Supplet autem jus civile, cum quod ei deeſt quodve legibus omiſſum eſt, quantum poteſt aliqua ex parte implet: ut cum feminas, quas in ſucceſſione inteſtati lex Voconia excludit jure graduque agnatorum, nec vocat inter cognatos, ſaltem prætor vocat data bonorum poſſeſſione unde cognati: qua de re §. *media, Inſtit. de legit. agnat. ſucceſ.* primum ait, Prætorem corrigere aſperitatem juris civilis; deinde propriore verbo uſus, non corrigere, ſed quod deerat implere. Et ſimiliter *l. quia actionum, de præſcr. verb.* ait, actiones legibus proditas, actiones civiles; ſi lex juſta ac neceſſaria ſit, prætorem ſupplere in eo quod legi deeſt, datis actionibus utilibus, actionibus in factum, exigente æquitate & utilitate rerum, legi accommodatis. Supplet item quodammodo jus civile, cum agnatus, vel gentilis, qui legitimus eſt curator furioſi aut mente capti, ad eam rem inhabilis eſt, quaſi deficiente curatore legitimo, deficiente jure civili, alii permiſſa bonorum furioſi adminiſtratione, *l. ſæpe, de curat. furioſ.* Corrigit autem jus civile, cum id palam oppugnat & emendat, ut cum poſtumum alienum, id eſt, qui ſuus heres teſtatori futurus non eſt, heredem inſtitutum, quem jus civile repellit, quaſi incertam perſonam, *§. poſtumus, Inſtit. de legat.* prætor ad bona teſtatoris vocat, data bonorum poſſeſſione ſecundum tabul. *§. 1. Inſtit. de bonor. poſſ. l. poſtumus, de inoffic. teſtam. l. 3. de bon. poſſeſſ. ſec. tab. l. 1. §. ſi filius in adoptionem, & l. ſi extraneo, de vent. in poſſ. mitt.* Item cum liberos capite deminutos, quos jus civile proculdubio repellit ab hereditate parentum, prætor reſciſſa capitis deminutione vocat ad bonorum poſſeſſionem contra tab. *l. ultim. unde lib. d. l. ſed cum patronus, §. pen. l. 3. §. ſi emancipatus, de bon. poſſ. cont. tab. l. ſi aliquis, C. Theod. de bon. poſſ.* Item cum liberto teſtato, vel ab inteſtato relinquente ſuum heredem non naturalem, puta, filium adoptivum, quo caſu jus civile omnimodo patronum excludit a liberti bonis, prætor patronum vocat in ſemiſſem, data bonorum poſſeſſione contra tab. vel contra ſuum heredem non naturalem. His modis prætor corrigit jus civile propalam. Denique hæ ſunt vires, hæc effecta juris prætorii. Quod ſubjicit Papin. etiam jus honorarium nominari in honorem prætorum, ut & in Inſt. ait Theophil. *εἰς τιμὴν ἀρχόντων*, qui & ipſi honorati ſunt atque dicuntur apud Ovid. *Verbaque honoratus libera prætor habet*. Quare etiam bonorum poſſeſſores dicuntur etiam honorarii

ſuc-

fucceffores. Addi velim ad ea, quæ fuperius dixi de correctione juris civilis, locum, quem omifi, in quo id proponitur, prætores fcil. jus emendare in §. 1. *Inft. de fucceſ. libert.* ubi ait, ea in re iniquitatem juris civilis prætorem emendaffe.

Ad L. Pen. de ufufr. accrefc.

Cum fingulis ab heredibus fingulis ejufdem rei fructus legatur, fructuarii feparati videntur, non minus quam fi æquis portionibus duobus ejufdem rei fructus legatus fuiffet, unde fit, ut inter eos jus adcrefcendi non fit.

HÆc l. pertinet ad id, quod generaliter definitur ex auctoritate & fententia Celfi in *l.3. h.tit.* Inter eos quibus ejufdem rei ufusfructu.legatus eft, toties effe jus adcrefcendi, quoties ab initio finguli folidum habent, concurfu partes faciunt, non fi ab initio fingulis legatariis partes adfcribantur aut adfcriptæ intelligantur, id eft, inter eos effe jus adcrefcendi, fi utroque concurrente & agnofcente legatum ufumfruct. inter fe partiantur, non etiam fi ab initio ipfe teftator inter eos ufumfruct. partiatur adfcriptis partibus. Et jus adcrefcendi eft jus obtinendi totius ufusfructus, quem quis non repudiavit, collegatarius ejus repudiavit, vel amifit. Et ex hac definitione Celfi intelligimus, inter re conjunctos effe jus adcrefcendi, ut fi ita legavit: *Primo & Secundo fundi illius ufumfr. do lego*, vel ita, *Primo fundi illius ufumfructum do lego, Secundo fundi ejufdem ufumfr. do lego*, §. *fi eadem res, Inftit. de legat.* Priore exemplo Primus & Secundus etiam verbis conjuncti funt, pofteriore exemplo verbis funt disjuncti & feparati. Utroque re conjuncti funt, quia ab initio fingulis pro indivifo fundi folidus ufusfructus relictus videtur. Denique judicio teftatoris indivifus eft ufusfructus, nec dividetur nifi concurrat uterque & amplecti legatum velit. Ex eadem definitione intelligimus, inter disjunctos re non effe jus adcrefcendi, etiamfi verbis forte conjuncti fint, ut fi ita legaverit, *Primo & Secundo fundi illius ufumfruct. æquis portionibus do lego*, non funt re conjuncti, quia ab initio finguli partes habent, non folidum: & ideo, nec inter Primum & Secundum hoc cafu verfatur jus adcrefcendi, fed repudiante primo ufumfructum portio ejus recurrit ad proprietatem, non etiam adcrefcit alteri portioni ufusfructus. Quod in hac *l. pen.* demonftrant hæc verba; *fi æquis portionibus duobus ejufdem rei fructus legatus fuiffet*: & feparatos eos effe nec inter eos verfari jus adcrefcendi. Ergo inter verbis tantum conjunctos, non etiam re, non eft jus adcrefcendi. Hoc eft veriffimum, cum hac exceptione tamen, nifi appareat aliud fenfiffe teftatorem, puta, partes defignaffe potius, quas facerent concurfu, quam ipfum feciffe, ut in fpecie *l.16.§.ult.de leg.1.* Cum legavit mihi & poftumis ex virilibus portionibus, adfcriptis portionibus, nullo nato poftumo totum legatum vindicabo jure adcrefcendi. Atqui non fuimus re conjuncti, quum fingulis fint adfcriptæ partes viriles? Refpondeo teftatorem non tam adfcripfiffe partes viriles, ut nos fepararet, quam ut demonftraret, pluribus poftumis natis non unam mihi partem, & poftumis alteram fe dare velle, fed fingulis viriles, ut in *l.7.& 8.de reb. dub.* Alioqui nuda verborum nominumve conjunctio jus adcrefcendi non parit, quoniam plerumque non tam conjunxiffe teftator, quam celerius dixiffe videtur, *l.66. de hered. inft.* cum fcilicet re legatarios disjunxit, id eft, cum adfcripfit eis partes ab initio nominatim. Et idem eft fi intelligatur ab initio partes adfcripfiffe, ut & hic Papinianus oftendit in hac fpecie, fi duobus heredibus inftitutis Titio & Mævio, a Titio teftator ufumfructum legaverit primo, & a Mævio ejufdem fundi ufumfructum fecundo, quia hoc cafu intelligitur teftator fingulis legatariis partes ab initio reliquiffe, quas fcil. finguli heredes pro portionibus hereditariis fingulis legatariis præftare tenentur, quia ut fubjicitur in *l. ultim.* cum alius legatarius ab alio herede ufumfructum vindicat, id eft, quia finguli legatarii vindicant partes ab heredibus fingulis, quæ fingulis relictæ videntur, non folidum, & ideo inter eos quafi re disjunctos jus adcrefcendi non verfatur in *l. ultim. cum* pro, *quia*, ut in Bafilicis. Nihil igitur intereft Primo & Secundo conjuncta oratione legetur ufusfructus fundi æquis portionibus adfcriptis, an vero fingulis legetur a fingulis heredibus, quoniam hi & illi re disjuncti funt, & non concurfu partes faciunt, fed habent eas ftatim ab initio ex judicio teftatoris. Et ideo non eft inter eos ab initio jus accrefcendi.

Ad L. LIX. de Cond. indeb.

Si fidejuffor jure liberatus, folverit errore pecuniam, repetenti non oberit, fi vero reus promittendi per errorem, & ipfe poftea pecuniam folverit, non repetet: cum prior folutio, quæ fuit irrita, naturale vinculum non diffolvit, nec civile fi reus promittendi tenebatur.

PErtinet hæc lex ad regulam illam, vulgo jactatam, *errore & imprudentia foluti repetitionem effe, confulto foluti donationem, non repetitionem effe, l. 53. de reg. jur. l. 1. hoc tit.* errore, inquam, facti, qui folventi indebitum non obeft: error juris obeft, *l. cum quis, C. de jur. & fac. ignor. l. error, C. ad l. Falcid.* Nec enim errorem cum dicunt fimpliciter juris auctores, alium quam errorem facti intelligunt. Et eft plane importunus, qui *d. l. 53.* fcripfit effe accipiendam de errore juris, relatam ad actionem Fabianam, ad quam etiam fane proprie pertinet. Sed non aptanda eft ad eam actionem Fabianam eo modo, quo eam ille aptavit ex *lege 5. fi quid in fraud. patr.* fed hoc modo, ut fi libertus errore folverit indebitam pecuniam, repetitio liberto competat per condictionem indebiti, non patrono per actionem Fabianam, quia qui erravit, noluit fraudare patronum, fed fi confulto folverit, quia donaffe videtur in fraudem patroni, actio Fabiana, quæ folutum revocet, patrono competet. Sicut in *l. 6. eod. tit.* dicitur eandem actionem patrono competere, fi libertus confulto fciens prudenfque filiofamil. pecuniam crediderit contra fenatufconf. Maced. in fraudem patroni, quia donaffe intelligitur filiofamil. fcientem credere, donare eft, perdere eft, ut ait *l. 4. §. Julianus, ad Maced. & l. filiusfam. de donat.* Hoc cognito, finge; qui fidejufferat pro reo promittendi, folus ipfe jure liberatus eft, non etiam reus promittendi, reus promittendi manfit obligatus. Quod evenit fi fidejuffor cum creditore pacifcatur, ne a fe pecunia petatur, quia pactum fidejufforis reo non prodeft, *l. fidejufforis, de pact.* fidejuffori prodeft non quidem, ut jure civili liberetur, quia pacto non poteft tolli civilis obligatio, fed ut liberetur jure prætorio per exceptionem pacti conventi. Idem etiam evenit, fi fidejuffor tempore liberatus fit, ut puta, cum fidejuffiffet in diem certum tantum, ut in *l. fidejuffor, §. ultim. D. mand.* Nam & hoc cafu reus omni jure obligatus manet, fidejuffor jure prætorio liberatur per exceptionem pacti conventi, vel doli mali, *l. oblig. §. 1. verfic. placet, de obligation. & action.* Et ita in hac lege hæc verba accipienda funt, *fi fidejuffor jure liberatus*, id eft, jure prætorio, ut *l.3. §. 1. de conftit. pec.* per exceptionem pacti, vel doli, non jure civili. Nam liberato fidejuffore jure civili, & reus omnino liberatur. Fac vero fidejufforem tutum exceptione pacti conventi, vel doli mali, per errorem creditori fuo nomine pecuniam folviffe, pacti non reminifcentem, folutione hujufmodi videtur tam fe, quam reum promittendi liberaffe omni obligatione, & civili & naturali: folutione tollitur omnis obligatio, id eft, & naturalis & civilis. Et quamvis pactione fidejufforis reus non liberetur, folutione tamen liberatur; fane folutione vera, cum & folutione imaginaria, veluti acceptilatione fidejufforis etiam reus liberetur & tota folvatur obligatio, *l. 13. §. etiam fi fidejuffori, de accept.* Quid tamen dicimus in fpecie propofita fi fidejuffor per errorem folvit ignarus exceptionis pacti, vel heres fidejufforis

foris

foris qua se tueri poterat, & solutum condicat quasi natura indebitum, quod potest, *l. cum is*, §. 1. *hoc tit.* potest, inquam, condicere, quia exceptio pacti, vel doli, quam habuit, dat repetitioni locum: pacto enim etsi non tollatur civilis obligatio, tollitur tamen naturalis, *l. Stichum* §. *naturalis*, *de solut. l. qui exceptione*, §. *ultim.* conjuncta *l. si non sortem*, §. *libertus*, *hoc tit.* Solutione autem fidejussoris irrita facta per condictionem indebiti, ex eventu apparet, nec retro ullo modo fuisse liberatum reum promittendi, qui fidejussore paciscente, & civili & naturali jure mansit obligatus, fidejussor jure civili tantum, *l. qui hominem*, §. *ult. de solut.* Itaque post solutionem a fidejussore factam per errorem, si hujus solutionis ignarus reus promittendi per errorem creditori solverit eandem pecuniam, condictio quidem indebiti fidejussori dabitur, quia natura non debuit: reo promittendi, non dabitur ut definit Papin. hoc loco, quia reus promittendi, quod solvit, & naturaliter, & civiliter debuit, nec solutione fidejussoris, quæ ad irritum redacta est, sublata est naturalis vel civilis obligatio, qua reus promittendi tenebatur obstrictus: prior, inquam, solutio, id est, solutio fidejussoris, quæ fuit irrita facta per condictionem indebiti, naturale vinculum non dissolvit, quo reus promittendi tenebatur ex stipulatione. Vinculum naturale & civile dixit, significans obligationem, quæ etiam definitur esse juris vinculum. Verum si definitioni addatur, quod additur in Institutionibus, *juris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicujus rei solvendæ*, obligatio civilis definitur, non naturalis, quoniam naturalis sola necessitate solvendi non adstringit. Denique definitur tantum ea obligatio, quæ parit actionem, quæque proprie est obligatio. Nam ut eleganter ait *l. in vendentis*, *C. de contr. empt.* nulla est obligatio, quæ necessitate non adstringit contrahentem. Et ex hoc loco non male Baldus colligit ex stipulatione, qua scilicet reus promittendi tenebatur nasci vinculum naturale, obligationem naturalem, quod & Accursius probat in *l. 1.* §. *penult. de pactis*: quia stipulatio etiam consensum habet, & ex consensu interponitur, ut ait *l. 5. de transact.* Et ut solus consensus etiam nudus sive pactio nuda parit actionem, aut obligationem naturalem, & sicuti dicitur quis ex stipulatione juri civili teneri, non ex eo sequitur & jure naturali eum non teneri. Sicut in *l. solvere*, *de solut.* cum dicitur jure civili constitutum esse, ut liceat etiam ignorantis invitique conditionem meliorem facere: an ideo inferes, non idem esse constitutum jure naturali? minime. Nam & ita scriptum est in *l. solvendo*, *de negot. gest.* & naturalem & civilem rationem suadere, ut & ignorantis & inviti melior conditio fieri possit, ut si quis solvat pro alio invito & ignorante, quod is revera debet. Quod autem dicitur in *l. indebitam*, *hoc tit.* fidejussorem, qui intercessit pro eo, qui nec civiliter, nec naturaliter obligatus erat, quem fidejussionis causa constat nullo modo teneri, quia nulla subest obligatio principalis, si tamen is fidejussor suo nomine solverit per errorem, habere condictionem indebiti, quia inquit, jure gentium, id est, natura indebitum solvit? ex eo non sequitur ex nulla stipulatione nasci obligationem naturalem, quoniam nascitur sane ex utili stipulatione: sed ex eo tantum colligitur, ex ea duntaxat stipulatione, nec naturalem obligationem nasci, nec civilem, quæ adhibetur accessionis loco, nulla existente principali obligatione. Et ita verissimum est, quod Accursius & Azo existimavit, etiam ex utili obligatione naturalem obligationem nasci, quod & lex hæc aperte demonstrat.

Ad L. VI. ff. Quando ex facto tut.

Tutor interposito decreto prætoris actionem reliquit, secundum eum sententia dicta, judicati transfertur ad pupillum actio, non minus quam si tutor obtinuisset.

Certum est, tutore vel curatore adversa valetudine vel senio ætatis, vel alia necessitate & justa causa A impedito, quo minus presto adesse pupillo, & omnia negotia ejus, quæ late diffusa sunt, administrare possit, si nec sit in promptu, ut pupillus tutore auctore sibi procuratorem faciat, vel quia pupillus abest educatus peregre apud matrem, vel, quia nondum fari potest, id est, quia minor est septennio, tum a tutore, vel curatore suo periculo interveniente decreto prætoris, vel præsidis, actorem exigi posse, vel adjutorem, qui sibi suppetias ferat in administrandis negotiis pupilli: actorem ad litem agendam. Et inde nomen, ut indicat *l. liberto* §. *pen. de neg. gest.* dum ait, matrem non habere jus filio suo constituendi actoris litium causa suo periculo, quod solus tutor habet; mater autem non potest esse tutor. Ergo nec actorem dare filio impuB beri litium causa, quia nec ipsa filii nomine recte agit. Nec enim verum est, quod Theoph. scribit in §. *ultim. Inst. de curat.* actorem dici, quod apud acta constituatur, sub gestorum publicorum testificatione, alioqui & procurator sive defensor constitutus apud acta, juxta *l. unic. C. de satisd.* actor dici possit, quod nemo dixerit. Actorem igitur ad litem agendam: adjutorem vero ad cetera negotia pupilli administranda, ut in *l. solet de tutel.* Tutor ex sua persona ante litem contestatam procuratorem dare non potest, qui agat nomine pupilli; quia non est dominus litis, *l. neque*, *C. de procurat.* actorem vero interposito decreto prætoris dare potest suo periculo. Duo exiguntur, ut decretum interponatur prætoris, actorem constitutum, & electum a tutore approbantis; & ut tutor in se recipiat omne periculum C ejus, quod is actor gesserit, administrarit, egerit, *l. decreto*, *de administrat. tut. l. 10. C. eod. l. 10. qui tut. dare*, *l. 1. C. de actor. a tut. vel curat. dando*. Et quemadmodum tutore agente pupilli nomine, & secundum eum dicta sententia, certum est, actionem judicati pupillo dari, cujus nomine egit: ita hoc loco Papinian. ostendit, secundum actorem a tutore relictum, qui alia negotia procurabat, dicta sententia, actionem judicati transferri ad pupillum, actionem competere pupillo. Unde & consequens est, & damnato actore actionem judicati in pupillum, non in actorem dari, ut executio judicati fiat in pupilli bonis, ad quem ea res pertinet, non in bonis actoris, sicut & in tutore servatur, ne suum officium ei damnosum sit: Regula hæc erat: quotiens tutor ipse judicium accipit, vel dictat pupilli nomine, non pupillus tutore auctore D forte propter absentiam vel infantiam pupilli, actionem judicati dari pupillo & in pupillum, *l. 2. de administ. tut. l. 4.* §. *tutor*, *de re judic.* & *l. seq. l. 1. C. eod. tit.* Et regulam esse satis demonstrat *d. l. 2.* dum ait, id multis rescriptis fuisse declaratum, actionem judicati cum tutor egit pupilli nomine, dandam esse pupillo & in pupillum. Ex multis & crebris rescriptis & constitutionibus fiunt regulæ juris. Et ita quod dicitur sæpe constitutum in *l. nuda*, *C. de contrah. stip.* ex pacto nudo actionem non nasci, id appellatur regula juris in *l. jurisgentium*, §. *ut puta de pact.* Et hanc regulam quidem, quam proposuit Papin. hoc loco, extendit etiam ad actorem decreto prætoris & tutoris periculo constitutum, ut perinde atque si tutor egisset, actio judicati detur pupillo & in pupillum.

E

Ad L. XXII. de Manumissionibus.

Nepos ex filio, voluntate avi; ut filius voluntate patris, potest manumittere, sed manumissus patris vel avi libertus est.

In hac lege ostenditur, servum patris vel avi, vel servum peculiarem a filiofamil. vel a nepote ex filio, consentiente patre vel avo vindicta apud prætorem manumitti posse. Quod & *lib. 1. Reg.* Modestinus scripsit in *l. si consentiente*, *hoc tit.* hoc addito, ut valeat manumissio ob patris consensum seu jussum, etiamsi filius fuerit minor 25. annis, nec causam manumissionis probaverit consilio prætoris vel præsidis: Hoc item addito, quod & hic Papinianus ait, manumissum libertum patris vel nepo-

nepotis : nimirum, quia pater ipse eum manumisisse intel- A ligitur, *l.matrimonii, sup.de rit.nupt.l.si quis, §.1.qui, & a quibus manum*. Regula juris hæc erat: *servum vindicta manumitti per alium non posse*. Quæ regula adeo vera est, ut nec uxor per maritum, nec mater per filium vindicta servum suum manumittere possit, quia ea manumissio est actus legitimus, & nullus actus legitimus expletur per alium. Et hoc in manumissione ita definitur in *l.pen. de manumiss.vind.* Paulus 1.Sent.tit.20. *filiusfamil.* inquit, *jussu, patris manumittere potest : matris vero, non potest* : nec pater per filium emancipatum, nec item pater per filiamfam.quasi muliere non idonea ad exequendum actum legitimum, & multo minus avus per nepotem ex filia, quia eum non habet in potestate : hoc tantum datum est patri vel avo. Et hæc tantum exceptio ad superiorem regulam addenda est: ut pater per filiumfam. avus per nepotem ex filio quem habet in potestate servum manu- B mittere possit, quia vinculum potestatis facit, ut unus homo intelligatur esse pater & filius, avus & nepos, & filii vox intelligatur esse vox patris, vox nepotis, vox avi, *§.ei vero, & §.post mortem, Inst.de inut.stipul.* vox filii dicitur esse vox patris, ratione potestatis, quæ unam personam constituit ex duabus, sicut manumissio, quæ ex una duas personas facit, ut ait *l.si Pamphilo, de opt. legat.* Erat igitur hac in re differentia inter filiumf. & filiamf. Nam per filiamfamil. pater non poterat manumittere: per filiumfam. poterat, quæ tamen differentia tollitur a Justiniano in *l.1.§.ultim.C.comm. de manumiss.* Nam & per filiam pater quocunque modo servum manumittere potest. Erant etiam jure veteri, multæ aliæ differentiæ inter filium & filiam: filia furiosi vel capti ab hostibus suo arbitrio cuicunque nubere poterat : fi- C lius non poterat uxorem ducere sine permissu Principis. Ad quam differentiam pertinet *l.8.sup.de pact.dotal.* sed & hæc tollitur a Justiniano in *l.si furiosi, C.de nupt.* Item filius trina mancipatione exibat potestate patris: filia una mancipatione tantum, *l.verum, §.ult.de injust. rupt. testam.* quæ etiam differentia, cum solemnibus mancipationum exolevit. Item filii non filiæ præteritio nullum faciebat testamentum patris : filius nominatim erat exheredandus, filia non item, sed & inter ceteros exheredari poterat his verbis, *ceteræ exheredes sunto*: filia sub omni conditione heres institui poterat : filius sub ea tantum conditione, quæ esset in ejus potestate, non quæ penderet ex casu, *l.suus, l.sed etsi, de hered.instit.l.1.§.sciendum, de suis & legitim. heredib.* Et hæc qui- D dem postrema differentia non invenitur esse sublata. Ceteræ sublatæ sunt, ut Instit. docent in *tit.de exher.lib. & l.pen.& ult.C.de liber.præt.*

Ad L. XXXVI. de Statuliberis.

In tabulis secundis filio servum data libertate substitutum jure statuliberi prudentes munierunt, quod utilitas recepit: scilicet ut cum sua causa alienaretur, ne patris testamentum puer filius rescindat. Quæ juris auctoritas, citra delectum ordinis, ad secundum quoque vel tertium substitutum porrecta est.

IN hac lege proponitur hæc definitio & auctoritas Ju- E risprudentium, servum a patre filio impuberi cum libertate substitutum in secundis tabul. statuliberi causam obtinere. Ea substitutio vocatur substitutio pupillaris, quæ fit in secundum casum hoc modo, *si filius impubes decesserit, Stichus liber & heres esto*, & dicitur etiam testamentum pupillare, & hoc loco *testamentum patris*, quod scilicet pater non sibi, sed filio fecit, *l. Papin. §. sed nec, de inoffic.testam.* Hanc autem definitionem ait Papinianus utilitatem rerum extorsisse, quia ipso jure statuliberi causam non nanciscitur, non obtinet servus, antequam adita sit hereditas ex testamento, in quo libertas ei directo relicta est in diem, vel sub conditione, *l.2.§.1. & l.statuliberum, §. ult. hoc tit.* Qua ratione etiam hoc loco Dorotheus utitur. Nondum autem adita est, imo nondum adiri potest hereditas ex testamento pupillari pupillo vivo. Ergo interim servus ei substitutus cum libertate, jure statuliber non censetur, sed exigente utilitate pupilli prudentibus placuit, eum haberi pro statulibero post aditam hereditatem patris, etiam ante aditam hereditatem pupilli ex testamento pupillari, in quo libertas relicta est. Et confirmatur hæc juris auctoritas sive definitio *l.2. §.sed si in tabul. & §. ult. hoc tit. l.ult. §.ult. de vulg. substit. l. pater filio, de her. instit.* Utilitatis causa hæc est, ne a pupillo forte alienato servo, antequam casus substitutionis existat, infringatur spes libertatis, si non haberetur pro statulibero, sicut & revera non est statuliber, atque ita testamentum pupillare evanescat, quod pupillo esset inutile: & id tamen alienatio servi efficeret, id est, infringeret spem libertatis, rescinderet testamentum pupillare nisi haberetur pro statulibero, id est, nisi intelligeretur ei implicitus esse casus libertatis, ut ait *l. ult. si ex nox. caus. agat.* etiam ante hereditatem aditam pupilli ex substitutione pupillari. Qualitas statuliberi sive statulibertatis est immutabilis & inseparabilis, ac servum, cui adhæret, perpetuo sequitur, sive alienetur, sive usucapiatur, sive manumittatur interim : alioquin si non haberetur pro statulibero venditus servus, maneret servus emptoris, nec posset ejus jussu adire hereditatem pupilli existente casu substitutionis, quia sine libertate compelli non potest. At verius est, eum pupillo cum libertate necessarium heredem fore, existente casu substitutionis, & alienationem sive venditionem recidere in irritum, quia cum sua causa alienatus esse censetur, id est, cum causa quasi statulibertatis. Et addit Papinianus, *ut & d.l. 2.§. ult. h.tit.* nihil referre, quo ordine vel gradu servus cum libertate filio impuberi substituatur primo an secundo, vel tertio, potest pater vel sibi, & filio impuberi facere plures gradus substitutionis, *l. potest, de vulg. subst.* & citra delectum ordinis vel gradus. Papin. ait initio propositæ juris auctoritati, id est, definitioni locum esse.

Ad Leg. XLV. de Adquir. vel amit. possess.

Licet neque servum, neque colonum ibi habeamus.

PErtinet hæc l. ad definitionem illam Proculejanorum vulgo receptam, ut ait *l.1. §.quod vulgo, de vi & vi arm.* Definitio hæc est, æstivorum & hibernorum saltuum possessionem nudo animo retineri, videlicet cum eos saltus, ubi pecus pasci solet æstate vel hieme, quos Græci vocant ἄλσεα, vel ἄλση, νομὰς, νομάδεια, & νέμεα, & posteriores νομὰς, cum scil. eos saltus certis temporibus anni relinquimus, nec eis insidemus corpore nostro vel alieno, veluti corpore servi vel coloni, atque ita cum eos omnimodo relinquimus, nemine nostrorum in eis relicto : corpore quidem eos non possidemus, sed non ideo amittimus possessionem. Nam ut ait Papinian. *licet neque servum, neque colonum ibi habeamus, eorum possessionem solo animo retinemus, ut l.3. §.saltus, hoc tit.* Paulus 5. Sent. *possessionem*, inquit, *nudo animo retinere possumus, sicut in saltibus æstivis & hibernis contingit* : idque etiam verum esse ostenditur in *l. sequen.* tametsi alius nobis absentibus clam eos saltus fuerit ingressus animo possidendi, quamdiu scilic. ab eo possessionem occupatam ignoramus. Nam, ut non potest nobis adquiri possessio nisi corpore & animo, *l.3. in princ. hoc tit.* ita nec tolli nobis, nisi in qua utrumque in contrarium actum sit, *l.8. h.tit.* repetita in *l.fere quibuscunque, de reg. jur.* Non potest tolli nobis possessio fundi, nisi corpore & animo inde digrediamur, nisi corpore discedamus possessione simul, & desinamus habere animum possidendi, quem utique animum non desinimus habere, quandiu ignoramus alium possessionem occupasse. Quum vero hoc rescimus, alium sc. possessionem rei nostræ occupasse, non possumus non despondere & deponere animum possidendi, *l. 25. §. ultim. h. tit.* si modo suspicemur repelli nos posse & excludi ab eo, qui incubat rei

nostræ,

nostræ, animus labascit suspicione, & perinde est, ac si nos ille repulisset vel expulisset: utroque genere deficit nobis & delinquit animus. Et ita in specie *l. 6. §. ult. & l. 1. hoc tit.* dominus fundi, qui ad nundinas abiit nemine in fundo relicto, si forte cum esset in itinere, quum reverteretur in fundum, aliquis clam occupaverit possessionem fundi: non desinit fundum possidere, cujus possessionem retinet, solo animo videlicet, antequam vel reversus repellatur, vel re cognita metuens repulsam, vel vim majorem, inducat animum in fundum non reverti: species est elegans, qui redeuntem repellit vi possidet, ut *l.1. §.sive autem, de vi, & vi arm.* qui domino nolente reverti metu repulsæ, & vis majoris, possessionem retinet, quam domino absente occupavit, clam possidet. Utroque genere vitiose, & tenetur interdictis, de vi, vel de clandestina possessione. Et placet etiam hac in re species *l. licet, C. eod.* si prædiorum tuorum possessionem desertam aliquandiu non coluisti, non animo quidem derelinquendi, sed metu, dum forte times periculum aliquod vel ab incursu hostium, vel a contagio grassantis morbi, & nemo eam possessionem occupavit, a quo suspiceris te posse repelli, non omisisti possessionem, sed animo retinuisti: *l. licet*, de prædiis loquitur, non de saltibus. Nam quod dicitur & definitur de saltibus æstivis vel hybernis, recte ait *d. l. 1. §. quod vulgo*, id dici exempli gratia: quoniam idem est in omnibus aliis prædiis, omnium prædiorum possessionem solo animo, sola mente, affectione, voluntate, ut nostri auctores varie loquuntur, proposito, cogitatione, opinione, & similiter Græci, ψυχῇ, λογισμῷ, διαθέσει, προαιρέσει. Denique omnium prædiorum possessionem solo animo retinemus, si ex eis non hoc animo, non hac mente recedamus, ut possessionem derelinquamus: Et recte quod ait *l.3. §.quod si servus, hoc tit.* nos possidere, donec aut nostra voluntate discessimus, aut vi dejecti sumus. Ex hac definitione intelligimus, corpore solo non amitti possessionem, nisi accedat etiam animus amittendi, quia nudo animo retineri potest, nudo etiam & solo animo amitti potest, *l.3. §. in amittenda, h.t.* ut si fundum, quem meo nomine possidebam, incipiam possidere alieno nomine, veluti quasi precario, sola destinatione animi possessionem, quæ mea erat amitto, & alium possessorem ministerio meo facio. Nam is possidet, cujus nomine possideo, *l.quod meo, h.t.* Et quod dicitur in *d. l.8.* & in *l.fere, de reg. jur.* possessionem, ut non adquiritur nisi corpore & animo, ita non amitti nisi corpore & animo: articulus *fere*, qui est supplendus etiam *l. 8.* quique eam regulam temperat, satis perspicue demonstrat, eam comparationem claudicare nonnihil. Nam corpore quidem non amittitur possessio sine animo. Ceterum & ex hac parte claudicat, solo animo amittitur sine corpore. Et rectissime Joannes, quem & Græci sequuntur interpretes: in amittenda possessione, si a corpore incipias, & animum requiri, si ab animo, solum animum sufficere. Et hoc maxime distat possessio a dominio: nam dominium solo animo non amittitur, sed certis præscriptisque modis jure gentium vel civili, veluti traditione, mancipatione, cessione in jure, *l.17. §.1. h.t. l.jus autem, de pact.* Jus agnationis, inquit, non posse pacto repudiari vel dicto, ut si agnatum meum dicam, me nolle esse mihi agnatum, non ideo desinit esse meus agnatus, sicut, inquit, si quod meum est, dicam nolle meum esse, non ideo desinit esse meum, propter voluntatem, facto opus est meo: nuda voluntas, nudumve pactum non sufficit, *l. traditionibus, C.de pact. l. quod nostrum, de reg. jur.* Varro 2. de re rustic. *quod alterius fuit, ut id fiat meum, necesse est, aliquid intercedere.*

Ad L. XLIX. de Adq. vel amit. poss.

Possessio quoque per servum, cujus usufruct. meus est ex re mea, vel operis servi acquiritur mihi, cum naturaliter a fructuario teneatur, & plurimum ex jure possessio mutuetur.

Prima definitio hæc est, per servum, in quo usumfr. habemus, non proprietatem, sed possessionem nobis adquiri ex duabus causis tantum, ex suis videlicet operis, quas habemus in fructu, & ex re nostra, ut in *§. non solum, Inst. per quas personas.* Nec huic definitioni obstat, quod fructuarius non possidet, sed proprietarius solus, *l. adquiritur, in fi. sup. tit. prox.* Et absurdum videtur, ut per servum possessio nobis adquiratur, quem non possidemus, *l.homo liber, in fi. eod. tit.* Et ut huic objectioni respondet. Papinian. superioris definitionis hanc esse rationem ait (duplicem rationem affert) quia fructuarius sane jus utendi fruendi, quod est jus incorporale quasi possidet, *l. ait prætor, §. 1. ex quibus causis maj. l. 3. §. ult. de vi, & vi arm.* Et servus quoque, non quidem civiliter, id est, animo domini, animo proprietarii, sed naturaliter possidere intelligitur, *l. naturaliter, in princ. h. t.* M. Tull. pro Cæcinna: *Cæcinnam prope usumfructum possidere non negas?* Ergo hominem, in quo usumfr. habet fructuarius, naturaliter possidere intelligitur, & proprietarius sive dominus per eum. Ac proinde non est absurdum, si dicamus & per servum fructuario adquiri possessionem, quia & eum possidet quodammodo. Ac propterea non est absurdum, ut adquiramus possessionem per eum, quem non possidemus. Filiumfa. non possidemus, & tamen per eum adquirimus possessionem, *l. 1. §. per eum, sup. hoc tit.* Præterea, & hæc est altera ratio, si servus ex iis duabus causis fructuario adquirit ea, quæ sunt juris, veluti dominium & obligationem & actionem, quod est certissimum: ergo & possessionem. Nam & possessio fructuarii, naturalis scilicet sive corporalis, plurimum ex jure mutuatur: magis quidem est facti quam juris, sed tamen & ex jure plurimum habet: nam & in pari causa fructarius potior est eo, qui ei controversiam facit, & interdicta possessoria ei dantur, si forte prohibeatur uti frui, *l. 3. §. unde vi, de vi, & vi arm.* Ac præterea jure suo fructuarius omne emolumentum rei percipit; & consequenter adquirit etiam per servum ex supra dictis causis. Ergo & in possessione fructuarii naturali est juris aliquid.

Ad §. I.

Secunda definitio hæc est; Per filium, aut servum nostrum peculium, quod ei concessimus non possideri civiliter, sed corporaliter tantum, & naturaliter, peculium non haberi non possideri: verba sunt de possessione civili, ut in stipulatione Aquiliana, sed teneri, quod verbum est naturalis possessionis. Cur vero peculium non possident civiliter, cum sit eis quasi proprium patrimonium voluntate patris vel domini, cum dicantur etiam domini servi peculiarii, id est, servi vicarii, & peculium omnino obtineant quasi domini? Rationem ostendit Papinianus, quia possessio civilis, non tantum corporis est, imo magis est juris, quia possidetur animo domini, & nullius juris, præterquam ex causa castrensi, vel quasi castrensi filiusfamil. vel servus obtinendi capax est, ne momento quidem temporis, quin id confestim adquirat patri vel domino, *l. quod dicitur, de verb. oblig. l. placet, de adq. hered.* Ergo fieri non potest, ut videatur filiusfam. vel servus peculium possidere civiliter, ut in *l. quod servus, hoc tit.* sed possidet naturaliter, & dominus per eum.

Ad §. Ultim.

Tertia & ultima definitio hæc est: Per liberam personam, id est, per procuratorem possessionem adquiri, etiam nobis ignorantibus, si eam apprehendat nostro nomine, quam definitionem *l. 1. & 8. C. eod. tit.* & Paulus 5. *Sentent. tit. 2.* ait, utilitatis ratione fuisse receptam, ne scilicet interim possessio vacet, ut fusius explicat *l. 1. §. per procuratorem, hoc tit.* & auctoritate prudentum fuisse receptam, *l. 41. tit. sequent.* Denique in ad-

adquirenda possessione per procuratorem, ab initio quidem voluntas nostra requiritur & animus, requiritur mandatum, ut rem emat, & traditam accipiat procurator. Alioquin nec possessio sine mandato adquireretur domino, *l. nisi ratum habenti*, *l. communis*, *hoc tit.* & Paulus, *sup. d. loco Senten.* Ab initio igitur mandatum nostrum requiritur & voluntas, *l. ea quæ sup. tit. prox.* Sed non requiritur etiam scientia, ut scil. postea sciamus traditam fuisse procuratori possessionem. Et hoc distat possessio ab usucapionis causa. Nam per procuratorem ignorans incipit quidem possidere, sed non etiam usucapere, si forte procuratori res tradita sit a non domino, non incipit usucapere, antequam scierit eam rem procuratori fuisse traditam, *d. l. 1. C. eod. tit. l. si emptam, tit. seq.* Distat etiam multum possessio ab obligatione. Possessio adquiritur per procuratorem: obligatio & actio non adquiritur per procuratorem, sed per eos tantum, qui sunt in nostra potestate. Nam per liberam personam, qualis est procurator, excepta causa mutui & pignoris traditi, aut contracti in causa mutui, *l. solutum, §. per liberam, de pign. act. l. per procurat. sup. de procur. l. 1. C. per quas pers. nobis adquir.* Denique obligationes & actiones nobis non adquiruntur per procuratorem, sed mandati judicio quæsitas actiones nobis cedere & præstare tenentur. Itaque si rem procurator emerit, & traditam acceperit, statim possessionem domino adquirit, actionem evictionis nomine, si forte res evincatur ab alio contra venditorem domino non adquirit, sed mandati judicio eam cedere compellitur. Dominus eam obligationem vel actionem non adquirit ipso jure, sed mandati actione adquirere potest: quæ est sententia *§. ult. hujus l.*

Ad L. XI. de divers. & temp. præscr.

Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem juris est, cum de longa possessione quæritur, neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur.

DEfinitio, quæ proponitur in hac l. est etiam de possessione, & extat in *l. pen. C. de adquir. poss.* Vitium possessionis a defuncto contractum heredem sequi. Vitia possessionis tria sunt, vi possidere, clam possidere, precario possidere, quoniam his tribus modis mala fide possidemus, ut ait Donatus Homerus grammaticorum. Hæc vitia, si cœperint a defuncto, heredem comitantur. Succedit enim in universum jus defuncti, quod est non in commoda tantum, sed & in incommoda: non in virtutes tantum, sed & in vitia: neque in bonam fidem tantum, sed & in malam: & ut bona fides defuncti prodest ad usucapionem, vel longam possessionem, quamvis heres sciat rem alienam esse, continuatio usucapionis non impeditur heredis scientia, *l. heres ejus, de usurp. & usucap.* ita vero mala fides defuncti heredi nocet, quamvis ignoret rem alienam esse: *heres*, inquit Papin. *ignoratione sua defuncti vitia non excludit.* Papinian. noster nunquam dixit ignorantiam, sed ignorationem semper. Et subjicit exemplum, *veluti cum sciens alienum illum illo vel precario possedit*, ubi quæso quid est, *illum illo*, aut quid portendit potius? vel illum, illo, vel ut scriptum est in Florent. quibus nulli sunt vetustiores, nulli castigatiores, & sicubi incastigati, ita tamen scripti, ut castigatæ lectioni inveniendæ occasionem præbeant. Divinum est munus editio hæc Pandectarum. Nam levat nos magna parte quæstionum & dubitationum illatarum frustra ab interpretibus; earum denique beneficio jus nostrum mirum in modum illustratum est: In illis vero atque etiam in omnibus manuscriptis, hoc loco ita scriptum est *veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit*, manifesto mendo, quod equidem creatum opinor ex notis juris male explanatis, quibus hæc significabantur, *cum sciens alienum vel vi vel precario possedit*; & ita est legendum. Sensus autem hic est, vitium defuncti, qui rem alienam, vel vi, vel clam, vel precario possedit, heredem sequi & afficere. Dubitari poterat, an huic definitioni locus esset, cum defunctus rem alienam precario possederat. Ratio dubitandi hæc erat, quia precarium non transit in heredem, sicut nec societas, nec mandatum: precarium, sive precaria possessio non transit in heredem, id est, quod defunctus possedit precario, heres etiam non possidet precario: precarium non transit in heredem ejus, qui precario rogavit & possedit, quia ei duntaxat non etiam heredi ejus concessa est precaria possessio, *l. cum precario, §. ult. sup. de precar.* Et ideo nec heres ejus ex sua persona tenetur interdicto de precario, ut rem restituat, ex persona defuncti tenetur ad restituendum, si rem habeat, aut dolo fecerit, quo minus haberet, vel ad se perveniret, *l. quæsitum, §. ult. de precar. l. 2. C. eod.* Ex sua autem persona non tenetur interdicto de precario, quia precarium ad eum non transit, sed finitur morte ejus, qui precarium rogavit. Verum si heres sciens pergat eam rem sibi possidere, tenetur interdicto de clandestina possessione, de quo in *l. 7. §. Julianus, comm. divid.* quia clam possidet non precario, tenetur etiam rei vindicatione. Et eleganter Paulus 5. *Sent. tit. de interd. heres*, inquit, *ejus, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri possidere*: nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ, *& ideo*, inquit, *persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est*: interdicto scil. de precario. Et hoc est quod ait Papinian. hoc loco, precarium heredem ignorantem non tenere, nec interdicto de precario recte conveniri. *Ignorantem ait*, non quod idem non sit in sciente: nam & scientem precarium non tenet, sed quia de herede ignorante est quæstio, an ei scientia defuncti noceat, quo minus rem usucapere possit. Et quamvis heres eam rem precario non possideat, sicut defunctus, sed forte pro herede, ignorans esse rem alienam, existimans hereditariam esse, quamvis eam possideat bona fide, tamen non potest eam usucapere, quia nec defunctus potuit eam usucapere, quam precario possidebat, *l. ult. C. commun. de usucap.* Precaria quidem possessio in heredem non transit, sed vitium & mala fides defuncti in heredem transit, & ideo non potest eam rem usucapere, quamvis ignoret eam alienam esse. Et subjicit Papin. huic definitioni locum esse non tantum cum de usucapione, sed & cum de possessione longi temporis, quæritur, id est, 10. inter præsentes, & 20. annorum inter absentes, quæ olim in provinciis locum habuit, & non minus quam usucapio, quæ erat anni vel biennii tantum, bonam fidem possessoris exigebat, & exigit etiam hodie. Nam & in causa longæ possessionis mala fides defuncti ignoranti heredi nocet, nec recte defenditur heres præscriptione longi temporis, cum exordium, inquit, quod cœpit a defuncto bona fide non tuetur: nam in initio & ad usucapionem & ad longam possessionem bonam fidem intercedere oportet. Hæc definitio est tantum de herede, qui successor est juris; & porrigi potest etiam ad bonorum possessorem: nam & hic successor est juris universi: non est, inquam, hæc definitio, nisi de successore juris universi: nam idem non est in successore rei: veluti in emptore, hic enim si bona fide emerit, nec utatur accessione temporis ex persona venditoris, ei mala fides venditoris non nocet, quia ad vicem ejus propius non accedit, sicut heres, nec in universum jus universasque qualitates ejus successit, *l. an vitium, hoc tit. l. apud Celsum, §. de auctoris, de doli except. l. 1. C. de præscripr. longi temp.* Alius est successor juris. Alius successor rei, *l. quædam, §. is autem, sup. de edendo; l. 9. de exception. l. 15. C. de donat. §. legatariis, Institut. de testam.* Successor juris est successor vitiorum defuncti, non successor rei.

Ad

Ad L. CXXIV, de verborum obligationib.

Insulam intra biennium illo loco ædificari spondes? Ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non ædificaverit, & tantum residui temporis sit, quo ædificium extrui non possit: neque enim stipulationis status, cujus dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur, idque & in stipulatione judicio sistendi causa facta placuit, scilicet ut ante diem stipulatio non committatur, si certum esse cœperit parere stipulationi residuo tempore non posse.

HÆc lex pertinet ad regulam *l.186.de reg.jur.* quæ talis est: cum certum tempus, certusve dies obligationi additur, nisi eo tempore vel die præterito agi non posse. Quam & Ulpianus retulit *lib.1.regul.* in *l.cedere, de verb.significat.* his verbis: *ubi quis in diem certam stipulatus est, statim quidem cedere diem, sed nondum venire*, id est, statim deberi, statim nasci obligationem; & ex præsenti tempore vires accipere, sed stipulationem non committi, & ex ea agi non posse, antequam dies venerit, atque etiam præterierit, *§.omnis, Instit.de verbor.obligat.* Qua de causa, qui ante diem agit, non dicitur nihil agere, quia ei debetur, quod petit: sed dicitur male agere, quia plus petit tempore, sicut & qui plus petit quantitate, male agere dicitur, *l.4. de compensat.* Et similiter, qui tempore plus petit, *l.1.§.ult.quan.dies usufr. leg.cedat*: male agit, quia incidit in periculum plus petitionis: qui nihil agit, ab omni periculo securus est. Porro huic regulæ hoc loco Papin. ostendit locum esse, etiamsi antequam dies venerit, certum esse cœperit, non posse expleri, quod in stipulationem deductum est. Fac me stipulatum domum ædificari certo loco intra biennium, an ex stipulatu agere possum ante finem biennii, cum ex biennio superest mensis duntaxat, intra quem certissimum est domum ædificari non posse, an statim, atque id certum esse cœperit, possum agere ex stipulatu? Minime: *status*, inquit, *stipulationis, cujus dies certus in exordio fuit, ex post facto mutari non potest*, tota stipulatio fuit collata in biennium completum: ergo biennii finis expectandus est, quia nec ante verum est, intra biennium ædificium extructum non esse, quam totum biennium exierit & effluxerit: statum stipulatonis dici pro natura, conditione, qualitate stipulationis, ut *l.9.§.pen.tit.seq.l.17.de condict.furt.* Idemque est in stipulatione judicio sisti, si exempli gratia eum, qui Romæ est, stipuler Lugduni in judicio sisti intra Calen. Majas: Nam etsi 4. Calen. Majas is nondum pedem Roma extulerit, ut plane certum sit; eum intra triduum Lugdunum venire non posse, & sese judicio sistere, tamen ex stipulatione nondum agi potest, antequam Calendæ Majæ venerint & præterierint, quia tota obligatio fuit collata in Calendas Majas, *l.eum, §.1.sup.si quis caution.* Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat *l.14.hoc tit.* quia & stipulatio, quæ in ea l. proponitur ita concepta simpliciter, domum ædificari, non committitur, antequam tempus præterierit, intra quod domus ædificari potuit vel debuit, quod quidem tempus ei stipulationi simpliciter conceptæ tacite inesse intelligitur, *l.73.h.t.l.quotiens, de oper.libert.& d.l.186.* Utrobique igitur non committitur stipulatio antequam is dies præterierit, intra quem domus ædificari potuit vel debuit, etiamsi jam ante constiterit domum ædificari non posse residuo tempore, quod superest. Itaque congruit *l.14.* cum hac *l.* Magis tamen videtur obstare, *l.72.§.ult.hoc tit.* quæ ait, eandem stipulationem domum ædificari committi etiam, antequam tantum temporis præterierit, quanto domus ædificari potuit: Nempe statim atque interpellatus promissor, ut inchoaret ædificium, moram fecit. Pugnat *d.l.72.§.ult.cum d.l.14.* & fuit in ea dissentio inter juris auctores, ut ostendi in *d.l.14.* rejecta distinctione Joannis, quam tamen postea quidam asserere conati sunt ineptissime. At non pugnat *d.l.72. §.ult.* cum sententia hac Papin. quia Papin. loquitur de stipulatione, cui ab initio nominatim dies additus est, is dies omnino est expectandus, antequam committatur stipulatio, vel agatur ex stipulatu. Illa *l.72. §.ult.* loquitur de stipulatione, domum ædificari, cui dies additus non est: nec mutat, quod tacite inest, quia in jure non est eadem ratio taciti, & expressi, nisi perraro.

Ad L. XXVIII. de Novationibus.

Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est postea stipulor, si non novandi animo secunda stipulatio facta sit, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur: itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur: nec si litem actor ex prima contestetur, deinde meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petito recte consideretur, in altera vero ea æstimatio venit, quæ secundæ stipulationis tempore fuit.

HÆc l. pertinet ad id, quod definitur in *l.3. §. in hac, commod. & l.vinum, de reb. cred. & l.ult. de condict. trit. & l. hominem 37. mand.* In actione stricti judicii, tempus litis contestatæ spectari, cum quæritur quanti ea res sit qua de agitur, qua in re actio stricti judicii plurimum distat ab actione bonæ fidei. Nam in actione bonæ fidei plerumque æstimatio respicit tempus rei judicatæ, ad quod etiam formula ejus actionis refertur, *d. §. in hac*. Et species hujus legis hæc est: stipulatus sum mihi dari fundum Cornelianum; postea ex intervallo ab eodem stipulatus sum mihi dari quanti fundus idem est .i. æstimationem fundi, non novandi animo, sed ut utrumque mihi daretur, fundus & pecunia. Pecuniam vocat hoc loco Papinian. verum fundi pretium. Nam ut his verbis, *quanti ea res est*, modo verum pretium significatur, modo id, quod interest, aut pœna, ut ostendi in *l.2. rem ratam habere 11. respons.* ita etiam pecuniæ verbo modo significatur verum & justum rei pretium, ut hoc loco: modo id, quod interest, vel pæna certa, ut *l. stipulationes, de verb. oblig. l.si quis ab alio, §. ult. de re jud.* Titus Livius lib. 3. *sisti reum pecuniamque, nisi sistatur, pro populo promitti*. Igitur in specie proposita duæ obligationes, duæ stipulationes sunt. Una fundi, altera æstimationis: ideoque soluto fundo, altera stipulatio jure non tollitur, id est, neque ipso jure tollitur, quia nec in ejus stipulationis causam fundus solutus est, neque per exceptionem pacti conventi, vel doli mali, quia id actum non est, ut ex posteriore stipulatione non ageretur: *jure*, Basilica interpretantur ἰδίῳ δικαίῳ, ut in *l.ubicunque, de fidejussor.* Ac similiter lite contestata ex priori stipulatione, id est, fundo petito altera stipulatio non perimitur, & ex utraque agi potest, quia cessat novatio. Hoc tantum interest, quod est præcipuum in hac lege, inter effectum prioris & posterioris stipulationis, quod ex priore, si agatur condictione triticaria ad æstimationem scilicet, puta, ut si non fundus, qui stipulatione continetur, saltem fundi æstimatio præstetur, tum præstari debet officio judicis, non quanti fundus fuit tempore interpositæ stipulationis, sed quanti est cum petitur .i. tempore litis contestatæ ut in *d.§.in hac, d.l.vinum. d.l.ult. de condict. trit. d.l. hominem*, quæ omnes ll. etiam sunt accipiendæ de condictione triticaria ex stipulationis causa, qua persequimur rei æstimationem deductæ in obligationem. Et hæc definitio ita procedit, nisi aliud convenerit. Nam si de tempore convenerit, id sane potius spectabitur, id est, si convenerit, cujus temporis æstimationem præstari oporteret, ut mox declarabitur, quum tractabimus de posteriori stipulatione. Item nisi dictum sit, quo tempore fundus daretur. Nam id tempus spectare oportet in æstimando fundo, quo dari debuit *d.l.vinum, & d.l.ult.* Unde est sumenda ratio *l.cum quis, de oblig.& action.* ut ad Africanum demonstratum

A est *lib.*3.nam ea *l. cum quis* est Africani. Alioqui si dictum non sit, quo tempore fundus daretur, tempus litis contestatæ spectatur secundum superiorem definitionem: sive ut ait, post stipulationem primam, melior sive deterior factus sit fundus sine culpa promissoris. Nam si culpa vel mora promissoris intervenerit, æstimatio fundi reducitur ad tempus, quo culpa debitoris nondum interveniente, fundus nondum erat deterior, non ad tempus culpæ vel moræ debitoris, quo pluris fuit fundus, ut in *l.pen. in fin.de condict. tritic.* Nam & mora culpa est, *l. si servum*, §. *sequitur*, *de verb. oblig.* Et ob id solet a me ita definiri mora, culpa debitoris, non respondentis ad interpellationem creditoris. Et hæc de prima stipulatione. Nunc dicamus de secunda, aut de effectu secundæ stipulationis. Si agatur de secunda stipulatione ita concepta, *quanti fundus est*, dari præstari debet quanti fuit B fundus, tempore interpositæ stipulationis, non tempore litis contestatæ, quia illa verba, *quanti fundus est*, præsentis temporis, id est, temporis contractus demonstrationem habent, *l.scribit*, §.*item scribit*, *de aur.& arg. leg.* Proinde quasi ex conventione ejus temporis æstimatio debetur, non ejus temporis, quo lis contestata est, pretium cujusque rei pro tempore est. Itaque multum interest scire, cujus temporis æstimationem servari oporteat: Et in prima quidem stipulatione servatur tempus litis contestatæ: in secunda tempus contractus, quæ est sententia hujus l. cui tamen in eo, quod ait, ex prima stipulatione, tanti fundum æstimari, quanti fuit tempore litis contestatæ, quod & homine petito servari ostendit *d. l. hominem*, & vino petito *d. l. vinum*, & frumento, vel oleo petito, & ceteris rebus *d. l. ult. de con-* C *dict. tritic.* quæ omnino consentit cum *d. l. vinum*: in eo, inquam, & illis ll. & legi nostræ adversari videtur *l.pen. de cond. tritic.* Adversari igitur *l. pen. & l. ult.* adversari inter se ll.vicinæ & quasi conjunctæ. Qua in re dici non potest, quantopere jamdiu laborent Doctores nostri nec quicquam non animadvertentes, quod erat perspicuum satis in *l. ult.* quæ ut dixi omnino congruit cum *l.vinum*, debitorem non fuisse in mora vel culpa. Quod in hac l. aperte proponitur illo loco, *sine culpa debitoris*, atque etiam in *d. l. hominem*. Sed vini, exempli gratia, non existente copia, & debitore, qui vinum mutuum acceperat, parato solvere æstimationem, quam & creditor ipse petit condictione triticaria, de eo tantum quæri & litigari, cujus temporis æstimatio præstanda sit; utrum contractus habiti, an rei judicatæ, an litis contestatæ, D cum scil.non est dictum, quo tempore vinum redderetur. Et ajunt omnes litis contestatæ tempus spectari, vel litis contestatæ tempore spectari quanti vinum fuerit, & ejus temporis æstimationem creditori esse præstandam. At in specie *l. pen.* debitor fuit in mora, nec fuit paratus solvere hominem, qui petebatur condictione triticaria. Ideoque si post moram, si post litem contestatam ille homo factus sit pretiosior, tanti homo æstimatur, quanti fuit rei judicatæ tempore si vivat, vel si interim mortuus sit quanti fuit mortis tempore, quod tempus recte ait esse accipiendum ἐν πλάτει .i. tempus mortis non esse accipiendum pro momento moriendi, sed aliquanto latius, ne spectato novissimo tempore vitæ, novissimo spiritu, quandoque ad exiguum redigatur pretium servi, veluti si forte servus mortifere vulnera- E tus fuerit. Qua de causa id tempus potius spectatur, quo mortiferam plagam servus accepit, quo longe pluris erat, quam litis contestatæ tempore, quia post litem contestatam factus erat pretiosior. Et hæc de homine post moram pretiosiore facto. Quod si deterior factus sit post moram, ut si eluscatus sit, tunc subjicit *l.pen.* sive is homo vivat, sive non, æstimationem esse reducendam ad tempus moræ, quo pluris fuit, atque ita plectendam esse moram debitoris. Denique *l.pen.* tota est de facienda æstimatione post moram debitoris, *l.ult. l.vinum*, & similes sunt de æstimatione facienda ante moram debitoris, aut cum nulla intercedit mora debitoris. Quod & Stephanus Græcus interpres notat expresse ad *d. l. vinum*, A his verbis partim Græcis, partim Latinis: τῦ τοδὶ νόησον ἔνθα μὴ μορα παρὰ τῦ ῥέυ γενησεται, id est, *hoc autem, intellige, ubi moram reus non fecit*. Hoc etiam memini me exponere latius ad *d.l.hominem*, & *ad l.*50. *de verb. oblig.* Quod profligat omnes quæstiones, quæ frustra agitantur vulgo in *d.l.vinum*.

Ad L. XCVII. de solutionibus.

Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante, potior habetur causa ejus pecuniæ, quæ sub infamia debetur; mox ejus, quæ pœnam continet; tertio quæ sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fidejussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod ve- B *risimile videretur, diligentem debitorem admonitum, ita negotium suum gesturum fuisse, si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. Si major pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilominus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo, vel in totum, vel pro patre minuendo, videbitur datum.*

QUod proponitur in hac l. definitionem esse veterum ipsemet Papin.nominatim ait in *h.l.* Definitio autem est de debitore, qui cum eidem creditori deberet ex pluribus causis, ex pluribus nominibus, certam pecuniam solvit, nec dixit, in quam causam eam pecuniam solveret, nec item creditor dixit, in quam causam pecuniam acciperet. Potuit id debitor exprimere, & solu- C tioni dicere certam legem, vel debitore cessante potuit creditor statim in ipso negotio edicere, cui potius causæ sive debito eam pecuniam acceptam ferret. Qua tamen in re ita debet versari, atque versaretur ipse in suo debito solvendo: nec, verbi gratia, quod solvitur acceptum ferre debet debito, quod est in controversia: nec debito, quod pro alio fidejussit: nec debito, cujus dies nondum venit, *l.1.h.tit* ubi ex Basilicis jamdiu ostendi, omnino ita esse legendum, *non in id debitum, quod est in controversia*, id est, probe non faciet creditor; si quod solvitur, acceptum ferat in debitum, quod liquidum non est. Utroque vero cessante & debitore & creditore, utroque tacente, vel, ut Papin.ait, *cessante utriusque demonstratione causæ*, ita veteres definierunt, id videri solutum, quod ex causa famosa debeat, veluti furti, vel D mandati potius, quam quod debetur ex causa non famosa, ut *l.7.h.t.* Causa existimationis prima & summa causa est, tum post eam causam id, quod debetur sub pœna, solutum videtur potius, quam id quod debetur sine pœna, *l.4.hoc tit.* Tertio loco id, quod debetur sub pignore, quam quod debetur sine pignore. Quarto loco id, quod debet is, qui solvit principaliter suo nomine potius, quam quod debet fidejussorio nomine, *d. l.4.* Potior est causa, quæ durior est, & gravior, & quæ magis onerat debitorem, quaque absolvi eum quantocius maxime interest. Et inter duriores causas prima, & summa est causa famosa. Secunda causa pœnalis. Tertia causa hypothecaria. Quarta causa principalis & directa: prægravat enim me magis, quod meo nomine principaliter, quam quod alieno nomine debeo. Et quem ordi- E nem diligens debitor in admonendo creditore servare dicitur solvendo pecuniam, eundem servasse semper præsumitur; si neque debitor, neque creditor demonstrarit, in quam causam pecunia indistincte soluta solveretur, vel acciperetur. Quid autem fiet, si nulla interveniat causa durior, nullum nomen, quod contractum sit sub infamiæ periculo, vel sub pœna, vel sub pignoribus, vel alieno nomine puta fidejussorio. Denique quid si omnia nomina similia sint? Et recte ait, tunc solutum videri in vetustiorem causam, id est, in antiquius debitum, & quæ Græci dicunt γεγηρακότα χρέα; Galli, *plus anciens debtes*, ut in *l.* 5. *in princ.* & *l.* 24. & l. 89. §. *ult. hoc tit.* Et ad hanc definitionem respiciens Modestinus in *l.* 77. *hoc tit.* ait, in libertino nullum

esse

esse antiquius debitum debito operarum, quas promisit patrono, sine quibus non pervenisset ad libertatem: hæc est prima obligatio, quam manumissus contrahit; ergo antiquior: nam debita contracta in servitute manumissum jure civili non sequuntur, *l. servi, de obl. & act.* Quid rursus fiet, si major pecunia solvatur, quam debeatur ex singulis causis? Fac nullam esse causam, ex qua debeantur plusquam centum, & solvi centum & quinquaginta, non demonstrata causa, & ait centum imputari primo ordini, id est, causæ primæ, causæ famosæ, si ex ea centum debeantur: superfluum autem, id est 50. imputari secundo ordini, secundæ causæ, & sic deinceps secundum definitionem veterum, quæ est sententia hujus l. In ea in hoc fallitur tantum Acc. quod ponat ad hanc definitionem pertinere, *l. si in duab.* 104. *de reg. jur.* quæ longe alio respicit: nimirum ad causarum agendarum ordinem, non ad ordinem solvendarum pecuniarum: ordo causarum agendarum hic erat; ut causa de majore summa præponeretur minori, nisi si qua incideret causa existimationis, causa famosa, veluti de furto, aut de vi. Nam hæc extra ordinem agebatur, & inde appellatio extraordinarii rei in epist. Cælii, ad Cic. & de servando isto ordine in causis agendis etiam est lex quædam *lib.* 9. *C. l. pen. si pendent. app.*

Ad L.X. de Publicis judiciis.

Inter accusatorem & reum cognitione suscepta excusatio pro absente justis rationibus admittitur, ne per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur, vel de accusatoris absentis præsente reo calumnia pronuntietur.

IN hac l. proponitur ratio ejus definitionis, quæ statuit; post litem contestatam inter accusatorem & reum: si reus vel accusator absit, pro absente excusationem justis rationib. admitti. Quæ definitio SC. tribuitur in *l. pen.* §. *ult. h. t.* Justis, inquam, rationibus, ut ait hoc loco, quod est in *d.* §. *ult.* si justas & idoneas rationes absentiæ procurator habeat, quas judicibus allegare possit. Admissa autem excusatione absentis rei vel accusatoris differtur condemnatio: alioqui absens ex contumacia condemnari statim posset, quoniam litem contestatus est. Litis contestatio hoc loco significatur his verbis, *cognitione suscepta*: nec enim judex cognitionem suscepit antequam litem partes susceperint, quod fit per contestationem & narrationem negotii ex utraque parte: litem suscepit litigator, cognitionem vero judex statim atque lis suscepta est ex utraque parte, *l. pen. sup. de jurisdict.* ante litem contestatam absens condemnari non potest, *l.* 6. *C. de acc. l. absentem*, §. *adversus, de pœn.* At quia post litem contestatam absens condemnari potest, si per triduum, per singulos dies ter citatus, non respondeat, nec sui præsentiam faciat: ideo justæ excusationes absentiæ, quæ allegari possunt per procuratorem, *l. absens, sup. de procur.* admittuntur differendæ & cohibendæ condemnationis causa, si existat procurator vel amicus voluntarius, qui excuset absentem: quod in foro vocant *exonier*. Et hoc est, quod ait hoc loco, *ne per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur, vel de accusatoris absentis præsente reo calumnia pronuntietur*. Ideo admittitur excusatio absentiæ prolatis justis rationibus, ne ex calumnia damnetur reus absens, vel etiam ne accusator absens præsente reo calumnia damnetur, qui destitit a lite suscepta. Legendum est hoc loco, *ne per triduum*, ut & in Basil. ἵνα μή τὸ τε, &c. male in Florent. scriptum est, *nec per triduum*. Mos autem hic erat quem Glossæ non perceperunt, qui servabatur & in legibus promulgandis trinundino, aut in trinundinum, & in die dicenda reis æque in trinundinum, ut indicat Cic. oratione pro domo sua. Denique mos hic erat, ut absens reus, vel accusator post litem contestatam trinundino adesse juberetur, id est, singulis tribus nundinis, sive mercatibus solemnibus per singulas nundinas intermisso, ut fiebat, spatio dierum 9. & unaquaque vice ter repetito nomine absentis voce præconis, quæ vox legis dicitur, ut Julianus interpretatur in *Nov.* 69. vel a Demosthene pro Ctesiphonte, *vox patriæ communis*. Et hunc morem latius exposuit Observatio 20. Ne igitur hoc more non servato, vel absens reus damnetur, vel absens accusator, ut calumniator: ideo SC. cautum est, differendæ condemnationis causa, justas causas absentiæ si allegentur, admittendos esse suspensa condemnatione. Quæ est sententia hujus legis.

Ad L.XLI. ff. de Pœnis.

Sanctio legum, quæ novissime certam pœnam irrogat iis, qui præceptis legum non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege pœna specialiter addita est: nec ambigitur in cetero omni jure speciem generi derogare: nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis æstimationibus coerceri.

HÆc lex proponit evidenter regulam ejusmodi, quæ est in *tit. de regul. jur.* 80. In toto jure generi per speciem derogari, & illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. Et proponit hæc lex ad eam regulam exemplum tale. In extrema parte legum plerumque solet generaliter addi pœna certa, *si quis adversus ea fecerit sciens dolo malo, capital esto*, vel, *tot populo dare damnas esto*. Ultima clausula legum est pœna, quæ infligitur migrantibus a lege, sive non obtemperantibus præceptis legis; & ea pars ultima legum appellatur sanctio, & ab ea leges ipsæ sanctæ dicuntur, quasi sanctione subnixæ, *l. sacræ*, §. *proprie, de rer. divisione*. Tull, 2. de Invent. *Maxime conservandam eam legem esse, quæ diligentissima & sancta est*: & 3. ad Att. *vix ullam esse legem, quæ non ipsa se sepiat difficultate abrogationis*, id est, sanctione aliqua. Pertinet autem ea pars, sive sanctio, quæ generalis est ad omnia capita legis, & ad omnes species, quæ lege continentur, quibus similiter non est adscripta pœna certa & propria. Nam ad eas species, quibus pœna lege specialiter adscripta est, clausula illa, sive sanctio generalis non pertinet; pars sive pœna specialis derogat generali: ut in certo omni jure ait Papinianus receptum esse, speciem generi derogare & detrahere, quod multis exemplis demonstrari posset, petitis ex *l.* 10. *de manum. testam. l.* 9. *de suppell. leg. l.* 12. §. *ult. de instruc. & inst. leg.* & innumeris aliis locis. Ac præterea ait Papinianus non esse verisimile legem voluisse, idem crimen sive delictum coerceri duplici pœna: nimirum speciali & generali: unius criminis una lex est, una pœna, unum judicium. Qua de causa & Senatus censuit, ob unum crimen neminem posse pluribus legibus reum fieri, *l. Senatus, sup. de accusat.* Idque arbitror censuit tempore Titi Vespasiani. Nam ut Sueton. scribit, *Titus Imperator, ut delatores coerceret, vetuit inter cetera de eadem re pluribus legibus agi*: alioqui uni delicto duplex pœna infligeretur, quod iniquum est. Ideoque cum certo capite legis uni delicto addita est pœna specialis, pœna sanctione subscripta ad illud delictum non pertinet: quoniam est iniquum, unius delicti duplicem esse pœnam. Hoc loco addam definitionem Papin. ex hoc lib. 2. quæ non est quidem relata in D. sed quam nobis conservavit L. Rufinus in eo lib. quo contulit jus civile populi Romani cum lege Dei data per Mosem populo Judaico, & eam fuisse positam scribit *lib.* 2. *Definit. sub tit. de judic.* id est, *de condem.* Nam hi libri Definit. erant distincti titulis. Definitio hæc est: *per hominem liberum noxæ deditum, si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiduciæ judicio non tenetur*. Hæc est definitio Papinian. quæ loquitur quidem de libero homine noxæ dedito, sed idem servari in servo noxæ dedito ostendit aperte §. *dominus, Instit. de nox. act.* nempe servum noxæ deditum ei, cui noxam nocuit, id est, cui damnum dedit, manumitti auxilio prætoris, si quæsita pecu-

pecunia is servus novo domino, cui deditus est sarcierit & solverit damnum, id est, præstiterit damni æstimationem, manumitti eum oblata æstimatione damni, nec reverti ad priorem dominum, cujus dominio in perpetuum abscessit. Sicut si quis amiserit dominium rei suæ usucapione, ac deinde is, qui usucepit eam rem, habeat pro derelicto, sane dominium non revertetur ad priorem dominum, a quo discessit in perpetuum, sed adquiretur occupanti justo titulo, nempe pro derelicto. Et est valde suavis in quadam epist. noviter impressa M. Ant. Muretus qui ludit JC. & cum ea quæstio ei proposita fuisset de eo, qui rem usucepit, quam postea pro derelicto habet, magnifice respondit sibi videri æquum esse, ut ea res redeat ad priorem dominum. Ratio autem hujus definitionis a nobis propositæ hæc est, quod novus dominus, cui servus noxæ deditus est, magis voluerit sibi damnum sarciri, quam dedi servum, quodque servum in noxam acceperit, non tam sua sponte, quam coactus necessitate quadam noxalis judicii: qua ratione etiam Græci utuntur, ut dixi in specie *l. 8. de nox. act.* quod item judex in primis etiam damnum sarciri jusserit: ita enim solet judex pronuntiare noxali judicio, ut docent Inst. *Pub. Mævium* (qui est dominus servi conventus noxali actione) *propter delictum servi L. Titio* (qui est is cui damnum datum est a servo) *in decem aureos condemno, aut noxam dedere*. Præcedit æstimatio damni in x. aut xx. aut centum aureos, ut & præcedere ait *l. 6. sup. de re judic.* præcedit, inquit, æstimatio damni, & in condemnatione est: noxæ deditio sequitur: & in præstatione magis est, quam in condemnatione. Denique in condemnatione tantum est æstimatio damni. Quamobrem & noxæ dedito est integrum satisfacere judicato præstita æstimatione litis, & ita se ab eo liberare, cui noxæ deditus est, & ei invito interventu prætoris extorquere libertatem. Denique sub tit. *de jud.* docuit Pap. etiam libero homini noxæ dedito ob causam judicati, non facti post deditionem, integrum esse facere judicatum, & se liberare ab eo, cui deditus vel addictus est: noxæ dedi olim poterant etiam liberi homines, *l. 3. §. proinde, de lib. hom. exhib. §. ult. Inst. de nox. act.* quod & Paulus apud eundem L. Rufinum significat *lib. sing. de adult.* dum ait, *marito licere occidere deditum liberum hominem deprehensum in adulterio uxoris*: locus ille intelligitur de dedito libero homine, quia de servo & libertino jam sup. dixerat: proinde etiam liberi homines noxæ dedi poterant. Verum multum distabat noxæ deditio servi a noxæ deditione liberi hominis, quia servi deditio faciebat eum servum ejus, cui debebatur: at noxæ deditio liberum servum non faciebat. Imo nec pignoris aut fiduciæ vinculo nectebat liberum hominem. Nam ut Paulus ait, liber homo pignori vel fiduciæ dari non potest: perstringam paucis differentiam inter pignus & fiduciam. Pignus est pignus, quod transfert solam possessionem in creditorem: fiducia est pignus, quod transfert etiam dominium in creditorem sub lege remancipandi, post solutam omnem pecuniam, quod & Paulus ostendit in sent. & Isidor. in originibus suis. Noxæ igitur deditio non nectit liberum hominem jure pignoris aut fiduciæ. Qua de causa in superiori definitione Pap. ait, oblata æstimatione damni, eum, cui liber homo deditus est, non compelli hominem manumittere. Nam & manumitti dicitur deditus vel addictus, vel obæratus. Non omnis qui manumittitur, manumittitur ex servitute, sed vel ex nexu, vel ex deditione, vel ex addictione: non compelli, inquam, eum manumittere fiduciæ judicio oblata æstimatione litis, quia nulla fiducia contracta est, sed compelli extra ordinem per prætorem ipsum vel præsidem, non jure ordinario data actione & judice speciali.

Ad L. XVII. de Castr. pec.

Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, æs alienum intra modum ejus, & annum utilem jure prætorio solvere cogitur. Idem si testamento scriptus heres extiterit, perpetuo civiliter, ut heres convenietur. Pater a filio milite, vel qui militavit heres institutus, testamenti causam omisit, & castrense peculium possidet, legitimi heredis exemplo cogetur ad finem peculii perpetuo legata præstare. Quod si filius post annum, quam militare desierat, jure communi testamento facto vita decessit, ratione Falcidiæ retinebitur quarta: ceterum si testamenti causam pater omisit, cum peculium creditoribus solvendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamvis temporis incurrat compendium.

QUod attinet ad l.17. *de castr. pecul.* certissima juris definitio est, nec ullo modo, ut male tradit Acc. abrogata per Nov.18. Et definitio hæc est: filiifam. militis intestati defuncti, nullis liberis vel fratrib. superstitib. ut recte additur, & singulariter in *§. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* bona castrensia patri ejus superstiti deferri ut peculium, quod retro intelligitur fuisse in bonis patris, ut ait *l. pen. h. t.* Deferri, inquam, patri ut peculium, cujus retro fingitur dominium habuisse, non ut hereditatem: testati autem filiifamil. militis, patre herede instituto bona castrensia ex testamento patri deferri ut hereditatem. Hæc definitio proponitur multis in locis, *l. 1. & 2. & 9. & l. pen. h. t. l. 1. §. si is cui bona, de collat. bon. l. ult. ad Tertull. l. in eo, de adq. rer. dom.* Et ratio evidentissima hujus definitionis hæc est: quia jure antiquo, quod obtinuit ante constitutiones Principum, peculium castrense filiifam. non minus adquiritur patri, quam peculium paganum. Et novissime ex constitutionibus Principum, hoc privilegium militiæ datum est, ut de castrensi peculio possit filiusfam. miles statuere suo arbitrio, perinde atque si paterfamil. esset, quo privilegio quamdiu utitur filiusfam. nullum in eo peculio jus patri competit. Quamobrem si de castrensi pecul. testetur filiusfam. ut potest, vel in militia, jure militari, vel post missionem jure communi, si, inquam, filiusfam. testetur de castrensi peculio, atque ita suo jure utatur, & extraneum heredem instituat, pater in eo peculio nihil juris habet, vel si patrem ipsum heredem instituat, pater id occupat, & retinet, ut extraneus quilibet jure hereditario, non jure prætorio, non jure antiquo, non jure peculii: sin autem de eo peculio filiusfam. testamentum non faciat, & moriatur intestatus, quia suo jure usus non est, pater secundum jus antiquum postliminii cujusdam similitudine, ut ait *l. pen. h. t.* id peculium sibi vindicat, quasi sibi adquisitum: id peculium occupat jure suo, jure patriæ potestatis, jure peculii, non jure hereditario, quod est extraneum jus. Et hæc est sententia hujus definitionis. Porro ex hac definitione & differentia sequitur, quod proponit Papin. initio *h. legis*. Intestato mortuo filiofamil. patrem creditoribus filii teneri jure prætorio actione de peculio, non in solidum, sed intra modum peculii, sive quod idem est ad finem peculii, id est, eatenus quatenus peculium patitur: uno verbo, peculio tenus, & teneri creditoribus intra eum modum, & intra annum utilem tantum, ut in peculio pagano servari solet, *l. 1. quando de pecul. actio annal. sit*. Nam mortuo filiofamilias intestato peculium castrense eodem jure est quo paganum: testato autem filiofam. & patre herede instituto, patrem adita hereditate jure civili, non jure prætorio, creditoribus teneri in solidum, & perpetuo, non pro modo bonorum castrensium: & perpetuo, non intra annum, tamquam heredem filii scilicet: legatariis autem si filius a patre herede instituto legata reliquerit, patrem teneri, non in solidum, sed fini hereditatis, sive peculii castrensis, quod ad eum pervenit jure hereditario ex testamento filii, quia nec ex testamento militis legata debentur ultra vires hereditatis, legata debentur tantum ad finem hereditatis, deducto eo, quod creditoribus debetur, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* æs alienum debetur supra finem hereditatis, si adita sit ab herede scripto: legata nunquam debentur, nisi ad finem hereditatis, quod scilicet superest deducto ære alieno; verum pro quæstu hereditatis,

quod

quod ſupereſt deducto ære alieno pater legatariis tenetur perpetuo, quia actio legatorum, actio ex teſtamento perpetua actio eſt & civilis; ac præterea ex legatis pater non deducit quartam ratione legis Falcidiæ, quia in teſtamento militis Falcidia ceſſat, & legata debentur, ſi eis bona ſufficiant, *l.7.C.ad l.Falcid.* In teſtamento autem ejus, qui militia dimiſſus & ſacramento ſolutus eſt, id eſt, in teſtamento veterani, Falcidia locum habet, etiamſi vita deceſſerit intra annum miſſionis, *l.ad veterani, ad leg. Falcid.* In teſtamento, inquam, veterani, quod fecit poſt miſſionem jure communi. Nam in teſtamento, quod fecit in militia jure militari, ſi moriatur intra annum miſſionis, l. Falcidia non habet locum, quia intra annum teſtamentum valet jure militari, perinde atque ſi in militia diem ſuum objiſſet. Sed ſi poſt annum miſſionis moriatur, etiam in eo teſtamento, quod in militia fecit, l. Falcidia locum habet, ſi moriatur poſt annum miſſionis, *l.ſi poſt, & l.ſi miles, ad leg. Falcid. l.ſi certarum, §.ult. de milit.teſt.* Sciendum autem eſt, his omnibus, quæ diximus hactenus, locum eſſe non tantum, cum pater a filiofam. milite aut veterano heres inſtitutus hereditatem adivit ex teſtamento, ſed etiam cum omiſſa cauſa teſtamenti, id eſt, repudiata hereditate filii ex teſtamento, atque ita filiofam. inteſtato facto per repudiationem patris, bona caſtrenſia pater poſſidet jure peculii. Item ea quæ diximus, obtinent etiam hoc caſu, exemplo ſcilicet ejus, qui omiſſo teſtamento, in quo erat inſtitutus, bona poſſidet jure legitimo, & jure hereditario ab inteſtato, ex edicto, *ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam. d.l. ſi certarum, §.pen.* Pater filiofam. teſtamentarius heres eſſe poteſt: legitimus heres eſſe non poteſt ab inteſtato, ſed hoc caſu legitimi heredis exemplum ſequitur, ſi omiſſa cauſa teſtamenti retineat bona caſtrenſia jure peculii, perinde atque ſi ea retineret jure hereditario ab inteſtato. Et hoc igitur caſu perinde atque ſi adiiſſet hereditatem filii ex teſtamento, in eum legatorum actio datur perpetua, ut ait hoc loco, & comprobat *l. de libertatibus, §.1. ſi quis omiſ.cauſ.teſt.* ſed datur legatorum actio ad finem peculii tantum, id eſt, pro quantitate hereditatis quæ ſupereſt abſolutis creditoribus filii. Nec Falcidiæ locus eſt, ſi teſtamentum filiusfamil. fecerit jure militari, & in militia vita deceſſerit, vel intra annum miſſionis, honeſte, non ignominioſe; ſed ſi deceſſerit poſt annum miſſionis, vel ſi poſt miſſionem jure communi teſtamentum fecerit, licet intra annum vita deceſſerit, Falcidiæ locus eſt, quamvis pater omiſſo teſtamento bona poſſideat ut peculium, non ut hereditatem, quia pro eo habetur, ac ſi adiiſſet ex teſtamento, nec repudiaſſet teſtamentum ex ſuperiore edicto, *l. duo §. ult. ſi quis omiſſ. l. 1. §. ad eos, ſup. ad l. Falcid.* Et hoc eſt, quod ait Papinianus illo loco, *quod ſi filius poſt annum, quam militare deſierat, jure communi teſtamento facto vita deceſſit, &c.* In extremo hujus l. ponit Papinianus unum caſum, unam exceptionem, qua quidem pater inſtitutus a filiofam. milite, omiſſa cauſa teſtamenti, ſi bona filii caſtrenſia poſſideat jure peculii, legatorum nomine non tenetur. Caſus hic eſt: ſi pater ideo noluerit ex teſtamento adire hereditatem filii, quod ea hereditas, id eſt, peculium caſtrenſe creditoribus filii ſolvendo non eſſet, quia, qui ob eam cauſam repudiat teſtamentum, nihil dolo facit, ſed proſpicit ſibi tantum, ne implicetur æri alieno filii, & edictum ſi quis omiſſa cauſa occurrit tantum dolo, & calliditati heredum repudiantium teſtamentum in necem & fraudem legatariorum, *l. ſi quis omiſ.* Pater vero hoc caſu non repudiavit teſtamentum hoc animo, ut legatariis fraudem faceret, ſed ut fraudem a ſe depelleret, & onus æris alieni, quod facere poteſt impune, & citra metum illius edicti, *l.cum pater, §.Titio, in fin. de legat. 2. l. Papin. §. quarta, de inoff.teſt. l.4. de acq. hered. l.6. §. ſi patronus, ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* Sane pater incidiſſet in fraudem, ſi adiiſſet hereditatem ex teſtamento filii, quæ erat onerata ære alieno nimis, quia adeundo, creditoribus filii ſe obligaſſet in ſolidum, etiamſi hereditas non eſſet ſolvendo, quia ſemper intelligitur eſſe ſolvendo hereditas, quæ invenit heredem, qui adierit ex teſtamento, *l. libertus qui, de bon. libert.* Ergo & hoc caſu repudiato teſtamento non fraudandi alterius cauſa, ſed ne ipſe fraudaretur, ſane intercidunt legata, quia non adita hereditate ex teſtamento non debentur; & commodum temporis etiam acquirit pater, quia creditoribus filii, de peculio non tenetur perpetuo, ſed intra annum utilem tantum, ut propoſuit initio: Atque ita hoc caſu repudiato teſtamento, ut ait, temporis brevioris, quo conveniri poteſt a creditoribus, compendium incurrit. Et quamvis iſtius temporis compendium incurrat, quod non perpetua, ſed temporaria actione pater filii creditoribus teneatur, qui repudiavit ipſius teſtamentum, tamen non tanta habetur ratio lucri temporarii, ut non propterea ſtatuamus impune repudiari a patre teſtamentum filii bonis occupatis jure peculii, ac ſi inteſtatus deceſſiſſet e vita, quem & repudiatio inteſtatum facit.

Ad L. LXXXIII. de Reg. juris.

Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit.

ALiorum exempla ad hanc regulam diſplicent: utar tribus quæ non afferunt Latini interpretes. Creditores non videntur amittere rem pignori datam, quibus propria non fuit. Et ideo amiſſi pignoris periculum pertinet ad debitorem, qui dominus manſit, non contracta fiducia, *l.cum & fortis, §.ult. de pigner.act.* amiſſi, inquam, pignoris periculum pertinet ad debitorem tanquam dominum, non ad creditorem, ſi ſine culpa ejus res amiſſa ſit, *l. amiſſi, in princ. de fidejuſſ. & l. pignus, & l. quæ fortuitis, C. de pigner. act.* Et ad hunc locum, hoc exemplo Græci interpretes utuntur apud Harmenopulum 3. *Epitom. tit.* 9. Poteſt etiam apponi aliud ex *l.1. §. eum qui, & l.3. §. uti frui, de vi & vi arm.* ſi quis prohibeatur ingredi & incipere poſſidere fundum, non videtur vi dejectus, aut detruſus ex fundo, nec habet interdictum unde vi, quia is tantum dejicitur, qui amittit poſſeſſionem, non amittit autem poſſeſſionem, cujus nondum propria fuit. At aliud exemplum ex *l. ſed & ſi conſtante, de donat. inter vir.* donatio rei alienæ, quam forte ſuam eſſe maritus exiſtimabat collata in uxorem valet, quia ea tantum donatio jure civili prohibetur, quæ maritum pauperiorem facit, id eſt, per quam maritus rem ſuam amittit: non videtur autem amittere, quod proprium ejus non fuit. Explicitus eſt Papin. Definitionum liber 2. & ultimus, 12. Calend. Maij 1580.



JACOBI CUJACII J.C.
AD LIBRUM PRIMUM ÆMILII PAPINIANI
DE ADULTERIIS COMMENT.

Ad L. XIII. D. de Testibus.

Quæsitum scio, an in publicis judiciis calumniæ damnati testimonium judicio publico perhibere possunt, sed neque lege Remmia prohibentur, & Julia lex de vi, & repetundarum, & peculatus, eos homines testimonium dicere non vetuerunt: verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit perpendere.



PAPINIANUS scripsit duos libros de adulteriis, & librum quoque singularem de adulteriis. Inter quos aliquid interest: nam libri duo de adulteriis sunt ad *l.Jul.de adult.* id est, ad omnia capita l. Juliæ, quæ erant plurima, nec omnia respiciebant ad causam, pœnam, vel judicium publicum adulterii, sive stupri, sed alia erant capita de fundo dotali non alienando, Paulus 2. Sent. *lege*, inquit, *Julia, de adulteriis cavetur, ne dotale prædium maritus invita uxore alienet*: & alia de divortiis certo modo rituque faciendis, *l.1.in fine, unde vir & uxor: lex*, inquit, *Julia de adulteriis nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet*, & aliud quoque fuisse caput l.Juliæ ait *l.19.de rit.nupt.* de compellendis parentibus, liberos suos, quos habent in potestate, collocare in matrimonium filiabus dote constituta. Et ita libros Ulpiani de adulteriis aliter inscriptos fuisse ad *l.Juliam, de adulter.* intelligimus ex inscriptione *legis 17. & 19. & 25. inf. ad l.Jul.de adult.* quo modo libros Papin. *de adult.* sic accipere debemus, *ad leg. Jul. de adult.* id est, ad omnia capita. Nam & ex hoc libro dabuntur leges de fundo dotali, & de divortiis. Liber autem singularis Papiniani de adulteriis fuit tantum de exercitione publici judicii, ex *l. Jul. de adult.* non de omnibus capitibus *l. Juliæ*. Et prima quidem, quæ se in D. offert ex primo ad *l. Jul. de adult.* est, *l. 13. ff. de testib.* cui adjungam ex lib. sing. *l. 14. eod.* Porro certum est adulterii damnatum, vel damnatum judicio publico ex l. Julia testem produci vel testimonium dicere in judicio publico non posse, *l. qui testamento, §. mulier, qui testam. fac. poss. l. 18. hoc tit.* Quod obtinet etiam in alio quolibet damnato aliquo judicio publico, veluti repetundarum, aut de vi, aut peculatus, quia infamis fit, & propter infamiam testis esse, inque judicio testimonium perhibere vetatur, *l. 3. §. lege, & l. 16. hoc tit. l. 6. §. 1. ad leg. Jul. repet.* Qua de causa, ut M. Tullius scribit in prætura urbana, Verres callide cum esset legatus Dolabellæ in provincia Siciliæ, & furtorum ac flagitiorum multorum in ea provincia commissorum non modo particeps, sed etiam princeps, noluit rationes legationis suæ reddere, nisi condemnato prius repetundarum, & ejecto Dolabella, qui poterat eum reprehendere, ne post damnationem Dolabella in se posset testimonium dicere. Quod si publico damnatus in judicio testimonium dicere & perhibere non potest, & in testamento multo minus testis, vel signator esse potest, *l. qui testamento, §. eum qui, qui testam. fac. poss.* quia testamenta, quibus patresfam. statuunt & decernunt de universo jure suo solemniter, maxime requirunt selectos & classicos assiduosque testes, non qualescunque, non proletarios: quin & proprie auctore Festo, classici dicuntur testes, qui signandis testamentis adhibentur. Hujus autem rei argumentum est, quod mulier si non sit damnata adulterii, in judicio testis esse potest, in testamento non potest, *d. l.qui testa.§.mulier, & l.18.hoc tit.* Recte igitur dicimus, judicio publico damnatum, qui in judicio testis esse non potest, & multo minus in testamento adhiberi posse: & in judiciis, & in testamentis testes adhibendi sunt integræ opinionis, alioqui ut ait *l.14.* testamentum neque jure civili valet, ut ex eo adiri hereditas possit, neque jure prætorio, quod hac in re subsequitur jus civile, ut bon. possessio secundum tab. dari possit, si infames signandis testamentis adhibiti sunt. Testium infamia corrumpit testamentum, quod maxime notandum. Ex eo autem quod dicitur, judicio publico damnatum in judicio testimonium publice dicere non posse, colligitur, ex eo crimine damnatum, quod publici judicii non est, non prohiberi in judicio testimonium dicere, quia non ex crimine damnatus est, cujus accusatio pateret omnibus, sed ex crimine, quod habet causam privati judicii, non publici. Et hoc sane verum est, si damnationem ex crimine non publico, non sequatur infamia, ut *l. infamem, ff. de jud. pub.* At quid si damnationem sequatur infamia ex crimine non publico,

co, an damnatus testis adhiberi potest in judicio vel testamento? Hæc est quæstio *h. legis*. Fac, calumniæ causa in judicio publico, non judicio publico; sed privato damnatum esse aliquem in judicio, puta, quod judicio publico malitiose aliquem accusarit per calumniam? judicium de calumnia commissa in judicio publico, non est publicum, tamen irrogat infamiam, *l.* 1. *de his, qui not. inf.* illo loco, *qui in judicio publico calumniæ prævaricationisve causa, quid fecisse judicatus erit*. Quibus verbis duo tantum casus notantur; si quis in judicio publico, calumniæ causa damnatus fuerit, quod falsum crimen intendisset; & si quis in judicio publico, prævaricationis causa, puta, quod prodisset causam cum reo colludens, damnatus sit. Denique si cujus de calumnia vel de prævaricatione, in judicio publico sit pronuntiatum, recte in judicio publico: nam in causa privati judicii calumniæ damnatus, puta, quod litem privatam egerit calumniose, infamis non fit, *l.* 5. *C. de calum.* Quæritur ergo hoc loco, an in judicio aliquo publico damnati accusatores testimonium perhibere possint. In alio, maxime judicio publico, quod in alium intenditur? Et videntur hi; qui damnati sunt calumniæ causa in judicio, posse testimonium perhibere etiam judicio publico, quod intenditur in aliquem, quia lex Remmia, quæ calumniatores coercet, qui scilicet in judicio publico calumniati sunt, lex Remmia, ut est proditum hoc loco, & *l.* 1. *ad Senatusc. Turpill.* & in oratione M. Tullii pro Rosc. Amerino, ubi tamen vulgo male Memmia, pro *Remmia*, ut hi duo loci Digestorum pervincunt, ex qua familia (ne quis arguat nullum talem fuisse Romæ) nomen etiam est Quinto Remmio Palæmoni, qui scripsit artem Grammaticam & librum de ponderibus: quia igitur l. Remmia, quæ coercet eos, qui in judicio publico calumniati sunt, eos non facit intestabiles, id est, testimonium dicere non vetat in aliis causis; ideo videntur testimonium dicere posse etiam in judicio publico, & non tantum, quia lex Remmia, quæ proprie in eo lata est, sed etiam quia l. Julia de vi, & lex Julia repetundarum, & l. Julia peculatus, vel aliæ leges publicorum judiciorum, non vetant eos testimonium dicere, qui in his publicis judiciis sunt calumniati. Per leges igitur licet eis testimonium dicere, & tamen, quia perinde sunt infames, qui in judicio publico calumniæ causa aliquid fecisse judicati sunt, atque ii, qui judicio ipso publico damnati sunt vel de adulterio, vel de vi, vel repetundarum, æquum est, testimonium eorum repelli, quia infames sunt. Cur damnatorum judicio publico testimonium repellitur? propter infamiam, ut ait *l.* 3. §. *lege, hoc tit.* Ergo eadem ratione repelli debet testimonium, qui in judicio publico calumniæ damnati sunt, licet nominatim legibus facti non sunt intestabiles. Et ideo quod legibus omissum est, vel Remmia vel legibus publicorum judiciorum, ut eleganter hic ait Papinianus, suppleri debet judicantis religione, legibus quidem non repelluntur a testimonio, sed officio judicum, *quia & ad eorum officium pertinet*, inquit, *etiam ejus testimonii fidem perpendere, seu perpenso consilio excutere, quod homo integræ frontis dixerit*. Non dicit hominem integræ frontis figurate pro homine integræ famæ, opinionis, dignitatis, sed proprie admodum hominem integræ frontis citra metaphoram dicit pro homine, qui frontem integram habet, id est, non compunctam notis, non inscriptam aut inustam litteris, ut habent calumniatores, qui in judicio publico calumniati sunt, quorum fronti ex *l. Remmia* inuri solebat litera K, quæ calumniam significabat, vel simplex aut duplex, quod significabat calumniæ causam, ut veteres scribere solebant: quod in idiotismo appellatur *flestrir le front*. Et hoc jamdiu memini me comprobare ex Plinio in Panegyrico ad Trajanum scribente de delatoribus, de calumniatoribus, quos Trajanus expulerat & mulctaverat bonis, *nunc*, inquit, *non ut antea exsanguem illam & ferream frontem, nec quicquam vulneratam punctis præbeant, & notas suas rideant*. Et ex ead. oratione pro Rosc. Amer. M. Tull. quo loco agit de l. Remmia, & de calumniatoribus; *Crura*, inquit, *nemo vobis suffringet, sed ego hos bene novi, litteram illam, cui vos adeo inimici estis, ut etiam litteras omnes oderitis, ita vehementer ad caput affigam, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis*, hoc est, vos cruci quidem non affigent, sed fronti affigent literam K. In crucem sublatis crura suffringi solebant, ut duobus illis latronibus, qui suffixi sunt cum Domino: idem in ead. oratione, *si luce canes latrent, quum Deos salutatum aliquis venit, opinor iis crura suffringentur, quod acres sint etiam tum cum suspicio nulla est*, quasi velit dicere, & vobis crura esse suffringenda, quod temere instituatis accusationes sine ulla suspicione. Et idem Philip. 13. *Plancum perire non posse, nisi crura ei fracta sint*; id est, nisi ut erectus detur cruci. Et Plautus in Pœnulo, *continuo is me crurifragum fecerit*. Eam literam fuisse K, simplex vel duplex indicat Juliani Misopogon adversus Antiochenos dum ait, *optat Deus Antiochenis infligere duplex KK, quod vicinas civitates calumniati sunt*. Sensus ergo hujus l. hic est; si judices nec quod integræ frontis homo testimonium dixerit temere recipiunt incognita causa, multo minus id recipient, quod dixerit calumniæ causa in judicio publico damnatus, cujus frons vulnerata est & inscripta. Et eadem ratione dicere possumus, extra ordinem damnatum criminaliter, ex crimine non publico, ex causa furti, vel injuriarum, vel vi bonorum raptorum, vel ex alia causa, crimine stellionatus, vel crimine expilatæ hereditatis, quæ judicia publica non sunt, quia infamis fit, *l. quid ergo*, §. *ult. de his qui not. infam. l. lite, C. eod. l. infamem, de publ. judic.* infamem officio judicis esse a testimonio judiciario repellendum, quia ut dixi, nec judicio publico damnati alia ratione legibus removentur, quam propter infamiam. Hoc dico de damnato criminaliter ex furto, ut in *l. ult. de furt.* vel ex alio crimine non publico: nam damnato civiliter, ut actione furti, vel injuriarum, vel vi bonorum raptorum, vel de dolo malo vel depositi, mandati, tutelæ, pro socio, licet eæ omnes actiones famosæ sint, & damnatum infamem faciant, tamen non dixerim, eum repelli a testimonio judiciario, vel testamentario; nec jure ipso, nec officio judicis, quia hoc tantum reperitur scriptum de iis, qui criminaliter damnati sunt ex causa famosa; civiliter damnati judicio non publico non repelluntur a testimonio. Inter cetera hoc ad extremum notandum ex hac l. in calumniatores, qui in judicio publico calumniati erant, ex l. Remmia non fuisse judicium publicum. Hoc hæc l. manifeste ostendit, alioquin frustra quæreret, an testimonii dictionem habeant, quia generaliter verum est, damnatos judicio publico testimonii dictionem non habere. Ergo ex hac l. Remmia liquido constat, non fuisse judicium publicum, accusationem publicam. Quod tamen affirmavit Accurs. male in *l.* 1. §. 1. *ad SC. Turpill.*

Ad L. XII. de Fundo dotali.

Etiam dirempto matrimonio prædium dotale esse intelligetur.

HÆc l. pertinet ad caput *l. Juliæ de adult.* de prædio dotali non alienando invita muliere, *ut & l.* 2. 6. 12. 14. *h. tit.* quæ omnes sunt ex Ulp. vel Pauli libris *de adult.* Idque ostenditur ea lege 12. non tantum constante, sed etiam soluto matrimonio dotale prædium esse videri, quoad scilicet restitutum sit mulieri; vel heredi ejus, utique si ea in causa est, ut restitui debeat mulieri vel heredi ejus, *l.* 3. *h. tit.* Sunt enim plerique casus, quibus soluto matrimonio dos in restitutionem non venit, sed quum est in causa restitutionis, sane etiam post solutum matrimonium, quod fuit dotale prædium & dotale esse intelligitur, quoad restitutum sit. Ex quo sequitur interim prædium illud alienari non posse, quod & *l.* 1, *h. tit.* probat, dum ait, morte mariti dirempto matrimonio prædium dotale transire ad heredem mariti cum suo jure, cum causa & conditione sua, ut alienari non

non possit. Idemque probat *l.* 23. §. *heredi*, *h. tit.* si morte mulieris solutum est matrimonium, nec tamen potest maritus post mortem mulieris prædium dotale alienare, quod heredi mulieris restituendum est; sed perinde ac mulieri & heredi ejus idem auxilium præstatur, puta, repetitio vel vindicatio prædii alienati, vindicatio rescissoria alienationis, *l. cum pater*, §. *qui dotale*, *de leg.* 2. Et huc etiam valde pertinet quod ait *l. si post*, *sol. matr.* herede mulieris agente de dote, mortua muliere, cum viro vel parente ejus, eadem intervenire & servari in dote restituenda, quæ ipsa muliere agente observari solent, puta, ut iisdem diebus dos reddatur, ut eædem retentiones ex dote fiant, & non ultra facultates maritus damnetur: neque enim quod & regula juris non patitur plus commodi heredi suo mulier relinquit, quam ipsa habuit; itemque ut nec mortua muliere viro permittatur alienatio fundi dotalis: privilegium solum exactionis vel hypothecæ mulieris non sequitur, nisi sit filius, *l. unica*, *C. de privil. dot. l.ult.* §. *exceptis*, *C. qui pot. & Novell.*99. Ex hac etiam Papin. sententia sequitur, nec soluto matrimonio dotale prædium usucapi posse, quia in l. Julia alienationis verbo etiam usucapio continetur, *l. si fundum*, *h. tit. l.tametsi*, *sol. matr.* Verum etiam est, dotale prædium usucapi non posse, aut adquiri possessione longi temporis: nec obstare quam objicit Accurs. *l. in reb. dotalibus*, §. *omnis*, *C. de jure dot.* Quin rejectis omnibus Accursii rationibus, quæ perquam inanes & nugaces sunt, lex, *in reb.* non hoc docet, soluto matrimonio fundum dotalem usucapi posse, sed docet actionem de dote sive repetitionem dotis excludi præscriptione temporis legitimi. Denique non docet, usucapione adquiri dominium fundi dotalis, vel adquiri actionem in rem, quæ actio sive lis solius domini est, *l. evictis*, *sup. de usur.* sed adquiri exceptionem temporis contra mulierem heredemve ejus soluto matrimonio dotem repetentem, quæ ex quo repetitio ei competere cœpit, diu cessavit in repetitione dotis. Verba legis hæc sunt: *Omnis exceptio temporalis sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, vel 30. aut 40. opponitur mulieribus dotem repetentibus ex eo die, quo eis actio de dote competere cœpit: usucapio vero illa parit exceptionem tantum possessori, non actionem in rem, non dominium.* Denique ea lex loquitur non de dominio adquirendo fundi dotalis, qui est effectus usucapionis, sed de adquirenda præscriptione usucapionis, sive exceptione temporali adversus repetitionem dotalis fundi.

Ad §. I.

Soceri voluntas in distrahendo prædio dotali nulla est.

LEge Julia voluntate uxoris fundus dotalis alienari potest, quia invita tantum uxore alienatio prohibetur, non etiam volente, §. 1. *Instit. quib. alien.* voluntate, inquam, uxoris, non etiam voluntate soceri, id est, patris mulieris; soceri voluntas in alienando fundo dotali nulla est, sola enim voluntas mulieris alienationem confirmat: hodie ex constit. Justiniani, *de rei uxor. act.* etiam voluntas uxoris in distrahendo fundo dotali nulla est: sed Papin. hoc scripsit secundum jus suæ ætatis. Ubique vero de fundo inæstimato loquimur, quia hic solus est dotalis, qui non est æstimatus: qui autem est æstimatus, non est dotalis quia in dotis causa æstimatio sola est, non fundus.

Ad L. VII. de Divortiis.

Si pœnituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, iisque per ignorantiam mutatæ voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum est: nisi pœnitentia cognita is, qui accepit ipsum, voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum, qui accepit, solvitur matrimonium.

INitio hujus lib. satis ostendi a tractatu l. Jul. de adult. non abhorrere quæstionem de divortiis, quod & inscriptio *l.*8. & *l.* 9. *h. tit.* demonstrat, in qua l. 9. quod proponitur nullum divortium ratum esse, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis factum sit, præter libertum ejus, qui divortium facit. Hæc omnia verba ipsa sunt l. Juliæ de adult. quæ certo modo divortia fieri jussit, ut ait *l.*1. *in fin. unde vir & uxor*, quam legitimam observationem divortii faciendi appellat *l.*36. *sup. tit. prox.* Suetonius in Augusto, qui auctor fuit l. Juliæ de divortiis, divortiis modum imposuit. Et serva quod ait l. Julia, nullum esse divortium ratum, id est, omne divortium pro infecto haberi, nisi factum sit 7. civibus Romanis puberibus adhibitis, id est, præsentibus, ut in testamentis legitimis 7. custodito numero, & civibus Romanis, alioqui non essent classici testes, & puberibus. Nam impuberes testimonii perhibendi jus nulla in causa habent. *Semper*, inquit, *puberibus præsentibus*; aliud dixeris si dixeris, *pube præsente*, ut Festus ostendit. Omnem enim populum significaveris. Plautus Pseud. *pubi præsenti in concione .i. populo. Septem* (inquit) *præter libertum ejus, qui divortium faciet*, id est, qui remittet libellum divortii, & plerumque per libertum fiebat. Unde illud Juvenalis:

Collige sarcinulas, dicet libertus, & exi,
Jam gravis es nobis, & sæpe emungeris, exi
Ocyus, & propera, sicco venit altera naso.

Ut etiam per libertum solebant principi libellum desideria sua & preces continentem offerre, *l.*57. §.1. *de rit. nupt. l.*6. *de interd. & releg.* Et rei postulati per libertum mittere defensionem, & se purgare, apud Corn. Tac. 3. annal. & heredes per libertum recitare testamentum apud Suet. in Tib. c. 23. Non est autem internuncius, qui & a veteribus dicebatur annuncius, non est, inquit, internuncius negotii cujusque & interpres in eo negotio testis idoneus: sicut nec patronus nec executor litis, *l.ult. de test.* Itaque præter libertum, per quem nunciatur uxori, ut res suas procuret, ædibus facessat, traditurve uxori vel marito libellus divortii, etiam septem testes l. Julia requirit, in eum scilicet numerum liberto non computato. Divortium est contractus, *l. si uxor*, *sup. de jud. l. juris gentium*, §. *ut puta de pact.* Contractus, qui nudo consensu perficitur. Ergo & per nuncium & per epistolam inter absentes. Et ita in specie hujus l. recte ponam mandasse maritum nuncio, veluti liberto suo, ut libellum divortii perferret ad uxorem, & liberto profecto jam ad uxorem, mox pœnitentia maritum mutasse voluntatem; libertum vero ignarum mutatæ voluntatis peregisse mandatum, & libellum divortii uxori tradidisse. Quo casu Papinianus ait quasi nuncio non remisso, neque facto divortio durare matrimonium, quia re integra mandatum pœnitentia revocatum fuit, ut *l. si vero*, §.1. *mand. l.*4. §.1. *de manum. vind. l. si is, qui bona*, §. *ult. de adquir. hered.* Offerendo igitur libellum divortii, quantum ad maritum attinet, qui re integra mutavit voluntatem, libertus nihil egit. Ceterum si mulier, quæ libellum accepit, simul cognita pœnitudine mariti, non accipiat pœnitudinem, ac malit exire matrimonio, ipsa videtur causam dedisse divortio, non maritus, feretque pœnas injusti divortii, si nullam aliam causam habuerit, sine causa divertere delictum non modicum est: nec quod impunitum remanet, *l. si ex causa*, §. *si mulier. sup. de minor.*

Ad L. XLI. de Solutionibus.

Reo criminis postulato interim nihil prohibet recte pecuniam a debitoribus solvi, alioqui plerique innocentium necessario sumptu egebunt.

CUm hoc lib. Papinianus doceret, reo adulterii postulato, debitores recte pecuniam solvere pendente cognitione, pendente reatu, adjicit generalem rationem, & cuicunque alii reo postulato recte solvi; alioqui plerique innocentium necessario sumptu egerent, si eis debita solvi non possent, quod esset perdurum. Et l.

quæ

quæ ſequitur oſtendit, hoc etiam Paulum ſcripſiſſe lib. 3. *de adult.* Ac ſimiliter retro eum, qui reus poſtulatus eſt ſuis creditoribus æque ſolvere recte, modo bona fide ſolvat, vel eis ſolvatur non in fraudem fiſci, *l. aufertur, §. in reatu, de jure fiſci*. Alioquin pecuniæ ſolutæ revocarentur a fiſco. Plinius 3. epiſtol. *de repetundarum reo pronuntiatum*, inquit, *ut pecuniæ, quas debitores ſolverent creditoribus revocarentur, &c.* ſed de pecuniis loquitur prærептis fiſco. Et congruit omnino *l. deferre, §. ult. de jure fiſci.* Excipitur ab hac generali ſententia Papin. is, qui perduellionis reus poſtulatus eſt, quia is neque ſolvit recte, & ei recte quoque non ſolvitur, ut in Codice relatum eſt ex Marciano in fine, *tit. ad l. Jul. majeſt.* Excipitur etiam is, qui profugit & judicio adeſſe detrectat: nam dicitur, debitores ei non poſſe quicquam ſolvere, ne ita qui ſolvant, fugam ejus inſtruant, *l. ult. §. ult. de requir. reis*. Ceterum reo criminis poſtulato non profugo, præterquam ſi poſtulatus ſit perduellionis, debitores ſolvunt recte. Idemque creditoribus ſuis ſolvit recte.

Ad L. II. de Accuſat. & inſcript.

Certis ex cauſis conceſſa eſt mulieribus publica accuſatio, veluti ſi mortem exequatur eorum, earumque in quos ex lege teſtimonium publicorum judiciorum invitæ non dicunt. Idem & in lege Cornelia teſtamentaria Senatus ſtatuit, ſed & de teſtamento paterni liberti, vel materni mulieribus publico judicio dicere permiſſum eſt.

PApinianus *lib. 1. de adulter.* cum doceret, regulariter mulieri publico judicio neminem accuſare licere, ut *l. 1. & 8. hoc tit.* ſicut nec populari actione experiri, *l. 6. ſupra, de popul. action.* ac ne lege quidem Julia de adulteriis mulierem injuriam ſuam perſequi poſſe, injuriam lecti ſui, injuriam a viro violati matrimonii, ut *l. 12. C. ad leg. Jul. de adulter.* quia l. Jul. de adult. maſculis tantum dedit facultatem accuſandi jure mariti; feminis idem privilegium non detulit, quæ differentia jure civili inter maritum & uxorem ſemper ſervata fuit. Quum, inquam, hoc doceret Papin. hoc lib. & illud quoque ſimul docuit, aliis tamen ex cauſis mulieri Senatum permittere publicam accuſationem perſequenti ſuam vel ſuorum injuriam: ut puta, ſi mortem vel necem exequatur eorum earumve, in quos ex lege Julia publicorum judiciorum invita teſtimonium non dicit: & ii quidem quales ſint, ex ipſa l. Julia publicorum judiciorum docet, *l. 4. ſup. de teſtib.* Mulier invita teſtimonium non dicit adverſus cognatos uſque ad ſextum gradum, nec ex ſeptimo gradu adverſus ſobrino, ſobrinave natum natamve, qui etiam eſt finis cognationis in edicto unde cognati, *l. 1. §. hæc autem, ſup. unde cogn.* nec adverſus affinium certas perſonas, veluti adverſus ſocerum, generum, vitricum, privignum, quæ appellationes latiſſime patent, & in quos mulier invita teſtimonium non dicit. In eos etiam invitus judicio publico teſtimonium non dicit libertus mulieris, aut libertus mariti ejus, aut libertus parentum, liberorumve ejus, aut libertus patroni, patronæve ejus, quod neceſſe eſt, ut exemplo planius faciam. Conſobrinus vel conſobrina adverſus conſobrinum invitus invitave teſtimonium non dicit, nec ei denuntiari poteſt. Ac ſimiliter adverſus conſobrinum teſtimonium non dicit libertus conſobrini, nec libertus parentum, aut liberorum ejus, nec viri, aut uxoris libertus, aut libertus patroni patronæve ejus. Et eodem modo, ſicut ſocer vel ſocrus adverſus generum invitus invitave teſtimonium non dicit, ita nec libertus ſoceri vel ſocrus, vel libertus parentum aut liberorum ejus; nec libertus viri, aut uxoris, nec libertus patroni, aut patronæ ejus. Et ita accipienda & explicanda ſunt hæc verba l. Juliæ, quæ ſunt in *d. l. 4. de teſtib.* ne liberto ipſius affinis ſcilicet vel cognati invito denuntietur teſtimonium, & ne liberto ipſius, inquit, liberorumve ejus, parentum, viri, uxoris, item patroni patronæ. Ea verba ſic, ut propoſuit interpretanda ſunt, & de omnibus perſonis in quas inviti teſtimonium dicere non coguntur, ſunt etiam accipiendæ hæ leges, *l. veſtem, de injur. l. 1. §. ſi ſervus bona fide, de quæſtion. l. 22. C. de fide inſtrum.* Itemque *l. Juriſconſultus, §. 1. de gradib. & aff.* Sed maxime animus advertendus ad id, quod ait ea *l. Jul. publicorum judiciorum, contra affines & cognatos teſtimonium inviti dicere non coguntur*: nam non eſt legendum, *agnatos*, *ſed cognatos*, ut apud Paul. 5. Sent. *adverſus adfinem*, inquit, *& cognatum inviti teſtes interrogari non poſſunt*. Et ratio, cur potius legamus *cognatos* quam *agnatos* eſt evidens, quia non ſolum contra agnatos, ſed etiam contra cognatos inviti teſtimonium non dicunt uſque ad 6. gradum, qui cognationis finem, & quaſi terminum facit. Debuit igitur non agnatorum nomine uti, quod eſt ſpeciale, ſed cognatorum, quod eſt generale: nam & agnati cognati ſunt. Contra cognati omnes agnati non ſunt. Ac præterea agnatio infinita eſt, nec ullo certo fine graduum circumſcribitur, *l. pen. §. 1. unde cogn. §. ult. Inſtitut. de ſucceſſ. cognat.* Et ſi contra agnatos, invitis teſtimonium denuntiari non poſſet, hoc jus in infinitum extenderetur, ſicut jus agnationis; & tamen hujus juris lex Julia certum finem eſſe voluit. Cognatorum autem vel agnatorum, ſi accipiantur, quatenus cognati ſunt ſimpliciter, certa finitio eſt graduum & certa gradatio. Porro his perſonis, in quas inviti teſtimonium non dicunt, addit Ulpian. *lib. de offic. proconſ.* quo tractavit de judiciis criminalibus, non civilibus, nec admittamus diſtinctionem Gloſſæ in *l. inviti, de teſtib.* addit, inquam, Ulp. etiam publicani, qui ſunt occupati exigendis vectigalibus, inviti in judicio publico teſtimonium non dicunt: inviti venire non compelluntur ad teſtimonium perhibendum; item qui non detrectandi teſtimonii cauſa aberit, invitus teſtimonium non dicit, ſed is tantum, qui detractat ferre teſtimonium & occultat ſe; invitus etiam teſtimonium non dicit qui publice præbendum aliquid exercitui conduxit. Et ſubjicit in *d. l. inviti, ſed nec pupillis teſtimonium denuntiari poteſt*, quaſi ſcilicet invitis pupillis non poſſit denuntiari, volentibus poſſit, quod eſt falſum: nam nec volentes audiuntur, *l. 3. §. lege eod. tit.* Ac ſane videtur Papin. ſcripſiſſe, *ſed nec patronis teſtimonium denuntiari poteſt adverſus libertos, denuntiatur ſemper invitis*. Nam in l. Julia publicorum judiciorum *d. l. 4. eod. tit.* additum fuiſſe oſtendit, ut ne patroni patronæve adverſus libertos cogantur teſtimonium dicere; quoniam inter eos eſt neceſſitudo quædam, ut hodie receptum eſt, eſſe neceſſitudinem quandam inter vaſſallum & dominum. Hoc etiam cavetur l. Julia, *ut ne* inquit *patroni patronæve cogatur adverſus libertos teſtimonium dicere*. Quo loco tamen perperam a neſcio quo interprete inſerta ſunt hæc verba, *nec liberti adverſus patronos*, ſcilicet coguntur teſtimonium dicere. Spuria ſunt hæc verba, non l. Juliæ, *neque liberti adverſus patronum*, non potuerunt eſſe hæc verba in eo capite l. Juliæ, quod eſt de his tantum, qui inviti teſtimonium non dicunt, volentes dicunt, quia non eſt iis omnino teſtimonium interdictum, qui inviti teſtimonium non dicunt; non potuit l. Julia admiſcere libertos, quia conſtat hujus generis libertos non eſſe, quum nec volentes audiantur adverſus patronos, vel patronorum liberos, *l. 3. §. lege, eod. tit. l. libertorum, C. eod. tit.* Qua de cauſa nec parentum nec liberorum l. Julia, in eo capite mentionem facit: Cur non adjecit lex Julia, nec invitos teſtimonium dicere contra parentes vel liberos? quia ii nec volentes audiuntur adverſus parentes vel liberos, *l. 5. C. eod. tit.* Paulus 5. *Sent.* adverſus ſe invicem liberi vel parentes nec volentes ad teſtimonium admittendi ſunt, quia rei veræ teſtimonium, neceſſitudo perſonarum corrumpit plerumque: l. Julia ſeparat eos, qui inviti teſtimonium non dicunt, ab iis, quibus omnino interdicitur teſtimonium, ut nec volentes audiantur, ut oſtendit Ulpian. *lib. 9. de off. proconſ.* & de iis qui inviti teſtimonium non dicunt erat l. Juliæ caput 87. & de iis, quibus omnino interdicitur teſtimonium erat caput 88. quo capite nominatim libertis adverſus patronos, pa-

tronaſve & liberos eorum, teſtimonium interdicitur omnino, his verbis, *his omnibus hac l. in reum teſtimonium dicere ne liceto, qui ſe ab eo parenteve ejus liberavit, quive impuberes erunt*, &c. ut in *l. 3. §. lege, ff. de teſtib.* Et iis addidit Ulpian. etiam eos, qui recenſentur in *d. l. 3. §. lege*, poſt libertos, quibus omnino interdicitur teſtimonium adverſus patronos, patronaſve & liberos eorum: ſupradictis verbis addidit etiam eos, qui eſſent impuberes, quoniam & iis omnimodo interdictum eſt teſtimonium, & eos, qui publico judicio damnati, nec in integrum reſtituti eſſent, & eos qui in vinculis ob reatum cuſtodiave publica eſſent, & eos qui ut cum beſtiis depugnarent, ſuas operas locaſſent, præterquam eos qui jaculandi cauſa in circo maximo in urbem miſſi eſſent, itemque eos, qui palam corpore quæſtum feciſſent, & poſtremo eos, qui ob dicendum, vel non dicendum teſtimonium pecuniam accepiſſe judicati eſſent: non dicimus iis invitis non denuntiari teſtimonium, ſed his omnino interdici teſtimonium: ex iis ſunt liberti. Ergo in *l. 4.* perperam liberti miſcentur iis, quibus invitis teſtimonium non denuntiatur, verum mulieri ut eorum mortem perſequi licet, *l. Cornel. de ſicar. & venefi.* in quos invita teſtimonium non dicit ex l. Julia, ut proponitur hoc loco; quod etiam permitti ſenatuſconſulto oſtendit *l. 2. C. de calumn.* Sic & eorum mortem, & multo quidem magis mulier exequi & ulciſci poteſt judicio publ. in quos nec volens teſtimonium dicere poteſt, veluti parentum mortem, aut liberorum aut patroni patronæve, aut liberorum patroni patronæve, ut in *l. 1. hoc tit.* lex 1. quod obſervandum pertinet ad eos, in quos mulier nec volens teſtimonium dicit, quorum mortem ulciſci poteſt: *l. 2.* pertinet ad eos, in quos invita teſtimonium non dicit, quorum mortem ulciſci poteſt. Eadem vero ratione & eodem ut opinor Senatuſconſulto mulier ſuam vel ſuorum injuriam perſequi poteſt, lege Cornelia teſtamentaria, id eſt, de teſtamentis falſis, vel de aliis inſtrumentis. Nam l. Corn. quæ ab initio fuit de falſis teſtamentis, poſtea porrecta fuit ad omnia inſtrumenta falſa. Igitur mulier reum facere poteſt l. Cornel. teſtamentaria 1. de falſis teſtamentis vel inſtrumentis, ſi ſuam vel ſuorum injuriam perſequatur, quod Senatuſconſulto fuiſſe permiſſum mulieri hic locus oſtendit, & *l. 5. C. qui accuſ. non poſſ.* exterorum injuriam non poteſt perſequi l. Corn. teſtamentaria, *l. 19. C. ad l. Cor. de falſ.* ſed ſuam vel ſuorum, id eſt cognatorum, vel affinium injuriam, ſi ſua vel ſuorum interſit. Et ut ſubjicit Papin. non tantum teſtamentum patris aut matris judicio publico falſum dicere poteſt, ſi quid ejus interſit, ſed etiam teſtamentum liberti paterni vel materni, ſi ea res ad eam pertineat. Certum eſt etiam, mulierem lege Fabia de plagiariis, ſuam & ſuorum injuriam perſequi poſſe, *l. 5. C. ad l. Fab. de plagiar.* & generaliter quolibet alio publico judicio poteſt accuſare, *l. de crimine, C. de his qui accuſ. non poſſ.* vel etiam populari actione, vel interdicti ſi ſua interſit, *l. 3. §. ſed & ſi mulier, de lib. hom. exhib.* Excipitur tantum cauſa adulterii, quia leg. Julia, de adult. mulier nec ſuam nec ſuorum injuriam exequi poteſt, ut initio dixi *l. 1. C. ad l. Jul. de adult.* nec ex conſtitutionibus quidem (puta ex noviſſima conſtitutione Conſtantini, *de iis qui adult. accuſare poſſ.* id eſt, *l. quamvis, C. ad l. Jul. de adult.* quæ patri accuſationem permittit, non etiam permittit matri: patruo, non amitæ, avunculo, non materteræ.

Ad §. Pupillis.

Pupillis ex conſilio tutorum, patris mortem, item pupillæ avi ſui mortem, exequi conceſſum eſt, lege autem teſtamentaria: nam de patris quidem teſtamento pupillis agere Divus Veſpaſianus permiſit: ſed quaſi non exhibeantur tabulæ, per interdictum poſſunt experiri.

POſtremo ſubjicit Papin. etiam pupillis, quibus regulariter, nec publico judicio accuſandi, nec popu- A lari actione agendi jus eſt, *d. l. 6. de popul. act.* licere tamen exequi judicio publico mortem patris vel avi ſui ex conſilio tutorum, l. Corn. de ſicariis: vel etiam licere exequi falſum teſtamentum patris, ſi eorum interſit, l. Corn. teſtamentaria. Quod & permiſiſſe Veſpaſianum ait ex conſilio æque tutorum, ut Paulus ſcribit 5. *Sent. tit. de jure fiſci*, ætati ejus pupilli, qui accuſat teſtamentum falſum patris, ſi non obtineat, ſubveniri, maxime ſi conſilio tutoris, uti oportet, actionem inſtituit. Pupillis utriuſque ſexus licet exequi ſuam vel ſuorum injuriam quod additur in Baſilicis, τῆς ἀνήβοις ἑκατέρας φύσεως hic demonſtras, legendum, *pupillis ex conſilio tutorum patris mortem: item pupillæ & avi mortem exequi conceſſum eſt.* Et legendum *Item*: non *autem*, & infra: *ſed ſi non exhibeantur tabulæ, per interdictum non quaſi*, &c. hoc ſenſu: B ſi pupillis non exhibeantur tabulæ paterni teſtamenti, ab eo a quo ſupprimuntur, pupillis utriuſque ſexus liceat agere interdicto de tabulis exhibendis, quamvis ſit quaſi populare interdictum, quia agitur tanquam de inſtrumento publico, non tanquam de inſtrumento proprio, *l. 2. in prin. §. quemadm. teſtam. aper.* & concurrit quoque interdictum de tabulis exhibendis cum judicio publico, ex l. Cor. teſtamentaria, *l. 4. ſup. de publ. judic. l. 3. §. ſi quis dolo, de tabul. exhibend.* Nam & interdictum de libero homine exhibendo, quod conſtat eſſe populare, certum eſt dari pupillis pro parente, vel cognato, vel affine ſuo, *d. l. 3. §. ſed ſi mulier, de li. hom. exhib.* & generaliter pupillis dari quamlibet actionem popularem, ſi res ad eos pertineat, *l. 6. de pop. action.* Quamobrem ita videtur argumentari, pupillis ſuæ injuriæ cauſa, vel ſuorum dan- C tur popularia interdicta, cur non dabuntur eiſdem ex eadem cauſa publica judicia, veluti ex l. Cor. de ſicar. vel l. Corn. teſtamentaria? Quibus exemplis utitur, ſuæ ſuorumque injuriæ perſequendæ gratia.

Ad L. II. de Cuſt. reorum.

Si quis ſervus capitali crimine poſtuletur, lege publ. judiciorum cavetur, ut ſiſtendum vel ab extraneo ſatisdato promittatur, qui ſi non defendatur, ut in vincula publica conjici jubetur, ut ex vinculis cauſam dicat. Solet itaque tractari an poſtea domino permittendum ſit, ablata ſatiſdatione ſervum vinculis liberare: dubitationem auget edictum Domitiani quo cautum eſt, abolitiones ex SC. factas ad hujuſmodi ſervos non pertinere. Nam & lex ipſa prohibet eum D *abſolvi, priuſquam de eo judicetur. Sed hæc interpretatio perdura & nimium ſevera eſt in eo cujus dominus abſens fuit, vel quod per inopiam illo momento temporis ſatiſdationem implere non potuit. Neque enim pro indefenſo derelictus recte dici poteſt, qui dominum præſentem non habuit, vel habuit paratum defendere, pauperem tamen. Quod utique facilius admitti poterit, ſi non poſt longum temporis ſpatium hoc deſideretur.*

QUod proponitur initio hujus legis, eſt de ſervo capitali crimine reo poſtulato, veluti ex l. Jul. de ſicar. quæ pertinet etiam ad ſervos, *l. hoc accuſare, §. omnibus, de accuſ. & inf. l. ult. ſup. de pub. jud.* Pertinet l. Cornel. de ſic. etiam ad ſervos & peregrinos, quod & Tullius oſtendit in Cluentiana, vel etiam ex l. Jul. E de adulter. ex qua in ſervos capitale crimen fuit. Nam & Ulpia. 3. de adult. ſcribit, ſervos adulterii accuſari poſſe, *l. 5. tit. prox.* & de ſervis adulterii accuſatis quæſtionem haberi poſſe poſtulante accuſatore, *l. ſi poſtulaverit, in prin. ad l. Jul. de adult.* Quod Papin. ſcripſit *l. 2. de adult. l. ult. ſup. de calumn.* & idem Ulp. eod. lib. Non tamen ita ſervos adulterii accuſatos quæſtioni ſubjici aut torqueri oportere, ut inde moriantur, ſed ita de iis quæſtionem haberi oportere, ut ſalvi ſint innocentiæ & abſolutioni, vel ſupplicio; *l. quæſtionis, de quæſtion.* id eſt, ultimo ſupplicio, ſi nocentes inventi fuerint, crimen adulterii exaſperatur in ſervos. Nam in liberos homines crimen adulterii ex l. Julia non fuit capitale. Qua in re differentia eſt inter liberos homines & ſervos. Neque iis, quæ

quæ diximus obstat *d.§.omnibus l.hos accusare*: quod dicat pœnam capitis non convenire servorum pœnis, quia non eam pœnam intelligit, quæ vitam adimit, vel quæ facit servum pœnæ, sed eam quæ adimit libertatem vel civitatem, quam cum nullam servus habeat; sane eam pœnam sustinere non potest, verum ultimo supplicio plecti potest, atque etiam damnari in metallum, quo genere exit dominio domini, & fit servus pœnæ, *l.17.§.ultim. de quæstion. & l.aut damnum*, *§.ult. de pœn. l. 11. C. eod. tit.* Et deportatio in servo, in *l.21. C. Theodos. de heret.* est damnatio in metallum, deportatio in metallum, alioqui deportatio in insulam, qua puniri solent cives Romani, non cadit in servum, relegatio tamen cadit in servum, *l. 2. qui & a quib. manum. l.2. C. de sepulc. viol. l.1.C.Theod. de mulierib. quæ se propr. servis*. Et ita est accipiendum, quod ait *§. omnib.* esse pœnam capitis aliquam, quæ servis convenit, sicut relegatio, exempli gratia, deportatio in insulam servis non convenit, sicut relegatio, quæ scilicet servis recte convenit. Sic enim ea verba accipienda sunt, ut in *d.§. omnibus, ut in l. pen. de usucap.* in contractum emptionis & venditionis pro soluto, vel pro emptore non posse usucapere eum, qui non emit, sicut in ceteris contractibus, in quibus scilicet pro soluto potest usucapere, & qui non contraxit. Quum autem servus capitali crimine reus postulatur, Papinianus ostendit hoc loco, l. Jul. pub. judiciorum, quæ generalis est, lege de omnibus pub. judiciis caveri, ut pro eo servo defensor admittatur non tantum dominus, sed & procurator domini, *ut l. servus, de publ. jud. l. Lucius, de appell.* & quilibet extraneus nomine domini, ut opinor, *argum. l. servi, de appell.* Qua in re etiam differentia est inter servum & liberum hominem, & quam Modestinum *lib.6. differentiar.* notasse conjecturam facit *l. si servum, sup.tit. prox.* quæ est ex eodem lib. Nam liber homo, qui præsens est, in crimine capitali per alium defendi non potest, *l.pen. §. ult. de public. judic.* Servus præsens per dominum vel per alium nomine domini defendi potest, *l.19. de pœnis.* Verum, qui defensionem ejus servi suscipit, lege Julia publicorum judiciorum satisdare jubetur judicio sisti servum, eumque sistere, cum usus exegerit, *l. si servum, sup. tit. prox l.2. C. de accusat.* Si ita non defendatur servus capitali crimine postulatus, in vincula publica conjici eadem l. jubetur, ut ex vinculis causam dicat. Qua in re alia etiam differentia existit inter liberum hominem & servum: Nam liber reus postulatus, non aliter jure civili in vincula publica conjicitur, ut ex vinculis causam dicat, quam si confessus sit, *l.5. hoc tit. l.4. ad l. Jul. majest.* Cum vero servus, quem dominus, vel alius non defendit in vincula publica conjectus est, quæritur, si postea dominus offerat satisdationem judicio sisti servum, & defensionem, an audiatur, an possit servum vinculis liberare? Ratio dubitandi sumitur ex edicto quodam Domitiani, de quo & Paulus tractavit lib. singul. de adulter. *l. Domitianus, inf. ad Turpill.* quod autem eo edicto cavetur, sciendum est, quandoque ob res prospere gestas adversus hostes, & propagatos fines imperii, vel ob publicam gratulationem, vel in honorem Principis, ut in *l. sed & si per prætorem, §. si feriæ, sup. ex quib. caus. maj. l. abolitio, & l. seq. sup. ad Turpill.* extra ordinem populo indici ferias, justitium, claudi fora, & abolitionem reorum fieri, & laxari vincula reis ex Senatusconsulto, non Turpilliano, ut hic Glossa annotavit, quod non fuit de feriis, vel abolitionibus reorum, sed de accusatorum prævaricationibus, vel tergiversationibus; non ergo ex Senatusconf. Turpill. nec ex ullo SC. pro re nata facto, *l. si interveniente, ad Senatus. Turpill.* quo publica hilaritas & quies indicitur, & rei carcere vinculisque solvuntur exuunturque reatu, non quidem in perpetuum, sed tantisper, dum feriæ finitæ sunt, dum publica lætitia finita sit, qua finita rei possunt repeti intra 30. dies utiles, a tempore finitarum feriarum numerando *l. haud privatum, §. ul. ad Turpill.* verum ex edicto Domitiani feriæ & abolitiones non pertinent ad servos nihilve allevant servos, qui rei postulati vinculis publicis continentur,

A quia & eos l. Jul. pub. judiciorum jubet esse in vinculis, donec de iis pronuntietur, donec judicium finiatur, ut est legendum in *d. l. Domitianus*. Abolitiones, publicæ feriæ, & hilaritates pertinent tantum ad liberos homines, quæ est quarta differentia hac in re inter servos & liberos homines. Et cum hoc loco, tum in *d.l.Domitianus*, lex ipsa est lex Jul. publicorum judiciorum, non ut glossa vult edictum Domitiani. Verum exemplo edicti Domitiani, ut servi non solvuntur vinculis ob publicam abolitionem, ita nec videntur esse solvendi vinculis ob seram & intempestivam dominorum defensionem & satisdationem, quam offerunt post vincula servorum. Hæc est ratio dubitandi, quæ vim maximam habet, si quod Domitianus edixit, licet porrigere ad hunc casum indistincte per interpretationem, quæ tamen per-

B dura perque nimium severa est. Ideoque concludit, non temere quidem, sed ex justa causa post vincula servis injecta dominos defensionem & satisdationem offerentes admitti, ut servi dominis reddantur vinculis absoluti, eorumque dominus pergat eos defendere. Quid enim si absentia domini fuerit in causa ut non potuerit in tempore satisdationem offerre, antequam servo vincula imponerentur? quid etiam si ei præsenti obstiterit inopia, quo minus satisdationem impleret; vix enim reperiuntur qui pro inope velint fidejubere, *§.novissime, Instit.de susp. tut.* qui ita explicandus est, aliter quam vulgo: ait eum tutorem, qui tutelam per fraudem administrat, etiamsi satis offerat, nempe quia locuples est, & in facili est ei invenire fidejussores, qui caveant rem pupilli salvam fore, etiamsi dives sit, atque satis offerat,

C removendus est duplici ratione, quia satisdatio non mutat malevolum propositum tutoris, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Subjicitur altera ratio: suspectum enim tutorem eum esse putamus (sic est legendum, auctoribus omnibus lib. antiquis,) qui moribus talis est, ut suspectus sit, quamvis locuples sit & assiduus, & fidejussores dare paratus: sicut e contrario, etiamsi sit pauper, modo sit fidelis & diligens, non est removendus quasi suspectus. Et huc pertinet etiam lex *si procuratorem §. si ignorantes, mand.* quæ ita explicanda est. Conventi fidejussores per injuriam judicis condemnati sunt & solverunt, nec appellaverunt a sententia judicis, an possint actione mandati repetere quod solverunt? Sic videtur: nisi paupertas eis obstiterit, quo minus appellarent: an vero paupertas te vetat appellare a sententia judicis? sic sane, quia non est facile pauperi invenire fidejussores, qui dandi sunt ab eo, qui appellat; non facile est pauperi implere satisdationem,

D quæ est implenda ab eo, qui appellat in pœnam certam, si non jure appellasse pronuntiatum fuerit, de qua satisdat. Paulus 5. *Sentent. tit. de cautionib. & pœn. appellat.* Ergo si paupertas vel absentia domino obstiterit, quo minus servum defenderit impleta satisdatione, atque ideo, servus fuerit conjectus in vincula publica, æquum est postea venientem dominum paratum satisdare & defendere admitti, servo vinculis absoluto: maxime, si non post longum temporis spatium veniat, sed non ita multo post vincula servi, quia nec videtur servum indefensum reliquisse, cui aut paupertas obstitit vel absentia, quo minus idonee defenderit. Et hæc est sententia Papin. ad quam hoc etiam addendum hoc loco, idem servari in

E privatis judiciis, quod dixit hactenus servari in publicis judiciis, quibus reus servus postulatur: Idem servari in privatis judiciis, quæ ob noxam servorum intenduntur ex noxali actione, *l. 2. §. ult. si ex nox. caus. agat.* Et postremo in *§. ult. h. l.* proponitur Senatusconsul. quo cavetur, reum postulatum de vi, exempli gratia, qui cavit judicio sisti, qui vadimonium promisit datis fidejussoribus, ut oportet, in diem certum, & postea eo die se judicio exhibuit paratum suscipere, & contestari litem, non posse alio crimine, puta de adulterio antea commisso accusari, vel reum recipi eo ipso die & judicio, quod alii rei condictum est, quia non hujus criminis ergo, quod ei denuntiatum non erat in judicium

venit,

venit, ſed alterius criminis defendendi inſtructus venit, non illius. Et hoc quoque nominatim Papinian. ſcribit ſervari in privatis cauſis, ut ſcilicet, qui cavit judicio ſiſti in cauſa legatorum, exempli gratia, ſi ſtato condictoque die ſe judicio ſiſtat, & mox conveniri non poſſe ex alia cauſa, veluti ex empti aut venditi cauſa, niſi res tempore peritura ſit, id eſt, niſi dilatio ſit peremptura actionem, quæ forte temporalis eſt: alioqui non cogitur aliud judicium accipere, qui alterius judicii cauſa venit, niſi, ut diximus ex hoc temporalis actio in periculum cadat, *l.* 1. §. *ult. de feriis*. Quo pertinet locus ille egregius Titi Livii 39: quum de Bacchanalibus ſcribit: *Tanta*, inquit, *fuga ex urbe facta erat, ut quia multis res & actiones peribant, tempore ſcilicet, cogerentur prætores per Senatum res in tertium diem proferre, donec quæſtiones de Bacchanalibus a conſulibus perficerentur*. Et eodem modo, ut Suetonius ſcribit, D. Auguſt. *ne quod negotium mora elaberetur*, id eſt, ne qua actio tempore periret, *triginta amplius dies, qui honorariis ludis occupabantur actui rerum ſive cauſis audiendis accommodare*. Dixit in hoc §. hominibus ſub fidejuſſore factis pro reis, qui ſatiſdederant judicio ſiſti, ut ſervum ſub cuſtodia officii factum in *l.* 1. *Cod. ad Turpillian.* id eſt, ſervum officiali cuſtodiendum datum, & ſervum apud verum dominum factum, *l.* 1. *Cod. de furt.* & in poſſeſſione factum aliquem, pro in poſſeſſionem miſſum, *l. ſi fideicommiſſ. ut in poſſ. legat.* in poſſeſſionem fieri, mitti in poſſeſſionem, ut Græci interpretes loquuntur in §. *quod autem, Inſtitut. de uſucapion.* Id valde confirmat *l.* 17. §. *quod autem, ad l. Jul. de adult.*

Ad L. VI. ad L. Jul. de Adult.

Inter liberas tantum perſonas adulterium ſtuprumque paſſas l. Jul. locum habet, quod autem ad ſervas pertinet & legis Aquiliæ actio facile tenebit & injuriarum quoque competit, nec erit deneganda prætoria quoque actio de ſervo corrupto; nec propter plures actiones parcendum erit in hujuſmodi crimine reo. Lex ſtuprum & adulterium promiſcue, & καταχρηστικώτερον appellat, ſed proprie adulterium in nuptam committitur propter partum ex altero conceptum compoſito nomine, ſtuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Græci φθοράν appellant. Filiusfam. maritus ab eo, qui ſui juris eſt in ea lege non ſeparatur. Divus quoque Adrianus Roſciano Gemino præſcripſit & invito patre filium hac lege reum facere poſſe, maritus etſi duos reos ex alio crimine habeat, poterit jure viri tertium accuſare, quoniam ea cauſa non cadit in numerum ceterarum.

Ad L. XX.

Patri datur jus occidendi adulterum cum filia, quam in poteſtate habet: itaque nemo alius ex patribus idem faciet: ſed nec filius familias pater.

Ad L. XXII. Eod. tit.

Nec in ea lege naturalis pater ab adoptivo ſeparatur. In accuſatione filiæ viduæ non habet pater jus præcipuum. Jus occidendi patri conceditur domi ſuæ, licet ibi filia non habet, vel in domo generi, ſed domus & pro domicilio accipienda eſt, ut in lege Cornelia de injur. ſed qui occidere poteſt adulterum, multo magis contumelia poterit jure afficere. Ideo autem patri, non marito mulierem & omnem adulterum permiſſum eſt occidere, quod plerumque pietas paterni nominis conſilium pro liberis capit. Ceterum mariti calor & impetus facile decernentis fuit refrænandus.

INitio *h. l.* oſtenditur l. Julia vindicari adulterium tantum vel ſtuprum, quod paſſæ ſunt liberæ mulieres, non quod ancillæ ſunt perpeſſæ: ſed domino violatæ ancillæ competere civilem actionem ex l. Aquilia, ſi quis impuberem & immaturam virginem ancillam ſtuprarit, quaſi, & corpori ejus quod plerunque fit, damnum dederit, quod & Paulus ſcripſit 1. *ſentent. tit.* 13. vel etiam ſi quis maturam, & tempeſtivam viro ancillam alienam corruperit, competere domino actionem injuriarum, quaſi ſibi injuria facta, *l. ſi ſtuprum, de injur.* vel etiam ſi quis ſuaſerit ancillæ alienæ, ut ſtuprum vel adulterium committeret, domino competere actionem prætoriam ſervi corrupti in duplum, quanti ob eam rem ancilla deterior facta eſt: non deeſt igitur civilis actio, qua dominus ulciſcatur adulterium vel ſtuprum illatum ancillæ ſuæ. Et quod notandum non omnes hæ actiones tres l. Aquiliæ, injuriarum, ſervi corrupti ſimul, ex uno facto deſcendunt vel competunt, ſed ut diſtinxi ex ſuo quæque facto, imo & adhuc ultra has actiones domino datur extra ordinem criminale judicium, maxime ob deintegratam ancillam, quæ integra erat a viro *l. ult. de offic. præſid.* Et hoc eſt, quod ait Papin. hoc loco, propter plures actiones civiles, quæ domino competunt vitiata ancilla ſua in ejuſmodi crimine reo non eſſe parcendum, id eſt, non eſſe remittendam coercitionem extraordinariam. Civiles actiones non perimunt criminalem coercitionem, dico extraordinariam, quoniam ex l. Jul. domino publica accuſatio non competit vel alii contubernali conſervo quoque, id eſt, marito ancillæ, cui ancilla conjuncta eſt, nullam invenio actionem civilem, vel accuſationem dari, ſed domino tantum, & interdum extraordinariam accuſationem. Vindicatur quidem lege Julia adulterium etiam in uxore vulgari, id eſt, proſtituta in vulgarem libidinem, in quam ſi vidua eſſet, ſtuprum impune committeretur, *l.* 22. *C. eodem tit.* Vindicatur etiam adulterium in uxore injuſta, quam quis in matrimonio habet, ut ſi civis Romanus peregrinam uxorem duxerit, juxta id quod Papinian. 15. *reſp.* apud L. Rufinum civem, ſine connubio peregrinam in matrimonio habere, *i. e.* injuſtas eſſe nuptias, injuſtam uxorem. Poteſt eſſe matrimonium ſine nuptiis, hoc eſt, ſine connubio. Ex quo intelligitur quid interſit inter nuptias & matrimonium. Imo vindicatur etiam adulterium in concubinam, quia legitimam uxorem imitatur, ut Julian. ait *Nov.* 28. Et ideo viceconjux in antiquis inſcriptionibus appellatur: nullus utitur hodie concubinis. Nam in jure concubina eſt quaſi uxor: concubinatus eſt quaſi conjunctio legitima. Quia igitur concubina uxorem legitimam imitatur, etiam in ea adulterium vindicatur: ſed neque in ea, neque in uxore vulgari, neque in uxore injuſta vindicatur jure mariti a marito ſcilicet, ſed jure extranei: vir eam accuſat non jure mariti, quod jus privilegiarium eſt, ſed jure extranei, ut quilibet de populo: at in contubernali, id eſt, quaſi uxore ſervi, adulterium a ſervo non vindicatur, *l.* 23. & 24. *C. eod. tit.*

Sequitur in hac *l.* §. 1. l. Julianum promiſcue & indifferenter uti adulterii & ſtupri nominibus, & καταχρηστικώτερον, per abuſionem, ut eo capite, quo plectitur, qui adulterii damnatam uxorem duxerit; quo continetur etiam ſtupri damnata, & adulterii nomen utrumque vitium ſignificat, *l.* 2. §. *quod ait, h. tit.* & eo capite, quo plectitur qui pro comperto ſtupro, id eſt, adulterio pretium acceperit, *l.* 29. §. *teſtibus, h. tit.* & eodem exemplo in *l.* 7. & l. 11. §. 1. adulterii accuſari, adulterii pœna teneri id eſt, ſtupri. Et ſimiliter *l.* 22. *C. eodem, tit.* in muliere ſtupro cognita adulterii nomen dicit, & infra quoque ſtuprum ponit pro adultetio, in *l.* 2. §. *pen. h. t.* illo loco: *ſine ullius ſtupri probatione*, id eſt, *adulterii*. Proprie autem adulterium, ut ait, committitur in nuptam, nomine tracto ex eo, quod (quam originem tradit ſolus Papin.) ex altero quam ex legitimo marito partus concipiatur, quaſi adulterium ſit conceptio partus ex altero. Stuprum autem committitur in virginem, aut viduam, quod inquit, Græci φθοράν vocant. Philoſtratus vocavit αἰτίαν της ζώνης, crimen zonæ. Stuprum autem quidam dici putant ab ſtupeo, id eſt, miror, juxta id quod Cæcilius ait apud Nonium, *nomen virginis niſi mirum eſt deintegravit*. Stuprum igitur quaſi mirum quoddam: ut monſtrum a moneo, probrum a prohibeo, *l. probrum, de verb. ſignific.* furtum natura eſſe probrum in definitione furti,

l. 1.

*l.*1. *de furt.* furtum jure naturali prohibitum esse.

Sequitur in hac lege Julia non separari filiumfam. maritum a patrefamilias. Utrumque adulterum, vel adulteram jure mariti accusare posse, & filiumfam. etiam invito patre, quia vindictam proprii, & maximi doloris exequitur, *l. filium*, *h. tit.* Invito patre ex constitutione Adriani, ut ait hoc loco. Constitutione opus fuit, quia jure non potuit invito patre, sicut nec agere hodie injuriarum invito patre, *l. sed si unius*, §. *filiofam. de injur.* quamvis ea actio sit, dicaturque proprii doloris actio a Valent. *Novell. de libert.& eorum successionib.* & a Tull. pro Cæcinna. Non tamen potest filiusfamil. agere injuriarum, & exequi injuriam sibi illatam invito patre, quia deficit constitutio, quæ etiam filiofamil. permiserit cujuscunque injuriæ actionem invito patre. Item quia l. Jul. non separat patremfam. maritum a filiofam. Ideo dicimus utrumque deprehensum domi suæ adulterum sine fraude occidere posse, deprehensum in re ipsa, modo ejus conditionis sit, ut occidi possit: nam marito non omnem adulterum occidere licet, quem deprehendit in actu ipso, sed infamem tantum, vel servum, vel libertum suum, vel uxoris, vel parentum, aut liberorum eorum, *l.*24. §.1. *h. tit.* Ait enim, eum quem occidere licet, non patrifam. tantum, sed & filiofam. occidere licet. At in patre, qui deprehendit filiam in adulterio, quantum ad verba l. Juliæ attinet, videtur esse aliqua differentia. Nam patrifamilias datur jus occidendi adulterum & filiam, quos deprehendit, quam modo habeat in potestate, non filiam emancipatam, sive sit pater naturalis sive adoptivus. Quod tamen quantum ad verba l. Jul. attinet, non datur patri filiofam. *l.*2. *&* 22. *h. tit.* quia filiam non habet in potestate, imo nec potest habere, qui suæ potestatis non est, qui est filiusfam. *l.*21. *h. tit.* Seneca 3. declam. *non potest quisque alium in manum suam recipere, qui ipse in alia manu est.* Qua ratione Seneca efficit filiumfam. adoptare non posse. Verum Paulus 2. *Sentent.* scribit, etiamsi hoc non ferant verba l. Juliæ, idem tamen esse permittendum patri filiofam. ut adulterum cum filia deprehensum, id est, utrumque interficiat. Quod postremo additur in hac lege pertinet ad id quod cavetur l. Jul. publicorum judi. ne eodem tempore quis de tribus reis diversis publi. judiciis quæratur, nec tres accuset ex diversis criminibus publicis simul eodem tempore, nisi suarum injuriarum causa. Sic est legendum, *de tribus reis*, non de duobus in *l. hos accusare*, §. *lege*, *de accusat.* quod ostendi & probavi, & confirmat omnino *l. cum rationibus*, *C. qui accus. non poss.* Proximus est delatori sive *triballo*, sic appellatur sycophanta, qui plures quam duos eodem tempore delatos habet, diversis judiciis publicis *ut l.*7. *sup. de accusat.* Tertium ei deferre non licet, nisi suam, vel suorum injuriam persequatur, ut ostendit hoc loco, *si jure viri maritus adulterii tertium accuset*: hæc injuriarum persequutio in numerum accusationum non computatur, *jure viri*, dixit, *ut l. si uxor*, §. *si quis uxorem*, *h. t. l.*16. *eodem.* quod frequentius est jure mariti, quod jus præcipuum est. Præfertur enim maritus intra 60. dies utiles a die divortii omnibus aliis, qui ad accusationem ejusdem adulterii veniunt, etiam patri mulieris adulteræ, *l.*2. §. *ult. hoc tit.* quod & privilegium dicitur in *l.*2. §. *sexaginta*, *hoc tit.* Et quod dicuntur pater & maritus jus æquale habere in accusatione adulterii in *l.*15. *hoc tit.* verum est, quo ad extraneos: nam & pater adversus extraneos in accusatione adulterii jus præcipuum habet, *l.*4. §.1. *l.*14. §. *ultim. hoc tit.* Inter se vero pater & maritus jus æquale non habent, quia pater postponitur marito.

Et his addamus, quod est in *l.*22. nam 20. jam explicata est. Jam exposuimus in accusatione viduæ filiæ non habere patrem jus præcipuum: adulterii accusari potest vidua commissi in matrimonio scilicet, veluti post divortium, aut post mortem mariti, *l.*5. *&* 11. *l.*2. §. *defuncto*, *h. tit.* in accusatione viduæ pater non præfertur extraneo, si judici adulterii extraneus justior accusator videatur, cum agetur de accusatore constituendo, quod judicium *divinatio* dicitur. Hæc est sententia hujus loci

A in *l.*22. §.1. si modo ita legatur, *in accusatione*, vel, *in accusationem* (quoniam tota l. est de adulterio.) Verum an ita recte legatur subsisto & multis validis rationibus moveor ut existimem, non recte legi *in accusatione*, vel *accusationem*. Primum quia in accusatione nuptæ filiæ non magis, quam viduæ pater collatus cum marito jus præcipuum habet, id est, sive agatur de accusanda nupta, sive vidua, pater collatus cum marito jus præcipuum non habet; postponitur enim marito. Confertur tota hac lege pater cum marito non cum extraneo, & collatum quoque cum extraneo patrem, falsum est in viduæ filiæ accusatione non habere jus præcipuum: alioqui pater nunquam haberet jus præcipuum in accusatione filiæ quia non nisi viduam accusare potest: non potest accusare nuptam, nec ipse nec alius, quamdiu matrimonium manet, B *l. constante*, *h. tit.* quia probatam a viro & quiescens matrimonium alius turbare & inquietare non debet, quæ ratio habet locum in patre, *l.*1. §. *ultim. de lib. exhib.* Bene concordantia matrimonia, inquit, non esse turbanda jure patriæ potestatis: apud Nonium Afranius, *optimas bene convenientes, & concordes nuptias repente viduas faciat pater.* Hoc non potest facere, non potest etiam pater, vel avus accusare nuptam primo marito, in quem peccasse dicitur: ita nec eandem divortio facto potest accusare, si secundo marito sit nupta ante denuntiationem adulterii commissi in priore matrimonio: nec nuptam igitur secundo viro accusari posse, nisi prius condemnatus sit adulter, *l.*2. *&* 5. *h. tit.* Propterea ut hoc loco legam, *in occasione viduæ filiæ*, non, *in accusatione*, suadent omnia præcedentia, omnia sequentia, quæ sunt de jure occidendæ filiæ depre- C hensæ cum adultero, quod jus pater solus præcipuum habet; nec enim marito ullo modo deprehensam in adulterio uxorem interficere licet per l. Jul. imo nec adulterum generaliter, nisi domi suæ deprehensum: non deprehensum etiam in domo soceri, *l.*24. *h. tit.* Pater autem quemlibet adulterum cum filia, quam habet in potestate uno impetu ambos occidere potest, & non tantum domi suæ, sed etiam domi generi deprehensos. Quo cap. monet Papin. hic domum accipi pro qualibet habitatione, sive domicilio: alias domus nomine proprietas significatur, *l. lege Cor.* §. *domum*, *de injur.* Quam differentiam Plautus servat in milite glorioso, *ostium*, inquit, *hoc mihi est domicilium, Athenis domus.* At in occisione viduæ filiæ deprehensæ in adulterio sive stupro, pater nullum jus præcipuum, aut singulare habet. Et ita quoque Græci interpretes Basil. D hoc loco legunt *in occasione*, non *in accusatione*: reddita hac ratione, quia in viduam stuprum committitur, non adulterium: lex Jul. ferrum dedit patri adulterii tamen ulciscendi causa, non stupri. Denique jus præcipuum interpretantur jus occidendi, & adulteram filiamfam. Igitur non caret mendo, quod ex Paulo refertur apud L. Rufinum, ita Marcellum scripsisse in vidua, *si adulterum deprehensum pater occiderit, & filiam incontinenti licito jure hoc factum*, legendum enim est, *illicito jure*. Nam cum ante dixisset nuptam filiam & adulterum deprehensos patrem occidere posse, & subjiciat statim, *in vidua autem*, &c. sane diversum jus in vidua statuit, quia dixit *autem* non *item*; quod & naturali rationi conveniens est, ut facile quidem detur ferrum patri in nuptam, quæ genialem lectum polluit, & injuriam mari- E to fecit. Ratio differentiæ inter patrem & maritum hæc est. Cur in occidenda filia jus præcipuum habeat pater, non maritus? quia si per legem Jul. licet marito uxorem occidere deprehensam, si omnem adulterum deprehensum, sane nemini parceret unquam: magnos enim æstus patitur, qui veterem matrimonii consuetudinem, qui pudorem cubilis, qui spem liberorum expugnatam esse videt: *magnus furor est*, ut quidam ait in tragœdia: *iratus amor*. Et similiter *l.*29. §. *Imperatores*, *hoc tit.* difficillimum esse justum dolorem temperare: patri autem, qui non tanto furore concitatur, lex non aliter permittit adulterum occidere, quam si & filiam occiderit incontinenti, & quasi uno ictu, uno veru, quia lex vix aut perraro eventurum arbitrata est, ut pater oc-

ciden-

cidendæ filiæ tristissimum ministerium obierit: & libidinosæ mulieres verentur hodie magis maritum, imo fratrem, quam patrem: plerumque enim patris pietas consilium pro liberis capit & parcit adultero, ut parcat filiæ. Ceterum mariti calor & impetus facile non decernentis fuit refrænandus. Qua ratione etiam D. Marcus apud Lampridium, nolens in rebbelles agi severius: *non placere sibi* inquit, *in Imperatore vindictam sui doloris, quæ etsi justior fuit, semper acrior videtur*. Neque est omittendum argumentum a minore ad majus quo utitur Papinianus in *l.* 22. si patri, inquit, licet adulterum una cum filia occidere, quos deprehendit in ipsa turpitudine, & multo magis licet ei adulterum contumelia afficere, veluti exsecto viro resciſſisque naribus, cruribus, ceterisque similibus.

JACOBI CUJACII J.C.

COMMENTARIUS

In Lib. II. ÆMILII PAPINIANI.

De Adulteriis.

Ad L. IX. de Calumniatoribus.

De servo, qui accusatur, si postuletur, quæstio habetur, quo absoluto in duplum pretium accusator domino damnatur, sed & citra pretii æstimationem, quæritur de calumnia ejus: separatum est etenim calumniæ crimen a damno, quod in servo propter quæstionem domino datum est,

---

Ad L. VI. de Quæst.

Patre vel marito de adulterio agente & postulantibus, de servis rei ut quæstio habeatur, si vere causa perorata testibus prolatis, absolutio sequuta fuerit, mancipiorum quæ mortua sunt, æstimatio habetur. Sequuta vero damnatione, quæ supersunt, publicantur.

§. 1. Cum de falso testamento quæritur, hæreditarii servi possunt torqueri,

---

Ad L. VIII. de Divort.

Divus Adrianus eum, qui alienam uxorem ex itinere domum suam duxisset, & inde marito ejus repudium misisset, in triennium relegavit,

PERTINET L. IX. ad illud caput l. Juliæ, quod *l.27.§.ult.ad l.Jul.de adult.* significat fuisse nonum caput, quo cavetur postulante eo, qui servum accusat adulterii, de eodem servo quæstionem haberi posse, sive ipse accusator voluerit interesse quæstioni, sive noluerit, ut eodem capite expressum est: cujus verba proponuntur initio *d.legis* 27. nam & accusator interesse potest quæstioni rei, sicut & quæstioni servorum rei parentumve ejus interesse potest, tam reus ipse, quam accusator: & interrogationes fiunt per patronos, *d.l.27.§.quæstione*. Judices autem, qui l. Julia quærunt de adulterio, quod servus fecisse dicitur, servum accusatum imprimis æstimare debent, quanti sit, ut eadem lex præcipit, & servo absoluto tantam pecuniam, quanti servum æstimarunt, & alterum tantum, id est, duplum, accusatorem præstare jubere debent, & præstare ei, ad quem ea res pertinet, puta, domino aut bonæ fidei possessori aut creditori, cui is servus pigneratus est, quia & creditoris interfuit, de servo temere quæstionem non haberi, *d.l.27.§.1.* Et hoc quidem genere pœnæ, calumnia accusatoris coercetur civiliter, ut *l.dominus, C. eod. tit. de calumniatoribus*. Ac præter hanc civilem coercitionem in duplum pretium duplamve æstimationem servi, qua sarcitur damnum in quæstione defuncti servi, vel facti deterioris, etiam criminaliter lege Remmia coercetur calumnia accusatoris. Denique coercetur civili & criminali judicio: nam ut ait hoc loco, separata est criminis causa a causa civili damni domino illati, quæ causa civilis est: hæc respicit utilitatem privati hominis, illa criminalis, vigorem publicæ disciplinæ, *l.9. §. quod illicitæ, de publica*. Igitur hoc loco, *citra pretii æstimationem*, id est, ultra, ut apud Cicer. in oratione ad Brutum: *natura*, inquit, *in omni verbo posuit acutam vocem nec una plus, nec a postrema syllaba citra tertiam*. Ergo, ut ait Papinianus, citra æstimationem dupli pretii, id est, ultra, etiam in accusatorem absoluto servo criminalis accusatio competit: & ita cum actione in factum civili, quæ proprie in hoc titulo proponitur in eum qui pecuniæ causa per calumniam negotium alii fecit, vel non fecit, civili aut criminali judicio, quæ actio est intra annum in quadruplum, post annum in simplum, cum ea, inquam, actione de calumniatoribus, quæ est civilis, concurrit etiam criminale judicium, quia non est utriusque eadem causa, *l. penult. hoc tit.* Et notandum hic est, maxime interesse, an de servo adulterii accusato quæstio habeatur, qua de re agimus præcipue, an de servis accusatis, qui torquentur contra dominum, ut specialiter receptum est in crimine adulterii. Regulariter servi non torquentur in dominum. Priori enim casu, quum servus accusatus est adulterii, & quæstioni tormentorum subjectus, absoluto servo accusator in duplum domino damnatur. Posteriori casu, quum torti sunt servi ejus, qui accusatus est adulterii, absoluto reo accusator domino damnatur civiliter in simplum tantum, id est, quantæ pecuniæ servi ante quæstionem fuerunt, quantæ pecuniæ in his damnum datum fuerit, factumve sit, *d. l.27. in fin. l.3. C. eod.* & utrumque, id est, duplum vel simplum in suo casu petitur condictione ex *l. Jul. de adul.* non alia actione, *l.28. sup. eod. tit.* Ad priorem casum pertinet ut dixi nonum caput l. Juliæ, de quo in *d. l.27. a principio usque ad §. haberi.* Ad posteriorem casum pertinet 10. caput l. Jul. de quo agitur *a §. haberi usque ad §. ult.* qui §. ult. utrique capiti communis est, quod glossæ in *l.27.* nesciunt discernere. Huic vero legi conjungenda est *l.6. de quæstion. ex eod. lib.* quæ tamen pertinet tantum ad 10. caput l. Jul. non ad nonum, & ait, *de servis rei postulati adulterii quæstionem haberi contra dominum, patre vel marito accusante*. Hoc est certissimum ex cap.10. an & extraneo accusante, non quidem ex l. Julia, sed ex constitutione, ut ex *l.17. hoc tit.* Quod & Papinianus scripsit *lib. sing. de adult.* apud L. Rufinum reddita hac ratione, quia non facile adulterium potest admitti sine ministerio & conciliatura servorum. Quæ ratio est tantum probabilis, non necessaria, ut sunt pleræque rationes Jureconsul. quod pauci animadverterunt, aut nolunt animadvertere: quia ubi de jure constabat, non erant admodum solliciti rationis constituti & recepti juris: contenti erant probabili. Et ejusmodi est ratio in Institutionibus, quæ vexat plurimos in *tit. de fiduc. tut.* Et hanc rationem, quod tale delictum vix possit admitti sine ministerio servorum, esse probabilem, ex eo apparet, quod alioqui & in aliis criminibus, quorum minister domino servus fuisset, posset torqueri adversus dominum, quod tamen falsum est, *d. l.17. §. ult.* Ait autem Papinianus hoc loco sequuta absolutione rei, causa vere perorata, id est, non perfunctorie, non lusorie, non dicis causa, æstimationem servorum, qui in quæstione mortui, vel facti sunt deteriores, domino eorum deberi, in simplum scilicet; & hoc loco, pro æstimato habetur malo, æstimatio debetur, ut est scriptum in *l.28. ad Jul. de adult.* Sequuta autem damnatione rei, veluti relegatione in insulam, quæ legitima & frequentior fuit pœna adulterii, ex l. Julia, servi ejus qui damnatus est, qui in quæstione defuncti non sunt, publicantur ex l. Julia: cujus rei ratio redditur in *d. l.27. §. jubet*, quia si servi redirent in potestatem rei, obdurarent in quæstione, nec efferrent unquam, vel hiscerent quicquam adversus domi-

dominum. Idcirco ut intrepide verum dicant post quæstionem & domini damnationem, dominum mutant, & fiunt servi publici, servi civitatis. Huic vero casui, quo scilicet jure singulari in crimine adulterii servi torquentur adversus dominum, Papin. addit alium casum in hac *l.* 6. sicut & in *l.* 17. §. 1. *hoc tit.* de quo ibi accuratius disserui: & satis in responsis, in quo etiam casu servi quodammodo adversus dominum torqueri videntur, ut in quæstione falsi testamenti, quod fecisse dicitur dominus servi quum de ejus successione agitur, servi hereditarii torquentur. Sequitur in *l.* 8. *de divortiis*, exemplum non jure, imo perquam injuriose facti divortii. Quidam uxorem alienam, non habentem animum a marito suo divertendi quum ei ea mulier occurrisset in itinere, perduxit in domum suam, & mox id egit, ut e domo sua priori marito mitteret libellum divortii, & sibi eam retinuit in matrimonio. Res gesta est exemplo & more malo, atque incivili, & quasi raptus speciem habet. Ideoque in hac *l.* 8. recte, ut Papinian. refert eum hominem D. Adrianus relegavit in triennium: audaciam hominis mulctavit relegatione triennii: id tamen olim plerisque Imperatoribus excidit, & regibus etiam nostra memoria in Anglia, ut & ipso die nuptiarum abducerent novam nuptam, & sibi haberent uxorem.

Ad L. VIII. de Adulteriis.

Qui dotem suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matrefamilias, vel cum masculo fieret, sciens præbuerit, vel quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit; cujuscunque sit conditionis quasi adulter punitur.

§. Appellatione domus habitationem quoque significari palam est.

Ad L. X. de Adult.

Mater autem familias significatur non tantum nupta, sed etiam vidua.

§. 1. Mulieres quoque hoc capite legis, quod domum præbuerunt, vel pro comperto stupro aliquid acceperunt, tenentur.

§. 2. Mulier, quæ evitandæ pœnæ adulterii gratia, lenocinium fecerit, aut operas suas in scenam locavit, adulterii accusari damnarique ex S. C. potest.

Sequitur demum *l.* 8. *&* 10. *ad l. Jul. de adult.* in eis legibus proponitur aliud caput *l. Jul. de adult.* quo cavetur, lenonem quoque, quasi adulterum puniri eadem pœna, qui sciens dolo malo domum suam præbuit, ut stuprum vel adulterium in ea committeretur cum aliena matrefamil. ubi Papin. demonstrat, matrisfam. nomine contineri non tantum nuptam, sed etiam viduam, quia de adulterio & stupro lex loquitur nominatim. Et domum quoque interpretatur Papin. legem Juliam accipere pro qualibet habitatione, quomodo etiam domum accipi in cap. 2. l. Jul. quod fuit de jure præcipuo, quod pater habet occidendi adulterum & filiam, deprehensos domi suæ, vel domi generi, ubi etiam domus accipitur pro qualibet habitatione, etiamsi non sit propria habitantis, *l.* 22. *hoc tit.* Ac præterea eodem cap. l. Jul. eadem pœna plectitur qui quæstum fecit ex adulterio uxoris suæ, vel qui pro comperto adulterio pretium accepit, ut liberaret deprehensum: sive maritus sit, sive alius, & cujuscumque conditionis & dignitatis sit, immo & cujuscumque sexus sit: nam in l. Jul. (*qui*) sic accipitur, *quæve*, ut in *l.* 1. §. 1. *de constit. pecun.* Ergo & mulier, quæ domum præbuit, & quæ pro comperto stupro pretium accepit, tenetur. His additur in §. *ult. l.* 10. Senatusconsultum, quod pertinet ad l. Jul. quia pœna l. Jul. infames feminæ non tenentur, ut quæ lenocinium fecerunt, aut faciunt, quæ ex edicto Prætoris notantur infamia: vel quæ operas suas in scena locaverunt artis ludicræ, & saltandi cantandive causa: vel quæ palam corpore quæstum quæsiverunt. Sed si ultro consulta opera, in fraudem l. Jul. ad evitandam pœnam adulterii, quæ erant matresfamil. lenocinium facere cœperint, aut in scenam prodire mercede conductæ, hoc casu ex Senatusconsulto adulterii accusari & damnari possunt, facto scilicet Tiberii temporibus, nam & Cornelius Tacit. scribit 2. annal. sub Tiberio gravibus decretis coercitam fuisse libidinem feminarum, & cautum, ne corpore quæstum facerent, quibus avus aut pater, aut maritus eques Romanus esset: atque ita ne hoc genere professo turpitudinis evitarent pœnam l. Jul. adulterio impositam: & Suet. in Tiberio, *feminæ*, inquit, *famosæ ad evitandas legum pœnas, jure ac dignitate matronali, ut exolverentur, lenocinium profiteri cœperant, eas omnes ne refugium in tali fraude cuiquam esset, exilio affecit.* Et hujus Senatusconsulti pars est in *l.* 14. §. 1. *hoc tit.* dum ait, ex Senatusconsulto de ea re facto, si vir infamandæ uxoris suæ causa adulterum subjecerit, ut ipse deprehenderet, atque ita infamaret mulierem, & virum, & mulierem adulterii crimine teneri: alias l. Jul. ut dixi, infames feminas, etiam si nuptæ essent similibus personis, crimine adulterii accusari vel damnari non posse, quasi indignas censura ejusmodi, quæ matrumfamil. honestatem, & nomen amiserunt propter infamiam. Neque cum his pugnat *lex si uxor*, §. *sed & in ea*, *h. t.* quæ ait, etiam in vulgari uxore adulterium vindicari, quia non loquitur de infami muliere: non omnis mulier vulgaris, id est, quæ prostituit se in vulgarem libidinem est infamis. Loquitur ille §. eum uxorem vulgarem dicit de ea, quæ libidinis causa vulgo se præbet multis, contempto honore matrimonii, contempta religione matrimonii, quæ infamis non est, antequam deprehensa sit, vel judicio publico damnata, quæ propalam propudiosa est, & alit corpus corpore, etiamsi damnata nondum sit, quæ licentiam stupri professa est apud Ædiles more prisco, ut Cornel. Tacit. ait eod. loco, ipso jure infamis est, *l.* 3. §. *lege*, *de testibus*, *l. palam*, *de rit. nupt. solaque*, ut ait Ovidius, *famosam culpa professa facit.* Et hæc proprie meretrix dicitur, quod mereatur capturam, non etiam illa, quæ sine pretio facilis & prona ad libidinem est, nec dum deprehensa vel damnata, quæ nec matrisfam. nomen amittit. Et perperam Glossa hoc loco metu *d. l. si uxor*, *adulterii*, interpretatur *stupri*, quum sit proprie accipiendum adulterium: non ergo adulterii dicendum, id est, stupri.

Ad L. VIII. & X. ad Senatusc. Turpill.

Abolitio aut publice fit ob diem insignem aut publicam gratulationem. Aut privatim actore postulante: Tertio genere fit ex lege abolitio, accusatore mortuo, vel ex justa causa impedito, quo minus accusare possit, abolitione autem facta non retractabitur in judicio repetendo, de mariti jure, Triginta dies repetendi rei Divus Trajanus utiles esse interpretatus est: ex die scil. quo feriæ finitæ sunt. Et Senatus censuit eos dies cedere quibus quisque reum suum repetere possit. Hoc autem repetendi rei tempus non aliter cedit, quam si accusator quoque potuit adire.

Certum est, in pœnam S. C. Turpil. incidere eum, qui aliter, quam abolitione facta desistit ab accusatione adulterii, *l.* 1. §. *accusationem*, *h. t.* quia prodidit l. Juliam: & puniri quasi tergiversatorem, vel quasi calumniatorem, nisi si ut in specie *l.* 11. *inf. h. t.* post rei postulationem præscriptione legitimi temporis exclusus, causam adulterii perferre non potuerit. Quam sententiam Papin. *l.* 11. glossæ non assequuntur. Reus postulatur, priusquam causa perferatur, postulatur reus, cum sive in judicio, sive extra judicium postulatur inter reos recipi, *l. vim*, §. *in matrimonio*, *ad l. Jul. de adult.* Et hoc quidem postulatur vel dato judici libello accusationis, vel querela apud acta deposita, *l.* 8. *C. de accusat.* Postea vero causa perfertur lite contestata, lite & cognitione suscepta, & mox eo, cujus nomen delatum est recepto inter reos: nunc post rei postulationem, si accusator, quo minus causam adulterii perferat, impediatur objecta præscri-

criptione temporis, quod tardius venerit ad accusationem, vel præscriptione sex mensium utilium, vel præscriptione 60. dierum utilium, vel præscriptione quinquennii continui, quæ præscriptiones leg. Julia comparatæ sunt adversus accusationem adulterii, atque ita submotus præscriptione, si destiterit, sane non incidit in pœnam S.C. Turpill. vel l. Petroniæ, quæ ead. de re fuit, & calumnia ejus non punitur, ut ait l. 11. ejus calumniam non puniri lege Remmia scilicet: nam alias, qui desistit ab accusatione adulterii sine abolitione, non tantum incidit in pœnam S.C. Turpill. & l. Petroniæ, sed etiam ut calumniator l. Remmia puniri potest, ut hæc l. 11. ostendit, & Plinius *6. epist.* dum refert Imperatorem denuntiasse, se de calumnia accusatoris cogniturum, nisi causam peregerit & pertulerit. At excusatur is, qui objecta sibi præscriptione temporis a causa adulterii perferenda submotus est. Et ita est accipienda l. 11. Alias, qui sine abolitione desistit ab accusatione adulterii, puniri potest, vel ut tergiversator S.C. Turpill. & l. Petronia, vel ut calumniator l. Remmia, non tantum, si causam adulterii perlatam deserat post litem contestatam, sed etiam si ante litem contest. desistat post dationem libelli accusatorii, & delationem & postulationem rei, *l. pen. h. t. l. 7. C. qui accus. non poss.* Ac præterea ex ead. lege, damnato l. Petronia vel l. Remmia, jus accusandi non superest, *l. 2. §. 1. l. 40. in fin. sup. ad l. Jul. de adult. l. abolitionem, C. eod. tit.* Qua de causa propter hæc omnia, scil. quæ retuli *lib. de adult.* Papin. proposuit tria genera abolitionum, quorum nullo fretus accusator, si deseruerit institutam accusationem, incidit in pœnam S.C. Turpill. & l. Petroniæ, vel l. Remmiæ. Alia est abolitio publica & indulgentia generalis, quæ fit ex S.C. pro re nata facto, ut in *l. 12. hoc tit. l. 2. sup. de cust. reor.* ob diem aliquem insignem, inquit l. 8. forte die natali, sive conditæ urbis, vel memoria victoriæ præclaræ cujusdam, quæ celebrari solebat quotannis certo die, ea re insignito, vel ob publicam gratulationem factam in honorem Principis, forte principe aucto liberis, ut in *l. 1. Cod. Theod. de indulg. crimin.* Constantino aucto Crispo & Helena conceditur generalis abolitio & criminum indulgentia, vel etiam ob rem prospere gestam adversus hostes, extra ordinem indictis feriis, indicta publica lætitia, & carcere vinculisque absolutis reis minorum criminum: nam majorum non solvuntur ob publicam hilaritatem, vel abolitionem. Alia est abolitio privata, quæ conceditur postulanti accusatori a magistratu, apud quem agit, & nihil aliud est, quam venia omissæ accusationis, inconsulto, temere susceptæ: & dari solet a magistratu redditis causis, cur eam omittere velit, causa cognita pro tribunali utraque parte præsente, nec magistratus hanc cognitionem alii mandare potest, *l. 1. §. abolitio, hoc tit.* Quia specialiter ei S.C. data est, *l. 15. in fin. de jure fisci,* quod magistratui lex vel Senatus dat specialiter, id non potest alii mandare: quoniam jure suo ei non competit, sed jure legis. Reddendas esse causas abolendæ accusationis etiam Plinius indicat 7. epist. & lib. 6. *Bithyni,* inquit, *accusationem Varennii & temere inchoatam omisisse narrantur, legatus causas abolitæ accusationis exposuit:* & lib. 6. *a parte,* inquit, *heredum intraverunt duo, omnino postulaverunt, ut omnes heredes agere cogerentur, aut sibi quoque desistere permitteretur: Cæsar ex consilii sententia jussit denuntiari heredibus, ut aut agerent, aut singuli approbarent causas non agendi, alioqui se de eorum calumnia pronuntiaturum.* Tertium genus abolitionis fit ex l. Julia de vi, puta accusatore mortuo, vel ex justa causa impedito, quo minus causam perferre possit, forte ratione civilium officiorum, ut in *l. 15. §. pen. hoc tit.* & ob eam rem abolito nomine rei, ut *l. 3. §. ult. sup. de accus.* Et ut breviter perstringam differentiam, quæ est inter ea genera abolitionum: Prima fit ex S. C. vel placito Principis. Secunda fit ex decreto judicis. Tertia fit ex l. Jul. Rursus, prima fit nemine postulante ob publicam lætitiam, quam indicit Senatus vel princeps, secunda fit postulante accusatore, tertia postulante reo. At cujuscunque generis fit abolitio, post eam idem reus repeti potest, id est, iterato potest reus fieri. Nam publica abolitio primum, quæ fit ex S. C. vel placito Principis, suspendit & differt crimen, non etiam solvit: nam ut ostendit *l. 10.* ex die, quo feriæ finitæ sunt intra 30. dies, ab alio vel ab eodem reus repeti potest, non post 30. dies, ut & Paul. scripsit 5. *Sent. tit. de abolit.* eos dies 30. ut ait l. 10. Trajanus Imperator interpretatus est esse utiles & judicarios dies, non continuos dies, id est, ut Senatus censuit, in numerum dierum 30. eos tantum dies cedere, quibus accusator non impeditur judicem adire, & quibus reus iterato accusari potest, id est, quibus reus secum agendi potestatem facit. Qua ratione in *l. 15. §. ult. h. t.* dicitur, quod si post abolitionem antequam reus repeteretur intra dies 30. utiles, alia abolitio supervenerit, dies 30. computantur, non ex superiore, sed ex posteriore abolitione, quia utiles sunt dies, & non continui. Et hoc de publica abolitione. Ac similiter abolitione facta ex l. Jul. reus repeti potest ab alio intra 30. dies utiles, *d. l. 3. §. ult. de accusat.* Idemque erit concessa privata abolitione: nam & reus repeti poterit, & id quidem quandoque vel ab alio, & permissu principis etiam ab eodem, ut in *l. 1. C. de abolit.* quod inferius latius explicabitur. Verum ex iis prius generaliter constituamus, hujusmodi abolitiones esse temporarias non perpetuas, & crimen suspendere non perimere, crimen diluere non absolvere. Et ita Suet. refert, D. Augustum diuturnorum reorum (& ex quorum sordibus nihil aliud quam voluptas inimicis quæreretur) nomina abolevisse: an in perpetuum? minime, sed conditione proposita, ut si quis reum repetere vellet, parem pœnam & par periculum subiret. Et simili modo Domitianum reos, qui ante quinquennium apud ærarium pependissent, universos discrimine liberasse facta abolitione: an in perpetuum? minime, quia intra annum eosdem repeti permisit ea conditione, ut accusatori, qui causam non teneret, exilium pœna esset. Domitianus idem effecit, quod Augustus, & loquitur illo loco Suetonius de diuturnis reis, quique diu in reatu manserant, ærario nexi pecuniæ nomine, vel quorum bona eo nomine, nullo pro iis intercedente, ut idem ait in Claudio, in vacuum, id est, tanquam vacantia; venum exposita pendebant sub edicto præfectorum ærarii ex l. prædiatoria, inquit, quæ scripta est scil. de prædiatoribus, id est, de iis quorum prædia ærario tenentur. Nam in glossis Philoxeni prædiator est, qui nexus est ob æs debitum ærario publico, cum suis bonis, quod valde facit ad inscriptionem *l. res, de jur. dot.* quæ est ex *tit. de prædiatoribus,* & illo loco Suetonii in Claudio. Illa verba *in vacuum* sic interpretor, *quasi vacantia bona reorum,* quæ in publico venalia suspenduntur fisci nomine, non ut Alciatus in parergis, *in vacuum,* id est, frustra, ut Græci, inquit, exprimunt & perperam, quia Græci nostrum frustra nunquam ita exprimunt. Dicunt enim διακενῆς uno verbo non εἰς κενόν. Quod autem diximus de abolitione, quæ fit ex Senatusconsulto, vel ex l. Jul. ut post eam reus repeti possit intra certa tempora, idem etiam obtinet in abolitione privata data accusatori ex edicto præsidis. Nam & hoc casu quandoque reus ab alio repeti potest, *l. 2. §. ult. sup. de accusation.* Atque etiam ab eodem permissu Principis, *l. 1. C. de abolit.* non sine speciali permissu Principis, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Ex his apparet, longe aliud esse abolitionem, aliud absolutionem reorum: absolutio securitatem & liberationem plenissimam præstat, non abolitio illa. Absolutio, inquam, liberationem plenissimam & perpetuam præstat exceptis tribus casibus: si probatur causam vere peroratam non fuisse, id est, prævaricatum priorem accusatorem fuisse, vel si probetur judicem corruptum pecunia reum absolvisse, vel si posterior accusator suum dolorem, suam injuriam exequatur, *l. 3. de prævar. l. 7. §. 1. de accusat. l. 3. §. ult. sup. ad l. Jul. de adult.* Non est omittendum quod additur in hac *l. 10.* postquam jure mariti quis adulterum vel adulteram accusavit adulterii, existente publica abolitione, & finitis

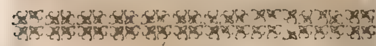
feriis

feriis marito repetente reum, vel ream intra 30. dies eod. jure eum eamve repeti, id est, jure mariti, ut *l.7.hoc tit.* Nec repetito judicio & crimine retractari, aut revocari in dubium jus privilegiumque mariti, quo initio prælatus est ceteris omnibus, tametsi interea 60. dies marito dati ad consultandum præterierint. Et hoc si reum adulterii repetere velit. Nam invitus repetere, non cogitur reum, qui exemptus est ex reis interveniente publica abolitione, *l.12.hoc tit.* Nec post abolitionem prohibetur etiam uxorem, quam fecerat ream adulterii, a se dimissam domum reducere, *l.generali*, *§.1.de rit.nupt.* Nec quod dico, invitum non repetere reum, ei quidquam obstat *l.pen.h.tit.* quamvis dicat etiam eum teneri Senatusc. Turpill. qui post abolitionem reum non repetit. Cogitur ergo repetere, ut videtur. Sed non ita est, quoniam *l.pen.* de eo tantum loquitur, qui reum postulaverat, non etiam litem contestatus fuerat, impletis solemnibus accusationis, & causa perlata, qui etiamsi interveniat publica abolitio, tenetur Senatusc. Turpil. nisi persequatur crimen, & peragat reum, quia abolitio publica pertinet tantum ad ea crimina, quæ perlata sunt, non ad ea quorum accusatio nondum perlata, & cognitio suscepta est, *l.2.C.de gener.abol.* Et ita est accipienda *d.l.pen.*

Ad L. IV. de Bonis damnatorum.

Et omnes omnino maritus salvas actiones habet contra fiscum.

DOte caduca facta, sive publicata ob delictum mulieris ait, marito adversus fiscum servari omnes actiones: publicari enim dotem, cum sua causa: & ideo eædem petitiones, eædem exceptiones, & retentiones ex dote marito competunt adversus fiscum, fisco vindicante dotem, quæ competeret mulieri, vel heredi ejus divortio facto repetenti dotem, *l.si post*, *l.si maritus, sup.sol.matrim.* Nam & fiscus vicem heredis obtinet, *l.2.C.ad l.Jul.de vi.* Dos caduca fit ex quinque legibus tantum publicorum judiciorum, sive publicatur, *l.Julia majestatis. l.Julia vis publicæ*, *l. Pompeja, de parricidiis*, *l. Cornelia de veneficiis*, *l.Cornel.de sicar.l.3.h.tit.* secundum quam est explicanda *l.si constante*, *§.ult.sol.matrim.* Et in ea *l.3.hoc tit.* maxime observandum est, Ulpianum l. Corneliam de sicariis & veneficiis dividere in duas, quoniam quinque numerat ll. & non erant nisi quatuor: nisi l. Corneliam diviseris in duas, unam de sicariis scilicet feceris, alteram de veneficiis, quibus locis usui esse possit optime scio. Lege autem Julia de adult. sicut nec ulla alia lege dos caduca non fit, nec marito cedit, nisi pro parte sexta, ut Ulpianus scripsit *lib. singul. reg. tit. de dotib.* & indicat *l.cum mulieri*, *sol. matr.l.miles*, *§.socer*, *ad l.Jul. de adult.* Et ita est accipiendum, quod Horatius ait, *doti metuere deprehensam*, quia jure veteri parti dotis tantum metuit, hodie etiam secundum jus quo utimur, & metuit universæ doti, *l. ult. C.ad l.Jul.de adult.& cap.plerumque, de donat.inter vir. & uxo.*



JACOBI CUJACII J.C.

In Librum Singularem Pap. de Adulteriis.

Ad L. XI. ad L. Jul. de Adult.

Miles, qui cum adultero uxoris suæ pactus est, solvi sacramento deportarique debet.

CERTUM est L. Jul. de Adulter. teneri, ut alium quemlibet, ita maritum, qui pro comperto adulterio pretium accepit, vel qui pactus est quocunque pretio, quod post sibi daretur, ut adulterum dimitteret, forte pacto subjecta stipulatione, *l. 7. & 8. de eo, quod met. causa*, *l. mariti*, *§. plecti-*

A *tur, hoc tit.* Is autem tenetur lenocinii pœna, quæ eadem est atque adulterii. Dices, imo tenetur longe graviore pœna, quoniam Papinianus ait, hoc loco militem, qui id fecerit, qui cum adultero uxoris suæ deprehenso pactus fuerit, exauctorari, hoc est, sacramento solvi, & quidem cum ignominia, ut in *l.2.§.miles, de iis, qui not. inf.* Et præterea deportari in insulam, quod est pati mediam capitis deminutionem, quam l. Jul. vulgo neque patiebantur adulteri, neque lenones, sed relegationem, quæ non est capitis deminutio, aut ademptionem tertiæ partis bonorum. Verum plerumque omne crimen exasperatur in militem, *l.7.in fin.ad l.Jul. majest.l. quidam, inf. de pœn.* Et ita ex causa hujus criminis, etiam gravius miles plectitur, quam paganus. Et hoc loco pactum cum adultero militem accipio certo pretio, ut in edicto prætoris, *de his, qui not. inf.* si quis furti pactus sit, non gratuito, sed certo pretio accepto a fure, *l.furti*, *§. pactus, de his qui not.inf.* Male enim Accurs. statuit hoc loco, eandem esse pœnam ejus, qui adulterum gratia dimisit, manifesto contra verba legis *mariti*, *§. plectitur*, *hoc tit.* quæ ait, ad legem Juliam non pertinere, id est, l. Julia non coerceri eum, qui gratis dimisit deprehensum adulterum, sive maritus sit, sive alius, quia lenocinium l. Jul. coercet, & leno non est, nisi qui pretium accipit pro comperto stupro, sive adulterio, vel qui pretium turpiter paciscitur, non qui deprehensi commiseretur, eumque dimittit illæsum, non qui negat se, cum eo velle agere, qui ultro hoc negat, *l.si maritus*, *§.si negaverint, hoc tit.* Non qui contemnit suum matrimonium, C quique contaminatione non indignatur, *l.2. §.lenocinii, h.t.* Quid enim vetat, quem deprehenderis, gratuito dimittere? nulla lex vetat: cuique misericordi esse licet. Igitur ultro gratis adulter impune dimittitur. Nec obstat quod dicitur, nec gratuito licere pacisci de adulteriis, *l.transigere*, *C.de transact.l.de crimine*, *C.ad leg.Jul.de adult.* non licere, inquam, transigere vel pacisci. Inter quæ duo hoc interest, quod transactio nulla est gratuita: pactum potest esse gratuitum. Verum, quod dicitur, de prævaricatore tantum dicitur, ut indicat *d.l.de crimine*, id est, de eo, qui prodit institutam accusationem ex compacto, & colludio habito cum adversario; non etiam de eo, qui non vult adulterum accusare, sed ultro & gratis dimittit, aut dissimulat injuriam suam, nulla habita pactione cum alio, sed ultro & sua sponte.

D

Ad §. Militem qui sororis filiam.

Militem qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterii pœna teneri rectius dicitur. Ea quæ inter reas adulterii recepta esset, absens defendi non potest.

LOcus hic est singularis, & interpretatione dignus. Ait, *avunculum militem, qui sororis filiam in contubernio habuit*, stupro scilicet sibi cognitam, ut idem ait in *l. 14. de his, quæ ut indignis*, sicut Latini solent accipere cognitam, & *cognoscere*, ut memini me legere apud Hermogenem notantem hunc locum ex Menandro, *cognovit me. Avunculum igitur militem, qui sororis filiam habuit in contubernio,* E *non in matrimonio teneri pœna adulterii*, id est, stupri & incesti: vel ut Tullius in Miloniana, *stupri incesti*: quia videlicet non videtur errasse in jure civili, quod vetat conjungi avunculum cum sororis filia. Permittitur quidem militi jus civile ignorare, sed non videtur id ignorasse in hac specie, qui sororis filiam clam habuit in contubernio. Nam quod eam habuit clam, arguit conscientiam ejus, aliter quam si habuisset eam palam in matrimonio. Unde & palam pleraque licent, quæ clam non licerent. Palam licet ambire magistratum, non clam. Seneca 5. epist. *Senatusconsultis plebisque scitis sæva exercentur, & publice jubentur, ut in arena.* Sequitur, *vetita privatim quædam commissa capite luerent, tunc quia palam fecere, laudamus*: avunculus non habuit

sororis filiam in matrimonio, non habuit etiam in concubinatu. Quæ est species & imitatio matrimonii, ut diximus sæpe, sed eam habuit in contubernio, ut ait hoc loco, & in *l.*14. Hanc vulgo vocant focariam: non uxorem non concubinam, ut in *l.*2.*C.de donation.inter vir.& uxor.* Honestum est uxoris, & concubinæ nomen, focariæ non item, quæ sic appellatur, quod plerumque habeatur per causam speciemque culinæ: nam & *μαγείρας*, & *μαγειρίσσας* Divus Hieronym. interpretatur focarias 1. *Samuelis cap.* 8. quas & Varro intellexit 2. *de re rustica*, dum ait, *mulieres ad focum afferre ligna, & cibum coquere.* Quid autem est, quod ait Pap. hoc loco, avunculum eam habuisse in contubernio, licet non in matrimonio, & licet non habuerit in matrimonio, sed in contubernio, tamen puniri. Quid hic facit illud, *licet*, an gravius est habere in matrimonio? non utique. Imo nonnunquam excusatur, qui cognatam in matrimonio habuit propalam, *l. ult. de rit.nupt.* quia nemo videtur tam impudens & audax, ut quam non potest habere in matrimonium, habeat palam sine errore aliquo, vel facti vel juris civilis: & qui errat, non contemnit jus. Proinde majus est delictum ejus, qui clam habet in coitu aliquam, quam qui palam in matrimonio, quoniam hic errore duci præsumitur. Existimo omnino scribendum esse hoc loco, non *licet*, sed *scilicet matrimonio*: quia si palam sororis filiam in matrimonio, puta per errorem juris civilis, vel per errorem facti habuit, sane miles excusatur, *l.* 38. *h.t.* Quo loco ait, *incesti crimen aliquando, & in maribus, ut in militibus scilicet, vel minoribus* XXV. *annis, quibus jus civile ignorare permissum est, tractari humanius quam adulterii, si modo*, inquit, *incestum per matrimonium illicitum contractum sit.* Et ponit etiam exemplum in sororis filia, quoniam, qui ita contrahunt, non nisi errantes in jure id facere videntur; nemo præsumitur esse adeo stultus: & loquitur *d. l.* 38. §. 1. de incesto juris tantum. Aliud est incestum juris naturalis, sive juris gentium, quod contrahitur inter parentes & liberos in infinitum, & inter novercam & privignum, inter vitricum & privignam, inter socerum & nurum, inter socrum & generum, qui nunquam non inter se habentur naturalium parentum & liberorum loco. Incestum autem juris civilis contrahitur cum iis, qui ex transverso nobis conjuncti sunt, *l. ult. de rit. nupt.* Unde in sororis filiam incestum committitur jure civili, non jure gentium. Id palam ostendit *d.l.*38. quæ loquitur initio de incesto juris gentium in §. 1. de incesto jure civili, non de incesto jure naturali, sive jure gentium. Neminem enim excusat juris naturalis ignorantia, *l.* 2. C. *de in jus voc.* Non excusat mulierem, non ætate minorem, non militem. Et ideo nullus excusatur ab incesto juris gentium. Non loquitur etiam ea l. de adulterio: nam & ab adulterii crimine nemo excusatur: neque ætas, neque sexus, neque conditio, aut professo, quenquam excusat a crimine adulterii, quia jure naturali probrum est, *l.probrum, de verb. sig.* & natura turpe. Lactant. in Epitome Instit. *corrumpere alienum matrimonium etiam communi jure gentium damnatur*, id est, jure gentium probrum est; dicitur enim probrum a prohibendo in eadem *l.*38.*h.t.* Ait, quod & superiora confirmant, incestum, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solere, si error juris, vel error facti allegetur, & si nondum quisquam reum postularit, id est, ut Ulpianus ait, apud L.Rufinum *eod.lib.sing.de adulter.* si nondum reus fuerit præventus a delatore, si nemo eum postularit, & alleget errorem juris vel facti, excusari solet, vel sexu, vel ætate, vel etiam militia, vel ut ait puniendi correctione, quæ bona fide interveniat puniendi, id est, hominis incesti, sive ejus, qui incestum admisit correctione, quæ bona fide interveniat, ut puta, si errore cognito bona fide corrigat factum, & abstineat hujusmodi conjunctione toto animo, quod est bona fide non simulata. Quod & hoc ipso libro scribit Pap. apud L. Rufinum, nempe ei, qui sororis filiam per errorem duxerit uxorem (& loquitur de errore facti, quum ignoravit eam fuisse sororis filiam) antequam præveniretur a delatore, si bona fide, si serio ea conjunctione abstinuerit, pœnam remitti: quia qui errore cognito, ut ait, dirimit conjunctionem, ejus voluntatis fuisse creditur, ut si scivisset, se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimonium copulaturus: pœnitentia & correctio est argumentum, contraxisse eum tale matrimonium invitum: videtur invitus fecisse, qui mox corrigit factum, ut Aristot. ait. 3. Ethic. Et hic probat se noluisse, qui corrigit factum pœnitentia actus. Quod etiam confirmat, *l.*3.*C.de incest.nupt.* & usque adeo etiam verum hoc est in errore facti, ut & is error excuset ab incesto juris gentium, si modo errore comperto, antequam reus postuletur, statim se eo matrimonio abstinuerit, divortio facto bona fide citra dissimulationem, ut in *d.l.*38.§.*idem Imperatores*: dum ait post divortium, quod cum noverca privignus bona fide fecit, cum qua fuerat, & fecerat contra jus gentium. Igitur quia correxit factum errore comperto, non admittendam accusationem incesti.

Addam his tantum, quod est in §.*ea quæ*: ex hoc loco liquido constat, lege Julia crimen adulterii non fuisse capitale. Id fecerunt capitale novissimæ constitutiones Theodosiani & Justiniani Codicis: nam jus vetus nunquam fecit capitale: dum ait, *eam quæ inter reos adulterii recepta est, absentem defendi non posse*, quia ut defendi absens possitis, qui semel inter reos receptus est, quod non fit nisi post litem contestatam, tamen hoc tantum admissum est in capitalib. criminibus, *l.servum, §.publice, de procurat.l.*3.*C.de accusat.* Hoc non admittitur in crimine adulterii, ergo non est capitale, alioqui admitteretur defensio absentis recepti inter reos. Et quod ait Acc. hoc loco etiam absentem inter reos recipi posse, non est verum indistincte & generaliter, sed ita demum, si post litem inchoatam & contestatam abesse cœpit, *l. adulteram, C. de adult.* quia & absens damnari potest, *l. inter, de pub. judic.* si damnari, & inter reos recipi: is autem qui litem contestatus non est, neque inter reos recipi absens, neque condemnari potest, *l.absentem, de pœn.* sed adnotatur requirendus, vel ut aliter loquimur, sit requirendus in *t.de requir.reis.*

Ad §. Socer cum nurum, &c.

Socer, cum nurum adulterii accusaturum se libellis præsidi datis, testatus fuisset, maluit accusatione desistere, & lucrum ex dote magis petere. Quæritur an hujusmodi commentum ejus admitti existimes? Respondit, turpissimo exemplo is, qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit, contentus lucrum ex dote retinere, tanquam culpa mulieris dirempto matrimonio. Quare non inique repelletur, qui commodum dotis, vindictæ domus suæ praeponere non erubuit.

IN hoc §. hæc proponitur species; Facto divortio inter filium & nurum culpa nurus, socer nurum libellis præsidi provinciæ datis se accusaturum adulterii testatus & minatus est, ut in *l.*5.*inf.ad SC.Turpill.* Proponitur quidam libello principi dato, falsum se objecturum minatus esse, ab hac comminatione impune desistere licet, *l.*5. a datione libelli accusatorii non comminatorii, qui & libellus inscriptionis dicitur & delationis & accusationis, vel a denuntiatione criminis facta reo, non licet impune desistere sine abolitione, *l.vim, §.duos h.t.* quia in desistentem est constituta pœna, quasi in tergiversatorem lege Petronia, & SC. Turpill. etiamsi litem contestatus non fuerit, *l. pen.inf.ad SC.Turpill.l.*7.*C.qui accus.non pos.* Is vero socer post supradictam comminationem ab accusatione nurus destitit, id est, ab accusandi proposito, & maluit ex dote lucrum persequi, quasi culpa nurus dirempto matrimonio. Donatus in eum locum Virgilii, *& hoc prætexit nomine culpam, verbo*, inquit, *juris, usus est.* Sic enim definitum est, culpam mulieris esse, quum pudoris causa peccaverit. Socer igitur mutata sententia & omis-

sa

ſa accuſatione adulterii criminali, quaſi culpa mulieris dirempto matrimonio, id eſt, propter adulterium mulieris, maluit lucrum ex dote perſequi, videlicet civili actione, quæ dicebatur actio de moribus, & ob culpam graviorem, ſive mores graviores, id eſt, ob adulterium, quod diſſidio cauſam dediſſet, competebat ei actio in ſextam partem dotis: hodie tota dos amittitur, atque etiam hypobolon: ob alios autem mores mulieris, qui collati cum adulterio dicuntur leviores, actio de moribus competebat in octavam partem dotis, auctore Ulp. *lib. ſing. reg.* Et de hac actione de moribus ſunt hæ leges, *l.1. ſup. de pact. dotal. l. rei judicatæ, §.1. l. cum mulier, & l. viro, ſol. matr. l. ult. C. de repud. l.1. C. Theod. de dotibus, l.1. C. Theod. Victum civiliter, criminaliter agere poſſe.* Quæritur autem, an ejuſmodi ſoceri commentum, id eſt, ſolertia ſive ut hic Græci interpretantur, ſophiſma, qui omiſſa inſtituta accuſatione adulterii mavult lucrum dotis perſequi, an admitti debeat? Et eleganter reſpondet Papin. turpiſſimo exemplo eum deſiſtere a priori propoſito, ob lucrum dotis, quod magis captat, quia ſcilicet vindictæ domus ſuæ pecunias ſive lucrum dotis præferre non erubeſcit, quod eſt turpe & ſordidum, omnis ſcil. αἰσχροκερδία, eſt turpitudo, *l.2. de ſenator.* ſenatu motus propter turpitudinem, id eſt, αἰχροκερδίαν, puta damnatus judicio publico repetundarum. Nam eadem eſt hujus l.2. ſententia, quæ *l.15. ſup. de teſtib.* Et ſic M. Tullius 1. ad Attic. *ſi cauſam abſolutionis quæris*, inquit, *egeſtas judicum fuit & turpitudo*, id eſt, δοροδοκία, & αἰσχροκερδία. Eſt autem huic ſimile argumentum, quo utitur idem Papinianus in *l. Julianus, ſup. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* dum ait, *non carere dolo eum, aut non eſſe ferendum qui honore proprio omiſſo propter compendium, alienam inſtitutionem mavult.* Nam & ita non eſt ferendus ſocer, qui honore proprio omiſſo, quem initio ulciſci recte inſtituerat, mavult ſequi lucrum dotis: non potuit ſocer utroque judicio experiri, puta, judicio civili de moribus & judicio criminali ex l. Jul. ſed alterutro tantum, ut eſt proditum in *d. l.1. C. Theod. victum civiliter, &c.* Ratio hæc eſt, quia etſi judicium de morib. pecuniam perſequatur, id eſt, partem dotis, tamen & vindictam perſequitur, perinde atque judicium criminale, quod præcipue ſolam vindictam exequitur, & unius criminis duæ vindictæ, duo ſupplicia eſſe non debent. Qua ratione nec de injuriis licet experiri civiliter & criminaliter, ſed alterutro duntaxat modo, *l.6. de injur.* quia & civilis injuriarum actio vindictæ magis, quam pecuniæ perſequutionem habet, *l.2. §. emancipato, de coll. bonor.* Et ita non potuit ſocer utroque judicio experiri, & electo criminali, non poteſt variare & tranſire ad civile, ductus lucri aviditate, turpi exemplo.

Ad §. Adulterii reum.

Adulterii reum intra quinque annos continuos a die criminis admiſſi, defuncta quoque muliere, poſtulari poſſe palam eſt.

REgulariter crimina finiuntur vicennio continuo, ut crimen homicidii, crimen falſi, & alia innumera, quæ niſi inſtituantur intra 20. annos, quo jure utimur, reus eſt ſecurus, *l. querela, C. ad l. Corn. de falſ.* At crimen adulterii breviore tempore finitur, nempe quinquennio continuo, quod ut vicennium in aliis criminibus numeratur a die commiſſi criminis, *l.5. C. eod. tit.* Et intra illud quidem quinquennium 60. dies utiles dantur marito & patri, intra quos ſi veniant ad recuſationem adulterii, vel reum, vel ream accuſaturi, præferuntur ceteris omnibus, qui ad eandem accuſationem jure pub. venire volent. Poſt dies autem 60. extraneis marito quoque patrive, ut extraneis jure communi & publico, non præcipuo, aut privilegiario, dantur alii quatuor menſes utiles accuſandæ adulteræ, ſcilicet numerandi tam marito & patri etiam agentibus intra 60. dies, vel intra alios 4. menſes, quam etiam extraneis; numerandi, inquam a die divortii ſoluti matrimonii, quod mulier contaminaſſe dicitur, ſi poſt alii nupſerit, vel a die commiſſi criminis, ſi vidua permanſerit, *l.29. §. ſex menſium, & §. ſeq. h. tit.* & ita ſcilicet ut illi ſex menſes utiles non excedant quinquennium continuum a die commiſſi criminis, ut tamen ſi ita res ferat, finiantur illi ſex menſes utiles etiam intra quinquennium, videlicet, ut dixi, quum de adultera accuſanda agatur: nam adultero accuſando a die commiſſi criminis, ſemper totum quinquennium continuum delatori ſive accuſatori cedit. Et in hac re l. Julia favet magis adulteræ, ut imbecilliori, quam adultero: nam adulter non niſi quinquennio completo ſecurus eſt: adultera etiam ante quinquennium completum liberari poteſt, videlicet ſi ſex menſes utiles intra illud quinquennium præterierint, *l.1. §. accuſatione, infr. ad Turpil.* Et Papin. ait hoc loco, adulterum accuſari poſſe intra quinquennium continuum a die commiſſi criminis, etiam defuncta muliere adultera, etiamſi mulier ſuperſtes non ſit, ut in *l. vim, §. in matrimonio, & l. ult. inf. h. t.* Eſt quidem hoc crimen adulterii commune duorum, ſed judicium non eſt commune duorum: imo nec duorum eſſe poteſt, ſed alius poſt alium reus fieri debet, prout delator elegerit, niſi mulier alii nupſerit ante criminis denuntiationem. Hoc enim caſu ab adultero accuſator incipere debet, *l.5. l. ſi maritus 2. §. ult. l. mihi, §. ult. l. vim, §. duos, h. tit. l. reos, C. eod. tit.*

Ad §. Quidam accuſare volebat.

Quidam accuſare volebat adulterii mulierem, & poſtulabat, ne ſibi computarentur dies, quos in cuſtodia feciſſet, me hoc admittente extitit, qui mihi contradiceret, cujus opinionem an tu probes, rogo maturius mihi ſcribas. Reſpondit opinionem tuam & verba legis & ſententiam adjuvant, cui placuit utiles dies accuſatori computandos eſſe, id eſt, quibus potuit accuſationis ſolemnia implere, ſine dubio dies, quibus quis in cuſtodia fuit, extra computationem utilium dierum exiſtimanti tibi conſtitutos, contradici debuit. Sexaginta dies, qui marito accuſante utiles computantur, feriatis quoque diebus, ſi modo facultatem præſidis adeundi accuſator habuit, numerari certum eſt, quoniam de plano quoque libellus dari poteſt. Quod privilegium ſi amiſit, non prohibentur intra alios quatuor menſes querelam ſuam apud judicem deferre.

ADulteræ accuſandæ jure communi ſunt præſcripti ſex menſes, quæritur, an in id temporis cedant dies, quos ut ait, qui accuſatus erat adulterii, in cuſtodia feciſſet. Fac feciſſe eum in cuſtodia duos menſes, an ii computantur in numerum ſex menſium? Facere dies, aut menſes ait eleganter, ut in *l.14. de ſtatulib.* annum in fuga fecerat. Julianus anteceſſor conſtitutione 15. *Præſes provinciæ*, inquit, *poſtquam deſierit eſſe præſes, in ead. provincia 50. dies fecerat*: Et in antiqua inſcriptione: cum marito fecit menſes 10. dies 15. Ad quæſtionem vero propoſitam reſpondet Papin. eos dies accuſaturo non computari, quos in cuſtodia feciſſet, quia ſex menſes l. Jul. præſcripſit utiles, non continuos; & utiles ii ſunt, quibus potuit ſolemnia accuſationis implere, puta inſcriptiones & ſatiſdationes, ut in *l.1. C. ad Turpill.* apud Ammianum Marcellinum lib.14. *cum accuſatore flagitaret, & ſolemnia, &c.* Quid vocat ſolemnia accuſationis? libelli inſcriptionem & ſatiſdationem de lite exequenda, *d. l.1.* quæ quidem ſolemnia non poteſt implere, qui publica cuſtodia coercetur. Ergo hi dies non computantur, quos egit in cuſtodia. Et oſtenditur in *§. prox.* 60. dies, qui dantur marito volenti accuſare jure mariti, remotis aliis accuſatoribus ad conſultandum, ut Corn. Tac. de eo crimine ſcribens 2. annal. *60. dies viro ad conſultandum datos*: eos dies 60. etiam eſſe utiles: Nam eos tantum computari, quibus adeundi præſidis & dandi libelli accuſatorii accuſator facultatem habuit, non eos dies, quibus præſes aliis diſtentus occupationibus in publico ſui copiam non fecit, ut in *l.6. eo. tit. l.1. §. dies,*

quan-

mortuo scilicet priori marito, & qui postea damnatam eam dimisit, eum non videri divortii, sive dissidii causam præstitisse, quia nec per l. Jul. adulterii damnatam in priori matrimonio retinere potuit; ac proinde culpa mulieris potius diruptum matrimonium dicemus, & consequenter secundum jus, quod obtinuit tempore Papiniani auctore Ulpiano *lib. sing. regul.* & apud Boetium auctore Gajo *lib. 2. Instit.* in singulos liberos si extent, hic secundus maritus sextas ex dote retinere potest, usque ad mediam partem duntaxat dotis. Recte posui, mortuum fuisse priorem maritum, cum ille duxit ream adulterii. Nam vivo priore marito, nec rea adulterii ab alio uxor duci potest, *l. reas, de ritu nupt.* Quæ distinctio valde notanda est, alioqui hic §. pugnaret cum *d. l. reas.*

EX LIB. SINGULARI ἀστυνομικοῦ extat tantum lex unica tit. de via publica, & si quid in ea gestum esse dicatur.

Ædiles curules studeant, & quæ secundum civitates sunt viæ, ut utique adæquentur: & effluxiones non noceant domibus, & pontem faciant ubicunque oportet. Studeant autem, ut proprii parietes, & aliorum aliquid, quæ circa domos ad viam publicam ducunt, non labilia sint: quatenus ut oportet emundent domini domorum & construant. Si autem non emundaverint, neque construxerint, mulctent eos quoad illabilia faciant. Curent autem, ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid. Si autem servus quidem fuerit, ab obviante fustigetur; si liber demonstretur ædilibus: ædiles autem damnificent secundum legem, & quod factum est dissolvant. Construat autem vias publicas unusquisque secundum propriam donum: & aquæ ductus purget, qui sub dio sunt, id est, cœlo libero: & construat ita, ut non prohibeatur vehiculum transire. Quicumque autem mercede habitant: si non construant domus ipsi construentes computent dispendium in mercedem. Studeant autem ut ante ergasteria nihil projectum sit, vel propositum: præterquam si fullo vestimenta siccet: aut tecton trochos exterius ponat, ponant autem & hi, ut non prohibeant vehiculum ire. Non permittant autem rixari in viis, neque stercora projicere, neque morticina, neque coria jacere. Translatum Pisis.

PRæter lib. de adult. Papinianus scripsit lib. singularem, ex quo est hæc *l. unica, de via publica, &c.* quem appellavit ἀστυνομικὸν, & fuit de curatoribus viarum publicarum, sive ut Varro loquitur, de Viocuris, quos Græci ἀστυνόμους vocant, posteriores dixere patres civitatum, ut Ulpianus scribit in orationem Demosthenis contra Timocratem. De his sæpe fit mentio in *Novell.* & in C. multos collegi locos in *Novel.* 85. & in *l.* 3. *C. de iis, qui sponte munera suscep. lib.* 10. Quibus locis ostenditur, olim etiam patres civitatum habuisse curam operum publicorum omnium: curam igitur viarum publicarum & operum: Iidem & patres simpliciter dicuntur

A in *l. ult. C. Judæis*, ubi legendum, *patris honorem*, id est, patris civitatis, *l.* 12. Græca, *C. de hæretic.* dicuntur & curatores reip. ut Basil. interpretantur in *l. ad curatores, de damno infect. l.* 1. *C. de solut. & liberat. lib.* 11. *l. ult. de off. adsess.* Sunt magistratus minores, curatores reipubli. publicarum viarum, & operum publicorum: ergo habent jurisdictionem, habent adsessores *d. l. ult.* habent mulctæ dictionem adversus inobedientes, ut ostendit hæc lex Pap. Ab iis omnibus quos supra diximus separantur ædiles, & nomine & administratione. Nam ædiles dicuntur ἀγορανόμοι, ut Theoph. docet §. *proponebat, Inst. de jur. natur. gen. & civ.* illi vero dicuntur ἀστυνόμοι: differunt administratione quoque, nam ad ἀγορανόμους pertinent jura rerum venalium: Theophrast. lib. de legib. apud Suidam: *duorum potissimum curam incumbere ædili-*
B *bus, ut rite omnia & ordine gerantur in foro, & ut fraudes tum emptorum, tum venditorum coerceantur.* Verum ad ἀστυνόμους pertinet cura viarum & operum publicorum. Ulpianus interpres Demosthenis ex Platone, ut opinor ἀγορανόμος, inquit, *est qui inspicit res venales in foro: ἀστυνόμος, qui curat munditiem civitatis, & a nobis dicitur pater.* Proinde ut in hac l. ostendit, curant ἀστυνόμοι, ut viæ puræ sint & mundæ, ut viarum cumuli non lædant ædificia, & construantur ponticuli, ubi res exigit in publico per quos populo iter sit, & ne parietes ædium ventrem faciant in publicam viam, ut fulciant sufflaminibus, & tibicinibus, & ne quid projiciatur, aut obruatur in viam publicam, quod itineri vel actui vehiculorum impedimento sit, ne quis viam publicam aperiat, aut fodiat, vel obruat, ut de-
C teriorem faciat, ne ædificet in via publica nisi publice, ut ait *l. fluminum, de damno infect.* idque auctoritate publ. veluti principis. Publice ædificare est ædificare auctoritate publica, ut publice consecrare est consecrare auctoritate publica, puta per principem aut pontificem, *l.* 4. §. *sacra de rer. div.* & inter cetera (quod ait in hac lege) ne ædiles sinant in viam publ. projici sordes. Id etiam ex nescio quo auctore Græco invenies scriptum de ἀστυνόμοις apud Suidam eos curam habuisse sordium projiciendarum. Plutarchus quoque in præceptis politicis, dum scribit de iis, qui apud Thebanos dicebantur τελεάρχαι, qui idem erant, ἀστυνόμοι. Ex quibus intelligitur, quanta sit differentia inter ἀγορανόμους, & ἀστυνόμους. Non inficior tamen, ut evenit sæpe, uni deferri duo munera publica, ita es-
D se factum, ut idem esset ἀγορανόμος, sive ædilis, & ἀστυνόμος, seu curator viarum aut itinerum civitatis. Suet. in Vespas. *Vespasianum ædilem Cæsar succensens propter curam verrendis viis non adhibitam, luto oppleri jussit*, quia scilic. Vespasianus non tantum erat ædilis, sed etiam curator viarum ut hanc rem referens nominatim ait Dio libro 58. cujus hæc sunt verba: *lutum*, inquit, *cernens in publica via, jussit projici in vestem Vespasiani, qui tunc erat ædilis, & curator viarum*, & ita duplici munere functus. Proinde ille etiam locus indicat esse differentiam inter ἀστυνόμους, & ἀγορανόμους. Vide Observat. lib. 22. cap. 31.

F I N I S.